

AMANDA MOREIRA KRAFT

A concorrência na regulação dos portos brasileiros

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Dr. Fábio Nusdeo

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2018

AMANDA MOREIRA KRAFT

A concorrência na regulação dos portos brasileiros

Dissertação apresentada a Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração de Direito Econômico, Financeiro e Tributário sob a orientação do Professor Dr. Fábio Nusdeo.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2018

Autorizo a reprodução e divulgação parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Catálogo da Publicação

Serviço de Biblioteca e Documentação

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Moreira Kraft, Amanda.

A concorrência na regulação dos portos brasileiros. / Amanda Moreira Kraft; orientador Fábio Nusdeo – São Paulo, 2018.

171 p.

Dissertação (Mestrado – Programa de Pós-Graduação em Direito Econômico, Financeiro e Tributário) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2018.

1. Setor portuário. 2. Concorrência. 3. Regulação. 4. Lei nº 12.815/2013. I. Nusdeo, Fábio, orient. II. Título.

KRAFT, Amanda Moreira. *A concorrência na regulação dos portos brasileiros*. 2018. 171 p. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

Aprovado em: ___/___/___

Banda Examinadora

Prof. Dr. _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Aos meus pais, com carinho e gratidão.

“It is not our abilities that shows what we truly are, it is our choices”

J. K. Rowling

AGRADECIMENTOS

Ao final da presente etapa, gostaria de dedicar algumas palavras para expressar minha gratidão àqueles que contribuíram para que esse trabalho fosse realizado.

Primeiramente, agradeço do fundo do meu coração aos meus pais Adriana e Rogério, os quais nunca mediram esforços para que eu pudesse chegar até aqui. Minha mãe, minha fortaleza, meu exemplo. Obrigada por ser sempre minha maior incentivadora, certamente aqueles estudos gentilmente forçados nas férias resultaram em algo – ou esperamos que sim! Ao meu idolatrado pai, agradeço pelo carinho e pela paciência infinita. A sua imagem de gentileza e dedicação com certeza deixaram marcas na minha formação.

E tratando de laços de família, não posso deixar de enaltecer o papel da minha adorada irmã, Gabriela. Mesmo longe você permanece sendo uma de minhas maiores inspirações e certamente um eterno porto seguro.

Ao meu amado João não tenho palavras para agradecer a companhia ao longo desses três anos de mestrado. Obrigada pelo incondicional apoio e pela compreensão desprendida. Certamente esse caminho seria mais pesado sem a sua presença.

Como a vida não é feita apenas de trabalho e estudo, aproveito para agradecer aos meus amados amigos. Àqueles que trago no coração desde Curitiba, agradeço em nome de três pessoas que foram essenciais para esse estudo: Amanda Garcia, Laís Péres e Guilherme Bertola. Serei sempre grata pela acolhida e pelos bons momentos que passamos juntos quando eu estava em São Paulo apenas de passagem.

Já aos amigos que tive a alegria de encontrar em São Paulo, agradeço a todos em nome do meu querido João Victor Freitas, o qual foi o primeiro a prontamente me acolher nessa nova fase da minha vida.

Aproveito também para agradecer aos meus amigos de profissão, em nome de, Carolina Mesquita, Philippe Sundfeld e Priscila Foureaux pela convivência diária e pela ajuda no desenvolvimento desse trabalho.

Gostaria também de manifestar o meu muito obrigada aos professores que tive, em especial ao meu orientador, Fábio Nusdeo, o qual me concedeu a oportunidade de ingressar nesse tão sonhado Programa de Pós-graduação.

Por fim, mas não menos importante, gostaria de registrar minha gratidão as minhas amadas Suzi (*in memoriam*), Uiki (*in memoriam*), Coca (*in memoriam*), Frida (*in memoriam*), Lupita e Pepita por terem sido, desde minha infância e até hoje, fontes de alegria e companhia.

RESUMO

KRAFT, Moreira Amanda. *A concorrência na regulação dos portos brasileiros*. 2018. 171 p. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

A presente dissertação objetiva o estudo da concorrência na regulação dos portos brasileiros. Os serviços portuários sempre tiveram destaque nas relações comerciais, cabendo aos portos viabilizar quase totalmente as exportações do nosso país. Entretanto, ao longo das décadas, verificou-se a necessidade de atrair maior número de prestadores e investimentos. A partir das mudanças sofridas pelo conceito de serviço público e a adoção de interpretações que abarcavam a sua prestação num regime de concorrência, viu-se a possibilidade de modificação na sua forma de execução. Além dessa nova visão, percebeu-se que a relação do Estado com a economia também mudou profundamente ao longo dos anos, até alcançar o estágio de Estado Regulador. Nesse ponto, o Estado deu um passo para trás na prestação direta dos serviços públicos e assumiu o papel de regulador. Consequentemente, foram criadas agências reguladoras e publicadas inúmeras normas, inclusive no setor portuário. Mesmo diante das inovações, não houve avanços satisfatórios. A insuficiência de investimentos e as previsões de aumento de demanda resultaram na aprovação da Medida Provisória nº 592/2012 e, posteriormente, na Lei nº 12.815/2013, a qual pretendia modificar as regras de prestação de serviços portuários e viabilizar a entrada de novos agentes. A nova regulação do setor trouxe como uma de suas novidades a extinção da diferenciação de cargas, permitindo que os autorizatários pudessem movimentar mercadorias de qualquer origem. Foi instituída, assim, a concorrência entre os prestadores e a assimetria de regimes, podendo os serviços portuários serem prestados sob o regime público e o regime privado. Desde então, surgiram discussões sobre a presença e promoção da concorrência no setor, inclusive no que tange às autorizações dada a expectativa que estas viabilizem a entrada de novos sujeitos. Foram identificadas críticas em relação ao procedimento e aos requisitos para a obtenção da autorização portuária, posto que esses seriam desproporcionais para um instrumento do regime privado. Sobre esta questão concluiu-se que as autorizações portuárias são diferenciadas, não sendo meramente declaratórias, mas sim constitutivas. A complexidade do setor seria capaz de tornar compreensíveis as exigências do legislador, o qual tem competência para regular os regimes de exploração dos portos brasileiros. Ademais, ressalta-se o levantamento de dados da ANTAQ, os quais demonstraram que após a Lei nº 12.815/2013, o número de terminais de uso privado aumentou. Dessa forma, é possível concluir que o estado atual da regulação do setor portuário permite a existência de concorrência e, ao menos, na letra da lei, há o compromisso de fomentar a competição. Entretanto, não pode ser ignorado que a infraestrutura portuária ainda está longe do estado desejado, havendo, portanto, um longo caminho a ser percorrido.

Palavras-chave: Setor portuário. Concorrência. Regulação. Lei nº 12.815/2013.

ABSTRACT

KRAFT, Moreira Amanda. Competition in the regulation of Brazilian ports. 2018. 171 p. Dissertation (Master degree) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

The present dissertation aims to study the competition in the regulation of Brazilian ports. Port services have always been prominent in commercial relationships, and ports are responsible for most part of the exports from our country. Nevertheless, over the decades, a need to attract more players and investments has been identified. From the changes suffered by the concept of public service, and the adoption of interpretations that embrace its provision in a regime of competition, the possibility to alter its form of execution was also recognized. In addition to this new vision, it has been noticed that the State's relationship with the economy has also changed profoundly over the years until reaching the status of a Regulatory State. At this point, the State took a step backward in the direct provision of public services, and adopted the role of regulator instead. Consequently, regulatory agencies were created and numerous rulings were published, including in the port sector. Even with so many innovations, there were no satisfactory improvements. The lack of investments and forecasts of increased demand resulted in the approval of the Provisional Measure no. 592/2012 and later in Law no. 12,815/2013, which aimed to modify the rules for the provision of port services and to facilitate the entry of new agents. The new regulatory framework brought as one of its innovations the extinction of the differentiation of loads, allowing the owners of port authorizations to transport goods of any origin. Competition between providers and the asymmetry of regimes were established, being now possible to provide port services under either a public or private regimes. From that moment on, there have been discussions about the presence and promotion of competition in the sector, also regarding the authorizations given the expectation that these enable the entry of new players. There has been criticism concerning the procedure and requirements to obtain a port authorization, as these would be disproportionate towards a private regime instrument. On this matter, it was concluded that port authorizations are differentiated, being not merely declaratory, but rather constitutive. The complexity of the sector could be said to have justified the demands of the legislator, which has jurisdiction to regulate the regimes for the exploration of Brazilian ports. Also, we highlight that the data collected from ANTAQ demonstrated that after Law no. 12,815/2013, the number of terminals for private use have increased. Therefore, it is possible to conclude that the current state of regulation of the port sector allows the existence of competition and, at least formally, there is a commitment to promote competition. However, it cannot be ignored that the port infrastructure is still far from the expected state of affairs, for which there is a long way to go.

Keywords: Port sector. Competition. Regulation. Law no. 12,815/2013.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 SERVIÇO PÚBLICO E CONCORRÊNCIA.....	12
1.1 Formação da noção de serviço público no Brasil.....	12
1.2 Regime jurídico dos serviços públicos	17
1.3 As chamadas crises do serviço público	21
1.4 Conceito de serviço público adotado por esta dissertação.....	25
1.5 Serviços públicos prestados em regime de concorrência	26
1.5.1 Ausência de exclusividade estatal na prestação.....	30
1.5.2 Os avanços da tecnologia e o afastamento dos impedimentos advindos dos monopólios naturais	37
1.5.3 Da possibilidade de inserção da concorrência: setores onde isso já ocorre	39
1.5.4 Da assimetria de regimes	43
2 REGULAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS	45
2.1 Intervenção estatal na economia: passado e presente	45
2.1.1 Intervenção estatal na economia: passado e presente no Brasil.....	50
2.2 Das agências reguladoras	53
2.2.1 ANTAQ – Agência Nacional de Transportes Aquaviários.....	57
2.3 Regulação e concorrência nos serviços públicos	61
3 SETOR PORTUÁRIO BRASILEIRO	70
3.1 Retrospecto histórico da legislação portuária brasileira	70
3.2 O serviço portuário nas constituições brasileiras	76
3.3 A atual lei dos portos: suas inovações e expectativas	81
4 CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO NO SETOR PORTUÁRIO	87
4.1 Comentário geral: o que esperar da concorrência na regulação dos portos?	87

4.2 Os regimes jurídicos na prestação dos serviços portuários e a assimetria regulatória	89
4.2.1 Da relevância da determinação da Área do Porto Organizado	93
4.3 Os títulos habilitantes para a exploração da infraestrutura portuária	95
4.3.1 A autorização de serviço portuário	96
4.3.1.1 Os moldes da autorização portuária	101
4.3.2 A concessão do Porto Organizado	108
4.3.3 O arrendamento portuário	110
4.4 A regulação feita pela antaq	115
4.4.1 A postura da ANTAQ em relação à promoção da concorrência no setor	117
4.4.2 Breves comentários sobre as resoluções da ANTAQ	123
4.5 Da então secretaria de portos da presidência da República - sep	129
4.6 Balanço final: avanços alcançados até o momento	130
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	145

INTRODUÇÃO

Esta dissertação busca analisar a concorrência no âmbito da regulação portuária brasileira, discussão reavivada pelas modificações e expectativas trazidas ao setor pela Lei nº 12.815/2013.

A eleição do tema se justifica pela importância dos setores de infraestrutura para o funcionamento da economia e o desenvolvimento de um país. No Brasil, são notórias as deficiências suportadas por rodovias, ferrovias, portos e etc., sendo justamente por esses modais que ocorrem as trocas comerciais.

E aos portos cabe majoritariamente a tarefa de viabilizar a exportação dos produtos brasileiros. Segundo dados divulgados, 90% das exportações são feitas via portos, o que evidencia o impacto monetário desta atividade.¹ Apenas para ilustrar de quanto estamos falando, em 2016, segundo o Anuário Estatístico disponibilizado pela ANTAQ (“Agência Nacional de Transportes Aquaviários”) foram movimentadas, no total (incluindo exportações e importações) 998.068.793 toneladas, o que resultou num superávit na balança comercial do país de US\$ 47,69 bilhões.²

Visto que os portos impactam diretamente toda a cadeia produtiva, nada mais compreensível do que o seu estudo também pelo meio acadêmico.

Apesar do indiscutível papel de destaque desempenhado pelo setor portuário no Brasil não é leviano afirmar que ele é problemático. Os números citados logo acima são de fato impactantes, mas não significam que o Brasil tenha um setor portuário eficaz e competitivo.³ De forma a exemplificar a situação, vale mencionar os dados expostos no Anuário Estatístico de 2015 da ANTAQ, onde foi divulgado que o porto de Yocohama no

¹ MESQUITA, Patricia Laurentino. Arrendamentos possíveis de serem licitados. *Secretaria dos Portos*, São Paulo, 21/01/2016. Disponível em: <http://www.portosdobrasil.gov.br/assuntos-1/investimentos/arrendamentos-passiveis-de-serem-licitados>. Acesso em 18/06/16.

² ANTAQ *Apresentação do Anuário Estatístico 2016*. Disponível em: <http://portal.antaq.gov.br/wp-content/uploads/2017/03/Apresenta%C3%A7%C3%A3o-do-Anu%C3%A1rio-Estat%C3%ADstico-2016.pdf>. Acesso em: 31/12/17.

³ RIBEIRO, Leonardo Coelho. O novo marco regulatório dos portos: entre grandes objetivos e inadequadas exigências. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). *Portos e seus regimes jurídicos: a Lei nº 12.815/2013 e seus desafios*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 112.

Japão, porto que mais movimentava à época contêineres por hora, atingia a marca de 180 unidades, contra 91 do maior porto do Brasil, o porto de Santos.⁴

A globalização e o aperfeiçoamento das formas de comunicação entre agentes econômicos ao redor do mundo exigem uma rede de infraestrutura cada vez mais eficiente. E os benefícios de um sistema portuário adequado às demandas não se limitam àqueles que utilizam os portos diretamente (e.g. um grande produtor de minério que precisa exportar sua produção), mas toda a população, tendo em vista que setores de infraestrutura bem desenvolvidos resultam em inúmeras externalidades positivas.⁵

Apesar disso, as limitações e deficiências do funcionamento desse setor já foram muito divulgadas na mídia⁶ e em relatórios internacionais.⁷

Em consequência dos corriqueiros entraves à economia e da evidente necessidade de maiores investimentos, foi lançada a Medida Provisória nº 592/2012, posteriormente convertida na Lei nº 12.815/2013.⁸

Assim, com o objetivo de solucionar muitos dos impasses existentes no âmbito da Lei nº 8.630/1993, inaugurou-se um novo marco regulatório portuário pela Lei nº 12.815/2013, na qual foram fixadas novas diretrizes orientadoras da atividade regulatória e os objetivos a serem alcançados no setor.

⁴ ANTAQ. *Apresentação do Anuário Estatístico 2015*. Disponível em: <http://portal.antaq.gov.br/wp-content/uploads/2017/03/Apresenta%C3%A7%C3%A3o-do-Anu%C3%A1rio-Estat%C3%ADstico-2015.pdf>. Acesso em: 18/06/16.

⁵ TOVAR, Antonio Carlos de Andrada; FERREIRA, Gian Carlos Moreira. A infraestrutura portuária brasileira: o modelo atual e perspectivas para seu desenvolvimento sustentado. *Revista do BNDES*, Rio de Janeiro, V.13, n. 25, p. 210, jun. 2006.

⁶ ESTADÃO. Em 2015, portos brasileiros esgotarão potencial. Disponível em: <http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,em-2015-portos-brasileiros-esgotaraopotencial,1539664>. Acesso em 10/10/14; G1. *Acesso a terminais é maior problema nos 10 principais portos brasileiros*. Disponível em: <http://g1.globo.com/economia/noticia/2013/06/acesso-terminais-e-maior-problema-nos-10-principais-portos-brasileiros.html>. Acesso em 18/06/16; VEJA. *Nos portos, burocracia é problema ainda maior do que falta de infraestrutura*. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/noticia/economia/burocracia-e-problema-ainda-maior-no-porto-do-que-a-falta-de-infraestrutura>. Acesso em 18/06/16.

⁷ WORLD ECONOMIC FORUM. *The Global Competitiveness Report 2014-2015*. Disponível em: http://www3.weforum.org/docs/WEF_GlobalCompetitivenessReport_2014-15.pdf. Acesso em 01/12/17.

⁸ Segundo as palavras de Vitor Rhein Schirato: “[...] a falta de investimentos no setor portuário demonstrou a impossibilidade de preservação do modelo baseado na exclusividade dos terminais públicos, já que este gerava incentivos à ineficiência dos operadores portuários, dada a falta de competidores, e não era favorável ao crescimento dos investimentos em novas infraestruturas, eis que esses dependiam, essencialmente da criação ou da expansão dos portos organizados, com grande dependência de iniciativa estatal para promover licitações de áreas públicas.” SCHIRATO, Vitor Rhein. *As infraestruturas privadas no novo marco setorial de portos*. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). *Portos e seus regimes jurídicos: a Lei nº 12.815/2013 e seus desafios*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 330.

Tendo sido aprovada, esta relevante alteração na regulação do setor, entende-se ser pertinente o estudo quanto à concorrência na regulação dos portos brasileiros.

Diante deste cenário, é importante considerar que as novidades introduzidas nesta área do ordenamento jurídico pátrio foram resultado de um novo relacionamento entre o Estado e a economia, um movimento iniciado décadas atrás que permitiu que hoje pudéssemos discutir a concorrência em um serviço público, algo por muito tempo impensável. E para que fosse possível compreender essas alterações e suas influências no setor portuário, percebeu-se como necessária a abordagem de questões periféricas, as quais serão apresentadas a seguir.

Para a delimitação do tema desta dissertação, esclarece-se que, de início, o primeiro capítulo será destinado à discussão acerca da admissibilidade da concorrência nos serviços públicos; em seguida, o segundo capítulo abordará a relação entre o Estado e a economia e como esta foi se modificando ao longo dos séculos até os dias atuais; num terceiro capítulo o cenário jurídico do setor portuário ganhará destaque; e por fim, no último capítulo, será tratada a concorrência na regulação portuária.

Como o próprio título do projeto aponta, o presente trabalho tem como objeto a concorrência na regulação dos portos brasileiros, o que não se confunde com uma análise empírica da eficiência do setor portuário (qual o melhor porto do país, quantas toneladas por dia são exportadas, etc.). Não será, portanto, foco desta dissertação a concorrência dentro dos portos e entre os portos do Brasil.

Superada a demonstração do tema e sua importância, destaca-se agora, de forma mais detalhada, a trajetória prevista, indicando que o trabalho foi dividido em quatro grandes blocos.

Como pôde ser conferido no sumário anunciado, o tema “serviço público e concorrência” será abordado no primeiro capítulo. Julgou-se ser necessário esse capítulo para demonstrar a viabilidade da concorrência na regulação do sistema portuário do Brasil, já que a concorrência nos serviços públicos não é compreendida como algo natural para parte da doutrina brasileira. Tendo isso em vista, a primeira seção do trabalho tem a intenção de ser introdutória, esclarecendo como a concepção de serviço público no Brasil se modificou ao longo dos anos.

Evidente que esse é um assunto que envolve várias – e antigas – discussões do direito, portanto, não há a pretensão de esgotar os debates que tratam da prestação de serviços

públicos na modalidade de concorrência. Todavia, por ter sido uma das grandes novidades da Lei nº 12.815/2013 a instauração da assimetria de regimes, permitindo a concorrência entre os agentes na prestação dos serviços portuários, foi relevante apresentar entendimentos que, ao longo da evolução do direito administrativo brasileiro, questionaram e ao mesmo tempo demonstraram que a exclusividade estatal na prestação de serviços públicos não seria uma lei imutável.

Indicada a noção de serviço público compreendida por esta dissertação, o segundo capítulo terá como foco a “regulação dos serviços públicos”. Num primeiro momento será realizado um breve retrospecto histórico da intervenção estatal na economia, iniciado com a doutrina liberal até os dias de hoje, a fim de possibilitar a compreensão da regulação de um setor econômico. Em seguida, o enfoque passará para as agências reguladoras, chegando logo em seguida a ANTAQ (criação, função, seu papel diante da Lei nº 12.815/13). Por fim, ainda nesse segundo capítulo, será abordado o relacionamento entre concorrência e regulação.

O terceiro capítulo terá como objeto “o setor portuário brasileiro”. Como ponto de partida, será analisada a legislação específica do setor, sendo em seguida consideradas as previsões e alterações constitucionais ocorridas até a Constituição Federal de 1988. Ainda nesse item, a atual Lei dos Portos ganhará destaque quando da menção as suas principais inovações, especialmente no que tange à presença de concorrência no setor.

E finalmente, no quarto e último capítulo será palco a concorrência e a regulação no setor portuário brasileiro. De início irá ser discutido os regimes jurídicos para a prestação dos serviços portuários, bem como a assimetria regulatória presente neste ambiente. Na sequência, serão apresentados e comentados os títulos habilitantes para a atuação no setor portuário (i.g. concessão, arrendamento e autorização). Logo adiante, é a regulação da ANTAQ que será objeto de breve pesquisa. Neste subitem, a postura da Agência em relação à concorrência também será abordada, bem como serão avaliadas algumas de suas normativas, com o objetivo de compreender como a concorrência vem sendo disciplinada após a aprovação do novo marco regulatório.

Ainda no quarto capítulo, será rapidamente comentada a situação da então Secretaria de Portos da Presidência da República (“SEP”) e o balanço final, no qual serão expostos os avanços alcançados até o momento pelo setor.

Por fim, no que diz respeito aos temas abordados nesta dissertação, cabe ainda mencionar que não será objeto da pesquisa a apresentação de soluções ou alternativas legislativas e normativas (ambiente regulatório da ANTAQ).

Tendo sido exposto o roteiro que será seguido por este trabalho, volta-se agora para a metodologia adotada. A pesquisa se pautou, em sua maioria, em uma investigação bibliográfica, a qual foi elaborada a partir de materiais acadêmicos já publicados. Estes materiais incluíram livros sobre a temática, artigos de periódicos, capítulos específicos de coletâneas lançadas, trabalhos acadêmicos e conteúdo disponibilizado na internet (aqui compreendidos os artigos que são apenas publicados em meio digital e notícias).

Além da pesquisa bibliográfica, foi realizada pesquisa quanto à legislação que trata especificamente do sistema portuário brasileiro, tendo sido abarcadas a Constituição Federal de 1988 e as anteriores, a antiga lei dos portos – Lei nº 8.630/1993 –, a Lei nº 12.815/2013, bem como a existência de decretos anteriores que traziam informações relevantes para pesquisa.

Ainda nessa seara, foi realizada a análise de resoluções da ANTAQ, editadas após a aprovação da atual Lei dos Portos, que dispõem sobre assuntos que poderiam envolver a discussão sobre a concorrência no setor. Tendo em vista que as resoluções expedidas desde então são em muito numerosas, utilizou-se o sistema integrado de buscas da própria Agência, o Sophia, para a aplicação de palavras chave que pudessem delimitar e especificar os resultados.⁹ Os detalhes do racional deste mapeamento encontram-se no capítulo quarto do presente trabalho.

Somadas às pesquisas bibliográficas, legislativas e normativas (ANTAQ), foram coletados dados, mais ao final do trabalho, que nos permitiram observar os avanços no setor, após as mudanças introduzidas pela atual Lei dos Portos. Nessa fase, é essencial comentar que a comparação entre as fontes das informações que se pretendia promover restou prejudicada.

No início desta pesquisa, entendeu-se como sendo relevante que os dados avaliados tivessem origem não somente de órgãos públicos – lê-se ANTAQ –, devendo ser levantadas informações também de entidades privadas, como por exemplo, das associações de terminais portuários. Entretanto, foi identificado que estas pautavam seus relatórios igualmente nos

⁹ ANTAQ. *Sophia*. Disponível em: <http://sophia.antaq.gov.br/> Acesso em 01/01/2018.

dados da Agência, ao menos nos anos mais recentes, que foram pesquisados. Assim sendo, a última seção do quarto capítulo foi elaborada a partir de números fornecidos pela ANTAQ, mas não somente. Além desses, para complementar a análise, serão expostos resultados de relatórios internacionais, a fim de demonstrar um breve comparativo entre o setor portuário brasileiro e os outros países.

Em relação a este ponto da dissertação, deve ser feita uma importante observação: o presente trabalho não tem como foco a análise de dados de eficiência do setor (e.g. carga transportada, tempo, custos envolvidos e etc.), mas se utiliza de dados para demonstrar, de forma objetiva, como as alterações sofridas pela regulação do setor portuário brasileiro têm resultado, já que um dos objetivos da nova regulação é justamente atrair mais investidores, viabilizando melhorias e o atendimento de uma demanda maior.

1 SERVIÇO PÚBLICO E CONCORRÊNCIA

1.1 FORMAÇÃO DA NOÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO NO BRASIL

Apesar de o tema abordado por esta dissertação dizer respeito à concorrência e regulação no setor portuário brasileiro, será necessário iniciar o trabalho tratando da questão da concorrência na prestação de serviços públicos, já que parte da doutrina administrativista brasileira entende ser inviável a presença de concorrência na prestação de serviços públicos.

Neste primeiro capítulo, portanto, serão apontados diversos posicionamentos doutrinários, sendo destacadas as alterações sofridas pelo conceito de serviço público ao longo dos anos e quais foram as consequências para a inserção da concorrência na prestação dos serviços públicos.

Para entender o porquê da resistência de parte da doutrina em relação à prestação de serviços públicos em regime de concorrência, é vital dar um passo atrás na história, para analisar como se deu a formação do conceito, ou noção, de serviço público no Brasil.

Fato é que o direito administrativo brasileiro sempre contou com altas doses de influência daquilo que se passava na Europa, com a formação da noção de serviço público não foi diferente. E de todos os países que nos serviram de modelo, sem dúvida alguma, o que mais contribuiu para a construção doutrinária brasileira da noção de serviço público foi a França.¹⁰

Foi nesse país, no início do século XX, que surgiram os primeiros apontamentos sobre serviço público, tratava-se da Escola do Serviço Público.¹¹ Tal movimento foi liderado principalmente por dois estudiosos, Léon Duguit e Gaston Jèze, dentre outros, os quais foram

¹⁰ SCHIRATO, Vitor Rhein. A noção de serviço público em regime de competição. 2011. 309 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 286.

¹¹ “As primeiras noções de serviço público surgiram na França, com a chamada Escola de Serviço Público, e foram tão amplas que abrangiam, algumas delas, todas as atividades do Estado. [...] No direito francês, a noção de serviço público foi particularmente importante por duas grandes razões; (a) de um lado, o critério de serviço público foi um dos adotados, por um longo período, para separar a competência da jurisdição administrativa da competência da justiça comum; (b) de um lado, foi utilizado como critério de definição do próprio direito administrativo.” DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 99-100.

responsáveis por elaborar as primeiras noções de serviço público.¹² Como destaca Alexandre Santos de Aragão,

“A França, berço do Direito Administrativo, tem enorme importância na construção jurídica da ideia de serviço público em todos os países latinos, inclusive os latino-americanos. Com efeito, nos países de raiz jurídica na *civil law* a dogmática dos serviços públicos sempre, com maior ou menor intensidade se calçou nas elaborações doutrinárias e jurisprudenciais francesas.”¹³

O ideal por trás do entendimento da Escola do Serviço Público é bem anterior a sua formação, na década de 1930. Não podemos ignorar a herança deixada pela Revolução Francesa,¹⁴ a qual desencadeou o sentimento de separação entre o público e o privado, sendo então defendido que os serviços públicos deveriam ser prestados e controlados pelo Estado.¹⁵ O conceito elaborado pela Escola do Serviço Público passou a ser visto como ideia mestra do direito administrativo.¹⁶

A doutrina brasileira, conforme dito anteriormente, absorveu muito da compreensão francesa do serviço público. Muitos doutrinadores brasileiros chegaram a defender uma

¹² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 101

¹³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 74-75.

¹⁴ “Como noção aglutinadora do Direito Administrativo, o serviço público foi concebido para justificar toda a ação administrativa do Estado. Os ideais da Revolução Francesa, somados aos fundamentos teóricos das correntes sociológicas da época, influenciaram o repúdio à imagem de um Estado titular de poder não submetido ao Direito. Propagou-se a ideia de que o estado moderno deveria existir, basicamente, para prestar serviços aos administrados. Essa proposta ocupou o centro da teoria sobre serviço público erigida por Léon Duguit. O serviço público também desfrutou de prestígio na seara jurisdicional, passando a ser por um breve período, um elemento fundamental na caracterização da competência administrativa do Conselho de Estado Francês.” JUSTEN, Monica Spezia. *A noção de serviço público no direito europeu*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 11.

¹⁵ “Os serviços públicos advieram, a partir do ideário da Revolução Francesa, da construção jurisprudencial do Conselho de Estado e da Escola do Serviço Público capitaneada por LÉON DUGUIT, da necessidade de separação da esfera pública da esfera privada. São atividades que, por sua íntima relação com a dignidade humana e com a coesão social, são excluídas do livre mercado, passando a ser asseguradas pelo Estado, direta ou indiretamente.” ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 248-249.

¹⁶ “Na história do direito administrativo, a expressão *serviço público* foi trabalhada na teoria, como concepção, nas primeiras décadas do século XX, pela também chamada Escola de Bordeaux, encabeçada pelos franceses Duguit e Jèze. Para esta escola o serviço público era a ideia mestra do direito administrativo e o Estado seria uma cooperação de serviços públicos, organizados e controlados pelos governantes.” MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 348.

noção ampla desse,¹⁷ na qual tudo que fosse realizado pelo Estado poderia ser considerado como serviço público.¹⁸

Julga-se ser pertinente fazer um brevíssimo parêntesis para destacar que nem sempre a visão brasileira do direito administrativo e, mais especificamente, a de serviço público seguiram os passos do direito francês. Em trabalho exaustivo sobre o tema, Vitor Rhein Schirato, em sua tese de doutoramento trata da questão, expondo que anteriormente à década de 1930, o Brasil inclinava-se mais ao entendimento oriundo dos Estados Unidos.¹⁹

Entretanto, como Vitor Rhein Schirato mesmo afirma,

“[...] a noção de serviço público, como hoje conhecemos, surge na França, em fins do século XIX em decorrência de uma leitura da jurisprudência do Conselho do Estado destinada a apresentar os delineamentos do direito administrativo, da competência jurisdicional do Conselho de Estado e do próprio Estado, como forma de conciliação entre os ideais liberais da época e as necessidades coletivas. Tal noção foi elaborada pelos juristas integrantes daquela posteriormente designada *Escola de Bordeaux* ou *Escola do Serviço Público*, cujo primeiro representante de grande relevo foi Léon Duguit”.²⁰

Consolidou-se assim a ideia indissociável entre Estado e serviços públicos.²¹ Além desse aspecto mais imediato da doutrina do serviço público, a obra de Gaston Jèze trouxe a questão da existência de um regime diferenciado para a prestação de tais atividades, o regime

¹⁷ Fernando Herren Aguillar ensina a diferença entre conceito amplo e restrito de serviço público: “Existe um sentido amplo e um sentido estrito de serviços públicos. Em sentido amplo, vulgar, serviço público é sinônimo de atividade do Estado, qualquer que seja ela. Serviço público em sentido amplo é qualquer balcão de repartição pública, qualquer prestação realizada por órgão público. Serviço público em sentido estrito é atividade econômica atribuída ao Estado, em regime de privilégio, e que pode ser desempenhada pela iniciativa privada apenas se obedecidas certas formalidades e satisfeitos certos requisitos.” AGUILLAR, Fernando Herren. *Direito Econômico: do direito nacional ao direito supranacional*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 329.

¹⁸ “Por influência da Escola de Serviço Público, alguns doutrinadores brasileiros adotaram conceito amplo de serviço público. No direito brasileiro, exemplo de conceito amplo é o adotado por Mário Masagão. Levando em consideração os fins do Estado, ele considera como serviço público ‘toda atividade que o Estado exerce para cumprir os seus fins’.” DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 101-102.

¹⁹ Para mais informações, consultar SCHIRATO, Vitor Rhein. A noção de serviço público em regime de competição. 2011. 309 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 16.

²⁰ SCHIRATO, Vitor Rhein. A noção de serviço público em regime de competição. 2011. 309 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 12-13.

²¹ “A noção de serviço público, no Brasil, surge com contornos idealizados no Europa continental (sobretudo na França) a partir de fins da década de 1930. Esse surgimento é delineado por uma transição de um modelo de regulação contratual dos *serviços de utilidade pública*, para um controle de assunção, pelo Estado, da prestação dos *serviços públicos*, sendo tal transição demonstrada pela inclusão dos serviços públicos no plexo de atribuições do Estado.” SCHIRATO, Vitor Rhein. A noção de serviço público em regime de competição. 2011. 309 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 286.

jurídico de direito público, o qual conferiria ao Estado uma série de prerrogativas especiais, que poderiam ser estendidas aos seus delegatários.²²

Podemos afirmar que a doutrina administrativista brasileira de forma expressiva adotou como norte os preceitos advindos da Escola do Serviço Público, tendo sido os conceitos de serviço público proferidos na França e no Brasil até pouco tempo muito similares.

Alguns autores defenderam conceitos mais amplos, como José Cretella Júnior²³ e Mário Masagão²⁴. Hely Lopes Meirelles, na mesma linha de raciocínio, definia serviço público de forma ampla, mas com contorno mais restrito que José Cretella Júnior e Mário Masagão. Para ele, serviço público é “aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade, ou simples conveniências do Estado.”²⁵

Esse conceito formulado por Hely Lopes Meirelles é mais restrito, pois exclui atividades legislativas e jurisdicional, entretanto, continua sendo classificado como amplo por não separar o poder de polícia do serviço público.²⁶

Por outro lado, parte significativa da doutrina adota a concepção restrita de serviço público. Maria Sylvia Zanella Di Pietro assim o define: “como toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público.”²⁷

²² “Sob forte influência da doutrina francesa, em especial da obra de Gaston Jèze, foi proposto, no direito brasileiro, um regime especial para os serviços públicos, denominado *regime jurídico de direito público*. Esse regime jurídico seria pautado por prerrogativas especiais conferidas ao Estado prestador ou aos seus delegatários (concessionários).” SCHIRATO, Vitor Rhein. A noção de serviço público em regime de competição. 2011. 309 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 286.

²³ Como destaca Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “Amplamente também é o conceito de José Cretella Júnior [...], para quem serviço público é ‘toda atividade que o Estado exerce, direta ou indiretamente, para a satisfação das necessidades públicas mediante procedimento típico do direito público.’” DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 102.

²⁴ Mais uma vez, Maria Sylvia Zanella: “Por influência da Escola de Serviço Público, alguns doutrinadores brasileiros adotaram conceito amplo de serviço público. No direito brasileiro, exemplo de conceito amplo é o adotado por Mário Masagão. Levando em consideração os fins do Estado, ele considera como serviço público ‘toda atividade que o Estado exerce para cumprir os seus fins’.” DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p.101-102.

²⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 319.

²⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 102.

²⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 106.

Nesse mesmo sentido se posiciona Celso Antônio Bandeira de Mello, compreendendo como serviço público:

“[...] toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça às vezes, sob um regime de Direito Público [...]”²⁸

Marçal Justen Filho igualmente entende o serviço público como

“[...] uma atividade pública administrativa de satisfação concreta de necessidades individuais ou transindividuais, materiais ou imateriais, vinculadas diretamente a um direito fundamental, insuscetíveis de satisfação adequada mediante os mecanismos da livre iniciativa privada, destinada a pessoas indeterminadas, qualificada legislativamente e executada sob regime de direito público.”²⁹

Ainda sobre o conceito de serviço público, Fernando Herren Aguillar destaca que não seria possível extrair do nosso sistema constitucional atual um conceito jurídico de serviço público. Para o autor,

“Entre numerar as atividades de constituem serviço público e conceituá-lo genericamente, a sistemática constitucional vigente preferiu a primeira hipótese. A partir dessa constatação inicial, sou levado a discordar de teorias que pretendam conceituar de forma essencialista o serviço público no atual ordenamento constitucional brasileiro. Os conceitos existentes de serviço público, quaisquer que sejam eles, são formulados doutrinariamente a partir da observação dos fatos ou da aplicação concreta do direito.”³⁰

Ou seja, o conceito de serviços público seria uma construção doutrinária, a qual não teria uma exata conceituação na Constituição Federal. Assim, para o autor, a conclusão cabível, tendo em vista nossa realidade constitucional, é que os serviços públicos “são aqueles contidos no corpo da Carta Política, o que só pode ser alterado por Emenda Constitucional.”³¹

²⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 671.

²⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. rev. ampl. e atual. Belo horizonte: Fórum, 2012. p. 687.

³⁰ AGUILLAR, Fernando Herren. *Direito Econômico: do direito nacional ao direito supranacional*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 337-338.

³¹ AGUILLAR, Fernando Herren. *Direito Econômico: do direito nacional ao direito supranacional*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p.338.

É possível observar que, num maior ou menor grau de extensão quanto às atividades consideradas serviços públicos – em decorrência da adoção de conceitos mais ou menos amplos – que o posicionamento tradicional ou clássico da doutrina administrativista brasileira, por muito tempo propagou as bases da Escola do Serviço Público, considerando no geral como sendo serviço público as atividades oferecidas pelo Estado, em favor da coletividade e prestada sob regime jurídico especial – o de direito público.

Esta visão de serviço público gerou inúmeras consequências na sua prestação em si, tendo sofrido alterações apenas anos mais tarde. Devida à relevância dessas questões, continuaremos a analisar o tema nos pontos seguintes.

1.2 REGIME JURÍDICO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

Tendo em vista os posicionamentos doutrinários citados acima, pode-se afirmar que os serviços públicos foram

“[...] tradicionalmente concebidos como atividades exógenas à livre iniciativa, e, conseqüentemente, à concorrência, pressupondo-se via de regra apenas um prestador, fosse ele o próprio Estado (ou alguma das suas entidades da Administração Indireta) ou um delegatário seu, mantida, em ambos os casos, a titularidade estatal exclusiva”.³²

Evidente que foram vários os motivos que levaram a essa equação, na qual o serviço público era indissociável da titularidade estatal. Alexandre Santos de Aragão explica que as razões se dividiram em basicamente dois grupos: a questão dos serviços públicos muitas vezes se constituírem em monopólios naturais, inviabilizando a prestação do serviço por mais de um agente; e a ideia de que, diante da elevada carga social dessas atividades, em decorrência dos direitos fundamentais, elas não poderiam ser “submetidas à lógica do lucro e do mercado.”³³

Assim, segundo Vitor Rhein Schirato, a teoria quanto ao regime jurídico a ser observado na prestação de serviços públicos que se consolidou no Brasil foi “aquela proposta por Celso Antônio Bandeira de Mello, segundo a qual o regime de direito público seria

³² ARAGÃO, Alexandre Santos de. Serviços públicos e concorrência. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n.233, p. 311-371, jul./set. 2003. p.312

³³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Serviços públicos e concorrência. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n.233, p. 311-371, jul./set. 2003. p. 312.

demarcado por um binômio de ‘princípios’ formado pelos ‘princípios’ da supremacia do interesse público e da indisponibilidade do interesse público.”³⁴

A adoção do regime de direito público resultaria assim, na estipulação de uma série de prerrogativas exclusivas ao Estado para que este pudesse atingir as finalidades ensejadas pelos serviços públicos.³⁵

Esse entendimento foi acompanhado por nomes de peso da doutrina tradicional do direito administrativo brasileiro, tais como José Cretella Júnior e Maria Sylvia Di Pietro, entre outros autores, que defendem, além da observância de um regime especial, a exclusividade estatal na exploração dos serviços públicos, ficando vedado o acesso aos particulares.³⁶

Portanto, foi natural que se associasse a prestação dos serviços públicos a um regime jurídico específico, o regime de direito público.³⁷ Para Celso Antônio Bandeira de Mello e Marçal Justen Filho, o serviço público sempre será prestado sob o regime de direito público, já que esta seria uma característica indissociável do conceito de serviço público.³⁸

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, a noção de serviço público só terá “préstimo e utilidade se corresponder a um dado sistema de princípios e regras; isto é, a um regime,

³⁴ SCHIRATO, Vitor Rhein. A noção de serviço público em regime de competição. 2011. 309 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 24.

³⁵ “O regime de direito público assegura ao Estado uma série de prerrogativas. Ideias que sofreram fortes influências de Gaston Jèze – da Escola do Serviço Público -, que para ele, o elemento definidor dos serviços públicos é a sua sujeição a um regime jurídico especial”. SCHIRATO, Vitor Rhein. A noção de serviço público em regime de competição. 2011. 309 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 28.

³⁶ SCHIRATO, Vitor Rhein. A noção de serviço público em regime de competição. 2011. 309 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 33-34.

³⁷ Marçal Justen Filho explica a diferença entre regime de direito público e regime de direito privado: “O regime de direito público consiste num conjunto de princípios e regras jurídicas que disciplinam poderes, deveres e direitos vinculados diretamente à supremacia e à indisponibilidade dos direitos fundamentais. O regime de direito público caracteriza-se pela criação de órgãos e funções na esfera pública, a quem é atribuída a titularidade de bens vinculados à realização de valores essenciais, assim como a competência para promover a satisfação de interesses indisponíveis. Em contrapartida, o regime de direito privado é norteado pela autonomia privada na escolha dos valores a realizar e na disponibilidade dos interesses em conflito, reconhecendo-se a legitimidade de condutas de satisfação egoística das necessidades.” JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. rev. ampl. e atual. Belo horizonte: Fórum, 2012. p. 110.

³⁸ “Segundo alguns autores, como Celso Antônio Bandeira de Mello [...] e Marçal Justen Filho [...], o serviço público é sempre prestado no regime de direito público. E, com efeito, ainda que sob certos aspectos possam ser aplicadas normas de direito privado, [...] a sujeição a regime publicístico é inerente ao próprio conceito de serviço público, no sentido de que os princípios a que se submetem as entidades prestadoras de serviço público, ainda que tenham a natureza de pessoa jurídica de direito privado (como empresas estatais e concessionárias e permissionárias de serviço público), são os mesmos a que se submete a Administração Pública, como os da continuidade, isonomia entre usuários, mutabilidade, generalidade, universalidade etc.” DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 108.

[...]”³⁹ o que para ele resultaria como sendo classificável como serviço público aquela atividade “fruível singularmente pelo administrado, *desde que tal prestação se conforme a um determinado e específico regime: o regime de Direito Público, o regime jurídico-administrativo.*”⁴⁰

Para o autor, a submissão ao regime de direito público é essencial, já que para ele este seria um dos seus dois elementos formadores: (i) O substrato material, que consiste na prestação atividade fruível singularmente pelos administrados; e (b) o *traço formal* [...], consistente em um específico regime de Direito Público.⁴¹ Esse regime especial seria formado “por princípios e regras caracterizados pela supremacia do interesse público sobre o interesse privado e por restrições especiais, firmados uns e outros em função da defesa de valores especialmente qualificados no sistema normativo.”⁴²

Odete Medauar se posiciona de forma muito semelhante. Para ela, a partir do momento que determinada atividade é considerada serviço público, sobre ela recaem consequências, principalmente no que diz respeito ao regime jurídico envolvido, mesmo quando fornecida por particulares. A autora ressalta que,

“a atividade de prestação é submetida total ou parcialmente ao direito administrativo; mesmo que seja realizada por particulares, em tese sujeita a regras do direito privado, se a atividade for qualificada como serviço público, tem notas de diferenciação: não há serviço público submetidos exclusivamente ao direito privado.”⁴³

Apesar de esse ser o entendimento de parte da doutrina, mais tradicional, nem todos os autores entendem como sendo inerente ao conceito de serviço público a sua prestação sob o regime de direito público.

Carlos Ari Sundfeld é um dos que se posiciona contrário a essa crença. Para o autor não existiria nenhuma menção, implícita ou explícita na Constituição Federal que permitisse concluir que haveria um regime único para a prestação dos serviços públicos. Para ele cabe

³⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 673.

⁴⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 673.

⁴¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 674.

⁴² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 674.

⁴³ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 349.

às leis estabelecerem os direitos e deveres dos envolvidos na prestação do serviço, sejam eles prestadores, usuários ou o próprio Poder Público.⁴⁴ Ele inclusive tece uma crítica:

“Sendo bastante honesto, penso que essa crítica doutrinária tem pouco de jurídica e muito de política, pois, de um lado, inspira-se no desejo de ver preservado o modelo estatal e monopolista de exploração e, de outro, traduz grande desconfiança quanto à idoneidade do atual legislador brasileiro para disciplinar os serviços [...]. Penso haver um árduo trabalho doutrinário a ser desenvolvido nestes novos tempos.”⁴⁵

Existem hoje muitos autores que se manifestam contra essa percepção de um regime único para a prestação de serviço público, o qual já seria incompatível com a realidade vivenciada pelo direito administrativo brasileiro. Para Fernando Herren Aguillar, “Não se pode falar em um único regime jurídico para a diversidade de serviços públicos existentes. Há farta legislação específica sobre cada modalidade de serviço, gerando uma pluralidade de regimes jurídicos de serviços públicos.”⁴⁶

Evidente que aquele contexto histórico em que a Escola do Serviço Público ganhou notoriedade não permaneceu imutável face às forças do tempo. A visão inicial de Gaston Jèze, que defendia que só seriam considerados serviços públicos as atividades prestadas sob o regime de direito público, já não se sustenta inabalada. Como bem destaca Alexandre Santos de Aragão “com o passar dos anos e a adoção pelo próprio Estado de mecanismos jurídicos de Direito Privado para a prestação de serviços públicos (através, por exemplo, de sociedades de economia mista), esse requisito (regime de Direito Público) perdeu muito do seu vigor.”⁴⁷

No mesmo sentido alerta Vitor Rhein Schirato,

“Note-se que esse entendimento não reflete a atual situação fática verificada. Embora seja reconhecido um caráter especial na administração pública, em momento algum há uma submissão a um regime jurídico único ou a uma apartação completa e estanque entre o público e o privado. A gama de atividades e atribuições conferidas ao Estado é tão ampla e tão diversificada que não se pode pretender encontrar um único regime jurídico qualificados da presença do Estado.”⁴⁸

⁴⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às agências reguladoras. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 33.

⁴⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às agências reguladoras. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 33-34.

⁴⁶ AGUILLAR, Fernando Herren. *Direito Econômico: do direito nacional ao direito supranacional*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 340.

⁴⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 83.

⁴⁸ SCHIRATO, Vitor Rhein. A noção de serviço público em regime de competição. 2011. 309 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 25-26.

O grande número de serviços prestados e suas evidentes diferenças dificultam a adoção de um único regime, “Com isso afirmamos que o regime jurídico dos serviços públicos *não implica a existência de um regime jurídico único dos serviços públicos, mas apenas indicam elementos que configuram um critério de apartação dos serviços públicos das demais atividades econômicas.*”⁴⁹

Gaspar Ariño Ortiz, apesar de se diferenciar do grupo de doutrinadores citados até o momento por não ser brasileiro, igualmente conclui que na atualidade, além de não ser possível indicar um conceito unitário de serviço público, não podemos afirmar que existe hoje um regime jurídico uniforme de serviço público, já que cada serviço tem suas próprias regras, no mais variados aspectos, inclusive.⁵⁰

Encerramos aqui este ponto com as pertinentes palavras de Vitor Rhein Schirato: “Atualmente, não há como se falar em uma separação rígida entre regimes público e privado. Estes se confundem e se misturam.”⁵¹

1.3 AS CHAMADAS CRISES DO SERVIÇO PÚBLICO

Podemos até agora concluir que não há um consenso na doutrina sobre o conceito de serviço público, nem quanto à existência de um regime jurídico único.

Além dessas “indefinições”, a noção de serviço público tem passado por grandes questionamentos, tendo alguns doutrinadores denominando-a crise do serviço público. Gaspar Ariño Ortiz foi mais longe, chegando inclusive a decretar a morte do serviço público.⁵²

Para Alexandre Santos de Aragão, pode-se dizer que o conceito de serviço público está em permanente crise, podendo ser destacados dois momentos chave. O autor de antemão se posiciona deixando claro que não se tratam de abalos que levariam à extinção do serviço

⁴⁹ SCHIRATO, Vitor Rhein. A noção de serviço público em regime de competição. 2011. 309 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 229.

⁵⁰ “Hemos visto que no hay un concepto legal unitario sobre servicio público. Además, ocurre que tampoco hay un régimen jurídico uniforme del servicio público, pues cada servicio tiene sus propias reglas en multitud de aspectos (afectación de bienes, tarifas, caducidad, reversión, etc.)” ORTIZ, Gaspar Ariño. *Principios de derecho público económico* (modelo de estado, gestión pública, regulación económica). Granada: Comares, 2004. p. 543.

⁵¹ SCHIRATO, Vitor Rhein. A noção de serviço público em regime de competição. 2011. 309 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. p.25-26

⁵² ORTIZ, Gaspar Ariño. *El Nuevo Servicio Público*. Madrid: Ed. Marcial Pons, 1997. p. 23.

público, já que não podemos identificar nenhum sinal de que num curto ou médio prazo ele deixará de existir. Para o autor, a crise trata da constante modificação que o conceito tem sofrido, sendo possível notar alteração quando ao sujeito que presta o serviço, seu objeto e o regime jurídico sob o qual é executado.⁵³

Como falávamos, Alexandre Santos de Aragão indica dois momentos pontuais de crise. A primeira, ocorrida em meados do século XX, tratou-se da exclusão do “critério formal pelo qual serviço público seria apenas a atividade regida pelo direito público.”⁵⁴ Essa quebra foi necessária para que o Estado pudesse adentrar em setores antes não vistos como serviço público, utilizando-se assim, de institutos de direito privado, tais quais sociedades de economia mista e empresas públicas. Existiu, portanto, uma constrição das liberdades empresariais, atividades econômicas privadas ganharam caráter de interesse público, o que justificaria a intensa intervenção estatal.⁵⁵

O autor explica que esta primeira crise conceitual afetou muito os serviços públicos, já que, até então, eles sempre haviam sido considerados como integrantes da esfera pública, ocorrendo assim uma

“[...] mitigação das fronteiras entre público e privado, os seus contornos conceituais, que por sinal nunca foram muito firmes, passam por uma nova crise, demonstrando, paradoxalmente, a imensa força da noção de serviço público, sobrevivente a sucessivas crises e a profundas mudanças na sociedade, no Estado e na economia.”⁵⁶

A segunda crise, iniciada na década de 1980, faz um movimento reverso ao da primeira, em que o Estado “devolve” aos particulares a execução de inúmeros serviços.

“A participação direta do Estado na prestação de serviços públicos e exploração de várias atividades econômicas sofreu um refluxo a partir da década de oitenta do século passado, em razão do elevado déficit fiscal decorrente de anos de investimentos estatais não lucrativos, ao que se somou o desaparecimento do socialismo real como possível modelo alternativo ao capitalismo; o predomínio de governos de ideologia (neo)liberal, com destaque para Ronald Reagan nos EUA e Margareth

⁵³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. O serviço público e as suas crises. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 422.

⁵⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. O serviço público e as suas crises. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 425.

⁵⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. O serviço público e as suas crises. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 423-425.

⁵⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p.12.

Tatcher no Reino Unido; a globalização e a evolução tecnológica, que favoreceram os negócios e as movimentações financeiras transnacionais e possibilitaram a adoção total ou parcial da concorrência em setores até então considerados como inevitáveis monopólios naturais”⁵⁷

Essa alteração se deu em virtude da constatação de que o Estado não teria mais condições de prestar os serviços públicos sempre de forma direta, tendo em vista a ausência dos recursos financeiros necessários. Além disso, deve-se ter em mente o poder influenciador que globalização em si impunha: a busca pela obtenção de recursos externos muitas vezes exigia o fim de algumas regras de proteção de mercado, para que mais agentes pudessem deles participar. O monopólio Estatal não era assim muito bem visto.⁵⁸

Isso não quer dizer, entretanto, que tais atividades deixaram de ser consideradas serviço público, apenas passou-se a avaliar se elas não seriam melhores desenvolvidas num ambiente onde existisse concorrência, sob uma forte regulação do Estado.

Como citado anteriormente, para Alexandre Santos de Aragão a crise atual do serviço público não implica no fim do instituto

“[...] mas sim a redução do número de atividades capazes de nele conceitualmente se enquadrarem, como o correspondente aumento do número de atividades subsumíveis ao conceito de atividade privada de relevância pública (de interesse público ou regulamentadas – titularizadas pela iniciativa privada), que antes eram serviços públicos titularizadas pelo Estado, mas deixaram de sê-lo por medidas legislativas.”⁵⁹

Floriano de Azevedo Marques Neto aponta a década de 1990 como sendo o boom dos questionamentos sobre o conceito tradicional de serviço público. O autor destaca como fatores para esta mudança de perspectiva: a pressão pela abertura dos mercados, o desenvolvimento do direito concorrencial – e por consequência o fator benéfico da concorrência para os consumidores -, e o avanço da tecnologia, que possibilitou “o compartilhamento de redes e viabilizaram o convívio econômico de mais de um prestador

⁵⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. O serviço público e as suas crises. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Florianio de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 42.

⁵⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 45-46.

⁵⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. O serviço público e as suas crises. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Florianio de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 251.

se utilizando de uma mesma plataforma, reduziram fortemente as barreiras econômicas que sustentavam a necessidade de exploração monopolista dessas atividades [...].”⁶⁰

Parte da doutrina, entretanto, não acredita que os serviços públicos passaram ou estejam passando por uma crise. Para Odete Medauar, a noção de serviço público não enfrentou crise, apenas seria uma questão de “inadequação de uma teoria específica à extensão das prestações estatais, hoje realizadas sob modos variados. A atividade de prestação de serviços públicos não se encontra em crise, nem desapareceu [...]”.⁶¹

Maria Sylvia Zanella Di Pietro posiciona-se de forma semelhante, afirmando que o conceito não permaneceu estático ao longo dos anos, tendo passado por alterações, a fim de incluir serviços que antes não seriam considerados serviços públicos. Além disso, não se poderia falar em um conceito único no espaço, já que os serviços públicos são definidos pelo Estado, e seriam evidentes as diferenças quando comparadas as leis de vários países. Por fim, a autora destaca não haver, dentre os conceitos mais ou menos amplos na doutrina, um que seja o mais correto.⁶²

Essas modificações não levam a autora a acreditar na crise da noção de serviço público, para ela,

[...] esses avanços não permitem falar ainda em crise na noção de serviço público no direito brasileiro. A Constituição prevê determinadas atividades como exclusivas do Estado, permitindo que sejam desempenhadas diretamente ou mesmo diante concessão, permissão ou autorização. E atribui ao Estado o dever de prestar determinados serviços sociais não exclusivos do Estado (especialmente nas áreas da saúde e educação).⁶³

Marçal Justen Filho igualmente compreende como equivocada a ideia de extinção do serviço público. “A concepção de crise deve ser entendida como a necessidade de adequação do instituto às circunstâncias sociais e econômicas.”⁶⁴ Para o autor, o instituto permanece vivo, dentro de suas particularidades quanto aos seus países de origem, e só será possível falar na sua morte “se e quando houver a viabilidade de satisfação dos direitos fundamentais mediante atuação privativa da iniciativa privada, sem intervenção estatal –

⁶⁰ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulação dos serviços públicos. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 228, p. 13-29, abr/jun.2002. p. 21.

⁶¹ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 348.

⁶² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 105-106.

⁶³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 111.

⁶⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. rev. ampl. e atual. Belo horizonte: Fórum, 2012. p. 704.

alternativa que não se afigura plausível, pois conduz ao desaparecimento da justificativa da existência do próprio Estado.”⁶⁵

Para Rodrigo Luís Kanayama, não se trata de decretar o fim do serviço público e sim observar aquela noção tradicional “sob uma lente atual, em que a realidade, as necessidades, as mudanças sociais fizeram com que a noção se modificasse a ponto de quase tornar-se irreconhecível.”⁶⁶ Para o autor, não haveria crise no conceito de serviço público, e sim a necessidade de adaptar à realidade atual, tendo em vista que a noção sofre alterações no tempo e no espaço. “Atualmente, vive-se uma realidade em que os problemas sociais se intensificaram, havendo necessidade de classificar atividades voltadas à coletividade com vistas a suprimir esses problemas.”⁶⁷ Seria, portanto, inviável “engessar o conceito” sem adequá-lo caso a caso.

Analisados os breves e diversos posicionamentos neste ponto citados, podemos concluir que o conceito de serviço público definitivamente não é mais o mesmo quando da sua criação. Independente de alguns autores negarem a existência de uma crise conceitual, ou divergirem quanto à extensão da crise, fato é que mudanças significativas ocorreram e não se pode ficar à deriva de tamanha inovação. É justamente essa alteração no conceito de serviço público que permite discutirmos hoje o tema da presente dissertação, afinal, no início do século passado seria impensável a prestação de um serviço público em regime de concorrência.

1.4 CONCEITO DE SERVIÇO PÚBLICO ADOTADO POR ESTA DISSERTAÇÃO

Pode-se afirmar, assim, que o conceito de serviço público não é mais – ao menos não unanimemente – aquele formulado pela Escola do Serviço Público. Conforme trazido anteriormente, há nomes de peso na doutrina brasileira que confirmam as mudanças sofridas pela noção de serviço público.

⁶⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. rev. ampl. e atual. Belo horizonte: Fórum, 2012. p. 710.

⁶⁶ KANAYAMA, Rodrigo Luís. A polêmica acerca do regime jurídico do serviço público. In: COSTALDELLO, Angela Cassia (coord). *Serviço Público*. Curitiba: Juruá, 2005. p 208.

⁶⁷ KANAYAMA, Rodrigo Luís. A polêmica acerca do regime jurídico do serviço público. In: COSTALDELLO, Angela Cassia (coord). *Serviço Público*. Curitiba: Juruá, 2005. p 208.

Mais que isso, é importante ressaltar que atualmente há sim espaço para sustentar noções diferentes àquelas trazidas pelo direito administrativo francês no início do século passado.

Essa noção mais “atualizada” de serviço público é vital para a discussão cerne dessa dissertação, afinal, levado ao pé da letra o conceito inicial de serviço público não admitiria uma prestação onde a concorrência estivesse presente.

Tendo isso em mente, o presente trabalho adotará o conceito de serviço público formulado por Vitor Rhein Schirato, no qual se compreende que:

*“os serviços públicos são obrigações positivas impostas ao Estado pela ordem jurídica com a finalidade de satisfazer direitos fundamentais que exigem do Estado uma atuação positiva e material na ordem econômica para prestar determinado serviço ou, no mínimo, para garantir sua prestação.”*⁶⁸ (grifos do autor)

Isto posto, passamos para o próximo item, que abordará especificadamente a questão da introdução da concorrência na prestação dos serviços públicos.

1.5 SERVIÇOS PÚBLICOS PRESTADOS EM REGIME DE CONCORRÊNCIA

Vimos, portanto, que houve uma mudança significativa na doutrina de direito administrativo brasileira, um movimento notabilizado desde a década de 1980, em que conceitos clássicos passaram a ser questionados.

Até então, o entendimento majoritário era no sentido de que a Constituição Federal, em seu artigo 175, teria atribuído a prestação do serviço público ao Estado e que não seria possível deixar atividades de tamanha relevância social “a mercê apenas do jogo do mercado.”⁶⁹

Como tratado por Alexandre Wagner Nester, houve nas últimas décadas do século XX uma mudança de paradigma quanto à atuação do Estado na economia, foi a chamada

⁶⁸ SCHIRATO, Vitor Rhein. A noção de serviço público em regime de competição. 2011. 309 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 107.

⁶⁹ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 350.

passagem do Estado Intervencionista para o Estado Regulador. O autor destaca que este não foi um movimento vivenciado apenas pelo Brasil,

“Nas últimas décadas, as economias ocidentais promoveram a abertura à iniciativa privada de diversos setores tradicionalmente organizados em torno de monopólios públicos. A forte intervenção estatal da economia, própria do *Estado de Bem-Estar*, foi substituída pelo regime concorrencial, em maior ou menor grau. A atividade de intervenção estatal em sentido estrito (de gestão) foi reduzida em contra partida ao aumento da intervenção regulatória (ou normativa).”⁷⁰

Como destaca Alexandre Wagner Nester, a partir da década 1980, o clima era de liberalização – que substituiu os monopólios públicos - motivado principalmente: pela difícil situação financeira das empresas estatais responsáveis pelos monopólios; falta de um controle do Estado sobre as empresas estatais que comandavam os monopólios, o que muitas vezes resultava na sua captura pelo setor privado; baixa qualidade nos serviços prestados, mesmo quando cobrados valores elevados “(principalmente quando comparados com os preços praticados em alguns regimes liberalizados, praticados no caso das telecomunicações e do transporte aéreo)”.⁷¹

Esse movimento foi igualmente influenciado pelo direito comunitário europeu. Temos que ter em mente que nesse contexto histórico, na Europa, os países estavam consolidando a União Europeia, e com isso a abertura dos seus mercados. Surge nesse ambiente, como preocupação do direito comunitário da concorrência “proporcionar a integração econômica dos países membros da Comunidade”.⁷²

Como explica Monica Spezia Justen, a questão do serviço público no direito comunitário europeu é extremamente conectada aos limites de intervenção dos Estados-membros em suas economias, principalmente no que tange à liberdade de empresa e à livre concorrência. A chegada do direito comunitário

“impõe que se adote uma nova postura diante do setor tradicionalmente regido pelo regime de direito público, deixando que as regras de direito privado e a lógica de mercado sejam, respectivamente o fundamento e o vetor do novo serviço público. [...] A igualdade de tratamento entre o setor

⁷⁰ NESTER, Alexandre Wagner. A inserção do regime concorrencial nos serviços públicos. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 442.

⁷¹ NESTER, Alexandre Wagner. A inserção do regime concorrencial nos serviços públicos. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 443.

⁷² JUSTEN, Monica Spezia. *A noção de serviço público no direito europeu*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 173-174.

empresarial privado e o público foi estabelecida com a finalidade de prevenir que o princípio da livre concorrência fosse descumprido, tanto pelo favorecimento a alguma empresa, quanto por algum especial incentivo estatal que colocasse em risco o equilíbrio do mercado comum.”⁷³

Assim, foi vivenciado um movimento de exclusão de benefícios que pudessem atentar contra a liberdade de competição, o que por consequência desencadeou fortes “ataques aos monopólios estatais. Nos anos setenta, começou a desenvolver-se a concepção da necessidade de extinção das intervenções estatais sobre a atividade econômica.”⁷⁴

Fernando Herren Aguillar também destaca a influência que o direito comunitário europeu teve na mudança de interpretação dos serviços público: “[m]uito do que se tem feito em matéria de liberalização de serviços públicos tem origem na política europeia de flexibilização de monopólios dos Estados-membros.”⁷⁵

Na União Europeia adota-se o conceito de Serviços Públicos de Interesse Econômico Geral, sendo que esses são revestidos

“de certos direitos especiais geralmente em virtude das responsabilidades ligadas ao seu desempenho. Entretanto, entende-se também na Europa, que tais direitos não devem ir além do que for necessário ao cumprimento da sua tarefa, evitando que se criem condições restritivas à concorrência.”⁷⁶

Pelo exposto, é possível perceber um cuidado com a formação de monopólios e por consequência, com aumento de preços e a queda da qualidade dos serviços prestados.⁷⁷

Ou seja, os serviços públicos que eram vistos tradicionalmente como um monopólio – ou privilégio – do Estado, e não havia até então nenhuma possibilidade de introduzir a

⁷³ JUSTEN, Monica Spezia. *A noção de serviço público no direito europeu*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 169-170.

⁷⁴ JUSTEN, Monica Spezia. *A noção de serviço público no direito europeu*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 188.

⁷⁵ AGUILLAR, Fernando Herren. *Direito Econômico: do direito nacional ao direito supranacional*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 352.

⁷⁶ AGUILLAR, Fernando Herren. *Direito Econômico: do direito nacional ao direito supranacional*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 352.

⁷⁷ Marçal Justen Filho também aborda a questão dos serviços de interesse geral: “Há uma proposta comunitária para revisão do regime jurídico dos serviços qualificados como públicos. Fala-se em serviços de interesse econômico geral, determinando-se, como regra geral, sua submissão ao regime jurídico das atividades privadas, mas se admitindo, em fase de circunstâncias específicas, a adoção de regime jurídico diverso. A influência comunitária atenuou a distinção entre os regimes jurídicos de atividade econômica privada e serviço público. Há uma forte tendência à uniformização do regime jurídico ou ao surgimento de uma síntese dialética superadora de ambas as soluções. Os serviços afetados à satisfação de necessidades coletivas comportariam um regime jurídico anômalo. O resultado prático seria o desaparecimento do *regime de serviço público*, com a multiplicação de regimes jurídicos anômalos em vista de cada categoria de atuação.” JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. rev. ampl. e atual. Belo horizonte: Fórum, 2012. p. 705-706.

concorrência na sua prestação, são atingidos por mudanças estruturais do papel do Estado, que passa progressivamente de Estado operador de mercado para Estado regulador.⁷⁸

Nesse mesmo sentido anota Floriano de Azevedo Marques Neto, descrevendo essa relação aparentemente indissociável entre serviço público e monopólio estatal.

Para este autor, o que fundamentava essa concepção eram fatores ideológicos, jurídicos e econômicos. Os motivos ideológicos se amparavam na ideia de que os interesses públicos envolvidos na prestação de tais atividades impediam a sua exploração de forma competitiva; em termos jurídicos, a noção de exploração exclusiva pelo Estado era resultado da crença de que tendo uma lei determinado a incidência de regime público a uma específica atividade, não seria mais possível desrespeitar esse regime especial; e as razões econômicas, se justificavam na inviabilidade econômica de existirem vários operadores atuando em uma área onde existia monopólio de redes.⁷⁹

Assim, restava assentado o entendimento que uma atividade por ser classificada como serviço público não poderia ser ofertada em regime de concorrência.⁸⁰

Entretanto, como já citado anteriormente, na década de 1990, com as pressões para abertura dos mercados, em decorrência da globalização e o avanço da tecnologia, acabaram surgindo a necessidade e a possibilidade de uma prestação de serviços públicos em regime de concorrência.⁸¹

⁷⁸ AGUILLAR, Fernando Herren. *Direito Econômico: do direito nacional ao direito supranacional*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 309.

⁷⁹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulação dos serviços públicos. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 228, p. 13-29, abr/jun.2002. p. 20-21.

⁸⁰ “Firmou-se então o entendimento de que, uma atividade considerada serviço público, restava interdita a existência de diversos operadores a oferecê-la em regime de competição. No meu entendimento esta concepção traía um equívoco de origem. Confundia-se o efeito da subordinação da atividade ao regime de direito público, com a retirada dessa atividade do domínio econômico.” MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulação dos serviços públicos. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 228, p. 13-29, abr/jun.2002. p. 21.

⁸¹ “No início da década de 90, se começa a questionar tais concepções, digamos, clássicas, de serviço público. A pressão pela abertura dos mercados e o crescimento do direito concorrencial e do pressuposto da competição como benéfico para o consumidor afetaram fortemente as barreiras ideológicas à introdução da competição nos serviços públicos. Os avanços tecnológicos que tornaram possível o compartilhamento de redes e viabilizaram o convívio econômico de mais de um prestador se utilizando de uma mesma plataforma, reduziram fortemente as barreiras econômicas que sustentavam a necessidade de exploração monopolista dessas atividades [...]” MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulação dos serviços públicos. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 228, p. 13-29, abr/jun.2002. p. 21.

1.5.1 Ausência de exclusividade estatal na prestação

Até o presente momento deste trabalho, já foi assentado que o conceito de serviço público e o regime ao qual sua prestação é submetida passaram por diversas alterações. No ponto anterior, introduziu-se como se aventou a hipótese de aplicar a concorrência na prestação dos serviços públicos, tanto na Europa quanto no Brasil. Por consequência, pode-se dizer que a máxima de exclusividade estatal na prestação de serviços públicos é igualmente contestável.

Agora, atentaremos de forma mais específica porque a partir de uma análise do ordenamento jurídico brasileiro não é possível concluir que os serviços públicos podem ser apenas ofertados pelo Estado.

Primeiramente, queremos destacar que nem sempre atividades de elevado interesse social serão consideradas, ou deveriam ser consideradas, como serviço público. Como explica Alexandre Santos de Aragão,

“A essencialidade da atividade econômica não é suficiente para que venha ser qualificada pelo direito positivo como serviço público, exigindo-se também que haja a incapacidade de a iniciativa privada prestá-la satisfatoriamente. Os alimentos e medicamentos, por exemplo, são bens essenciais que via de regra são fornecidos pela própria iniciativa privada.”⁸²

Superado esse pequeno esclarecimento, queremos igualmente deixar claro que, defender a não exclusividade da prestação estatal dos serviços públicos, não implica minimizar sua importância, muito pelo contrário.

Entendemos, portanto, a preocupação que alguns doutrinadores ainda têm em aceitar a superação da exclusividade estatal na prestação dos serviços públicos. Citamos aqui o posicionamento de Marçal Justen Filho sobre o tema

“A atividade de serviço público é um meio de realizar fins indisponíveis para a comunidade. Os direitos fundamentais não podem deixar de ser realizados. Por isso, as atividades necessárias à sua satisfação direta e imediata são subordinadas ao regime de direito público. [...] Alguns autores têm cogitado de serviços públicos prestados sob regime de direito privado, o que se traduziu concretamente na regulação dos serviços de

⁸² ARAGÃO, Alexandre Santos de. O serviço público e as suas crises. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 426.

telecomunicação. Rigorosamente, serviço público sob regime de direito privado é uma contradição em termos. A aplicação do regime de direito privado desnatura o serviço público.⁸³

Como se vê, para o autor, a prestação de um serviço público por um particular, sob o regime jurídico de direito privado, deturparia a ideia de serviço público. Pretende-se demonstrar o contrário, já que para este presente trabalho, a prestação de serviço público não teria exclusividade do Estado, o que por consequência permitiria o seu fornecimento por particulares.

A divergência doutrinária advém da interpretação do artigo 175 da Constituição Federal,⁸⁴ que para alguns traria a informação de exclusividade estatal na prestação dos serviços públicos. Assim, as atividades passíveis de promoção por particulares estariam restritas àquelas previstas no artigo 173.⁸⁵

⁸³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. rev. ampl. e atual. Belo horizonte: Fórum, 2012. p.690-691.

⁸⁴ “Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

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.” BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 28/04/16.

⁸⁵ “Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade;

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;

III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;

IV - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários;

V - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores.

§ 2º As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

§ 3º A lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade.

§ 4º - lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

§ 5º A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.” BRASIL. Constituição da República Federativa

Segundo Marçal Justen Filho, “o art. 175, ao disciplinar os serviços públicos, alude apenas às alternativas de prestação direta pelo Estado ou de delegação a particulares mediante concessão ou permissão.”⁸⁶ Ainda segundo o autor, determinados serviços, como saúde, educação e assistência social podem sim ser assumidas por particulares, mas estariam “sujeitas a regime jurídico próximo ao de serviço público, mediante intensa fiscalização e regulamentação. Por isso há a tendência a reconhecer que, em alguns setores, o serviço público pode ser admitido por particulares.”⁸⁷

Para Marçal Justen Filho “a exclusividade na prestação do serviço é, em princípio, uma decorrência do monopólio estatal. Se determinado serviço público é de titularidade exclusiva do Estado, sua prestação tende a ser promovida em regime de exclusividade.”⁸⁸ Para o autor é possível que particulares prestem serviços públicos, já que a exclusividade não seria uma derivação inseparável do conceito de serviço público. O problema se dá na natureza econômica da atividade, tendo em vista que a exclusividade poderia advir, por exemplo, de uma situação de monopólio natural – o que para o autor envolve a maior parte dos serviços públicos.⁸⁹

Para Odete Medauar, a Constituição Federal claramente prevê em seu artigo 175 a atribuição dos serviços públicos ao Estado, podendo apenas ser realizado pelos agentes privados por meio de concessão ou permissão. A autora assevera que a Carta Magna teria fixado um vínculo indissociável entre serviço público e poder público, o qual pode até ter a intensidade de sua presença variável, mas nunca abolida. Para Odete Medauar, a consequência seria que “alguns preceitos contidos no art. 170 e destinados a nortear a atividade econômica, não se aplicam ao serviço público.”⁹⁰

Celso Antônio Bandeira de Melo igualmente afirma que os serviços públicos estariam excluídos da esfera particular, excetuadas as áreas de saúde, educação e previdência

do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28/04/16.

⁸⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. rev. ampl. e atual. Belo horizonte: Fórum, 2012. p. 697.

⁸⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. rev. ampl. e atual. Belo horizonte: Fórum, 2012. p. 698.

⁸⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. rev. ampl. e atual. Belo horizonte: Fórum, 2012. p. 698.

⁸⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. rev. ampl. e atual. Belo horizonte: Fórum, 2012. p. 699.

⁹⁰ MEDAUAR, Odete. Serviços públicos e serviços de interesse econômico geral. In: NETO, Diogo de Figueiredo Moreira (coord.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo – Uma evaluación de las tendencias contemporaneas del derecho administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 125.

social – que podem sim ser prestadas por agentes privados.⁹¹ Diante desta ressalva feita por Celso Antônio Bandeira de Melo, é impossível não observar que o autor entende como aceitável a delegação de serviços que são, sabidamente, essenciais à população à prestação por agentes privados. Assim sendo, retoma-se a compreensão de que não é a essencialidade ou relevância social um critério que justifique o afastamento dos particulares na execução de determinados serviços públicos.

Feita esta observação, volta-se ao entendimento de Fernando Herren Aguillar, o qual também acredita ter a Constituição Federal determinado a separação entre serviços públicos e atividades econômicas em sentido estrito. Assim, o artigo 175 preveria como sendo os serviços públicos competência do Estado e as atividades econômicas *stricto sensu* caberiam, segundo o artigo 173, aos particulares. Sendo que, “iniciativa privada somente poderá, por sua vez, desempenhar serviços públicos quando adquirir esse direito por meio de concessão ou permissão estatal.”⁹²

Em sentido oposto Vitor Rhein Schirato apresenta uma crítica a essa construção histórica da noção de serviço público. Para o autor, esse conceito faz com que os “aplicadores do direito leiam o conteúdo do direito positivo dele extraindo termos que não estão expressos”. Para Vitor Rhein Schirato a confusão se instaura por uma leitura extensiva do artigo 175 da Constituição Federal, o qual determina incumbir ao poder público a prestação dos serviços públicos. Como ressalta o autor, não há menção de regime jurídico próprio ou a fixação da titularidade estatal, que poderia desencadear uma exclusividade.⁹³

A doutrina tradicional, portanto, diferencia os serviços públicos previstos no art. 175 das atividades econômicas contidas no art. 173, e isso decorreria da crença de uma titularidade estatal exclusiva e na existência de um regime jurídico especial, aplicável aos serviços públicos e não às atividades econômicas.⁹⁴

Para Vitor Rhein Schirato não é pertinente defender uma distinção absoluta entre os conteúdos dos artigos 173 e 175 da Carta Magna, “eis que a prestação dos serviços públicos prevista no art. 175 tem fundamento no art. 173.” O autor defende que a diferença

⁹¹ MELLO, Celso Antônio de. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 676.

⁹² AGUILLAR, Fernando Herren. *Direito Econômico: do direito nacional ao direito supranacional*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 328-329.

⁹³ SCHIRATO, Vitor Rhein. A noção de serviço público em regime de competição. 2011. 309 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 63.

⁹⁴ SCHIRATO, Vitor Rhein. A noção de serviço público em regime de competição. 2011. 309 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 96.

essencial entre os artigos 173 e 175 não estaria nem na reserva de sua prestação pelo poder público ou pelos agentes privados, nem na existência de um regime jurídico para a prestação de um ou outro, “mas, sim, na existência de uma obrigação de intervenção do Estado no caso do artigo 175 e de uma faculdade de empreendimento no caso das demais atividades econômicas.”⁹⁵ Por isso, para o autor, quando uma atividade for constituída serviço público,

“haverá uma obrigatoriedade de exploração da atividade econômica serviço público, ao passo que nos casos em que houver relevante interesse coletivo ou imperativo de segurança nacional (hipóteses bastantes abertas, diga-se), haverá mera faculdade do Estado de explorar determinada atividade econômica.” (grifos do autor)⁹⁶

Ou seja, ao invés de ser uma prerrogativa do Estado, um privilégio, a prestação de serviços públicos é uma obrigação “que deve por ele ser cumprida de acordo com o regime jurídico compatível com as peculiaridades da atividade para satisfazer os direitos dos cidadãos.”⁹⁷

É interessante ter em mente que a prerrogativa não é algo em benefício do Estado e sim em favor dos cidadãos. Além disso, por muitas vezes o monopólio estatal não trouxe segurança e ou melhorias à população, muito pelo contrário. Em vários setores, esse “privilégio” do Estado acabou por permitir ineficiências e desrespeitos aos direitos dos cidadãos, tendo sido estes obrigados a consumir serviços prestados por um Estado dotado de prerrogativas e poderes fundamentados por criações doutrinárias que não correspondem à realidade, “como a supremacia do interesse público sobre o particular e a separação das atividades econômicas entre as de sentido amplo e as de sentido estrito.”⁹⁸

Assim, podemos afirmar que não existe nenhuma previsão no artigo 175 ou em qualquer outro na nossa Constituição Federal que determine

“[...] qualquer reserva de mercado ou privilégio em favor do Estado no campo da prestação dos serviços públicos. Ao contrário, como já dito, a construção constitucional dos direitos fundamentais e a criação de um regime específico de exclusividade e privilégio (monopólios jurídicos), deixam muito claro que não há como se aventar qualquer forma de

⁹⁵ SCHIRATO, Vitor Rhein. A noção de serviço público em regime de competição. 2011. 309 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 102-103.

⁹⁶ SCHIRATO, Vitor Rhein. A noção de serviço público em regime de competição. 2011. 309 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 102-103.

⁹⁷ SCHIRATO, Vitor Rhein. A noção de serviço público em regime de competição. 2011. 309 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 91.

⁹⁸ SCHIRATO, Vitor Rhein. A noção de serviço público em regime de competição. 2011. 309 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 65.

privilégio ou exclusividade com relação aos serviços públicos.” (grifos do autor)⁹⁹

Os serviços públicos não são uma atividade que automaticamente afastaria a atuação da iniciativa privada, o que ocorre é a constituição de uma obrigação estatal, que pode sim justificar restrições ao direito fundamental da livre iniciativa, desde que sejam feitas de forma proporcional “à satisfação de outros direitos fundamentais por meio da prestação de serviço público.”¹⁰⁰

Alexandre Santos de Aragão se posiciona de forma similar quando discorda da alegação de que “os valores da livre iniciativa e da livre concorrência seriam aplicáveis apenas às atividades econômicas e não aos serviços públicos, já que estes também são atividades econômicas *lato sensu*, apenas titularizadas pelo Estado em prol do bem-estar da coletividade.” Afinal, não podemos olvidar que a livre iniciativa e a livre concorrência são princípios fundamentais da ordem econômica constitucional, da qual o art. 175, que rege os serviços públicos faz parte.¹⁰¹

No capítulo destinado à ordem econômica e financeira, o artigo 170, além de trazer em seu *caput* a valorização da livre iniciativa, em seu inciso IV, expõe a preocupação com a observância do princípio da livre concorrência.¹⁰² Isto posto, a concorrência deve ser aplicada, sempre de forma adequada, após análise caso a caso, a fim de possibilitar sempre a melhor prestação possível dos serviços públicos.¹⁰³

Para Vitor Rhein Schirato isso implica dizer que a livre concorrência só poderá ser sacrificada em duas situações: “nos casos em que houver uma restrição à livre iniciativa e

⁹⁹ SCHIRATO, Vitor Rhein. A noção de serviço público em regime de competição. 2011. 309 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 92.

¹⁰⁰ SCHIRATO, Vitor Rhein. A noção de serviço público em regime de competição. 2011. 309 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 100.

¹⁰¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Serviços públicos e concorrência. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n.233, p. 311-371, jul./set. 2003. p. 325.

¹⁰² “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] IV - livre concorrência;” BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28/04/16.

¹⁰³ “Assim, parece-nos que o inciso IV do artigo 170 da Constituição Federal significa que a garantia da livre concorrência é um dever jurídico de caráter finalístico, vinculante às demais regras jurídicas aplicáveis que versam sobre o tema do desenvolvimento de atividades econômicas, que deve ser aplicado de forma ponderada, conforme as condições de cada caso, sempre com a máxima eficácia possível diante das condições jurídicas fáticas existentes. Com isso a livre concorrência não significa uma simples orientação de interpretação das normas jurídicas. Significa, ela própria, uma norma jurídica que contém um dever jurídico a impor a garantia da livre concorrência da forma mais eficaz possível no caso concreto.”¹⁰³ SCHIRATO, Vitor Rhein. A noção de serviço público em regime de competição. 2011. 309 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 113.

quando houver um conflito com outros princípios jurídicos contemplados no ordenamento, *sempre após prévio processo de ponderação.*”¹⁰⁴

Sendo posta de lado a crença na titularidade estatal exclusiva na prestação dos serviços públicos, passa-se a permitir a entrada da livre iniciativa nesse nicho, o que conforme visto anteriormente, não era aceito por boa parte da doutrina. O que ocorria era que essas atividades de indiscutível relevância permaneciam na mão de um único prestador, o Estado, o qual muitas vezes “não possuía as mesmas condições (técnicas, econômicas, etc.) de privados interessados em atuar no ramo, prejudicando, assim, a qualidade do serviço público prestado.”¹⁰⁵

Portanto, a exclusividade estatal seria apenas aceitável quando fosse identificada a impossibilidade material ou econômica na prestação do serviço público em regime de competição. Não sendo este o caso, não pode ser defendida a tese de que Constituição Federal teria previsto expressamente a ordem de exclusão da prestação de serviços públicos por outros agentes que não o Estado.¹⁰⁶

Alexandre Santos de Aragão defende que a Constituição Federal de 1988 exige a busca pela ponderação. Assim, os fatores que indicarem a opção de adoção da concorrência na prestação de serviços públicos devem ser reunidos com aquelas preocupações que envolvem valores como dignidade humana e coesão social.¹⁰⁷

O autor conclui que “se deve proceder à abertura ao mercado sempre que a concorrência ensejar uma satisfação desses objetivos de maneira melhor ou pelo menos igual à que propiciaria a prestação dos serviços públicos em regime não concorrencial.”¹⁰⁸

Obviamente que aqui não se pretende defender a adoção de medidas que estimulem a concorrência de forma indiscriminada, afinal estamos tratando de setores de elevadíssima

¹⁰⁴ SCHIRATO, Vitor Rhein. A noção de serviço público em regime de competição. 2011. 309 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 113.

¹⁰⁵ MENEGAT, Fernando. Serviço público e concorrência: ensaio para uma quebra do princípio da titularidade estatal exclusiva. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 12, n.49, p. 207-246, jul./set.2012. p. 238.

¹⁰⁶ “A partir do conteúdo da ordem econômica constitucional, vemos com clareza que a regra traçada pelo legislador é da livre concorrência, razão pela qual, exceto nos casos em que necessária e proporcional, haverá concorrência na prestação dos serviços públicos, não sendo possível invocar-se o combalido regime jurídico de direito público para afastar a aplicação das regras concorrenciais às atividades consagradas como serviço público.” SCHIRATO, Vitor Rhein. A noção de serviço público em regime de competição. 2011. 309 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 110.

¹⁰⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 402.

¹⁰⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 403.

relevância à população, devendo esta ser um instrumento de efetivação dos direitos fundamentais.¹⁰⁹

1.5.2 Os avanços da tecnologia e o afastamento dos impedimentos advindos dos monopólios naturais

Neste tópico pretende-se tratar de uma das justificativas para a impossibilidade de inserir concorrência na prestação dos serviços públicos. Como visto anteriormente, muitos autores apontaram que a existência de monopólios naturais implicaria na prestação de serviços públicos por exclusividade estatal.

E tal argumento era pertinente, afinal, em grande medida os serviços públicos exigem infraestruturas complexas, que demandam investimentos altíssimos, os quais levariam décadas para serem recuperados. De fato, vários setores apresentariam reduzidas chances de serem vistos pelos agentes privados como investimento viável.

Marçal Justen Filho define monopólios naturais como:

“uma situação econômica em que a duplicação de operadores é incapaz de gerar a redução do custo da utilidade. O monopólio natural envolve geralmente, as hipóteses de custos fixos (atinentes à infraestrutura necessária à produção da utilidade) muito elevados. A duplicação das infraestruturas conduziria a preços unitários mais elevados do que a exploração por um único agente econômico.”¹¹⁰

Nestes casos, o autor destaca que a saída mais eficiente para exploração seria aquela desenvolvida por apenas um operador.

Evidente que existem situações de monopólio que hoje seriam inafastáveis independente da constatação de avanços na tecnologia, como o monopólio da união sobre a exploração de energia nuclear, o qual traz junto da ideia de monopólio natural, a questão do

¹⁰⁹ “A inserção da concorrência que é a principal modificação que o regime jurídico dos serviços públicos público sofre no Estado contemporâneo, não pode, contudo, ser generalizada ou feita sem cautelas, já que em um setor em que há serviço público em razão da sua importância para a coesão social dificilmente apenas a concorrência dará conta das necessidades coletivas envolvidas [...]” ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 249.

¹¹⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. rev. ampl. e atual. Belo horizonte: Fórum, 2012. p. 705.

monopólio jurídico, onde por determinação expressa do ordenamento jurídico impede-se outra exploração que não a estatal.¹¹¹

Entretanto, não podemos atualmente ignorar os avanços tecnológicos alcançados pela humanidade desde que o conceito de serviço público francês desembarcou em terras brasileiras, ainda nas primeiras décadas do século passado. Como destaca Vitor Rhein Schirato,

“com desenvolvimentos tecnológicos mais recentes, passou a ser possível que diversos agentes atuem em regime de concorrência mesmo nos setores em que o desempenho das atividades encontra um monopólio natural em qualquer de suas etapas da cadeia produtiva. Novas técnicas de prestação dos serviços e de gestão e operação das redes de suporte dos serviços públicos, tais como desverticalização de atividades e o compartilhamento de instalações essenciais fazem com que o monopólio natural deixe de ser um entrave à competição em muitos casos, tais como os serviços de energia elétrica e telecomunicações.”¹¹²

Perceba-se que junto dos avanços tecnológicos, o autor cita o compartilhamento de infraestruturas como sendo uma das alternativas que permitem a prestação de serviços públicos em regime de concorrência.

Neste sentido, Alexandre Santos de Aragão defende que a prestação dos serviços públicos seja organizada em rede, devido sua importância como instrumento de coesão social, a fim de propiciarem cada vez mais a integração da população. O autor cita a experiência da construção de infraestruturas de “redes de cabos dos serviços de telecomunicações e de energia elétrica, dutos de água e gás, o conjunto dos aeroportos e das rodoviárias, as linhas férreas, as rodovias para os serviços de transporte por ônibus, o sistema de portos e armazéns portuários etc.”¹¹³

Isso é possível, pois os serviços públicos prestados não se confundem com as infraestruturas pelas quais são veiculados. Alexandre Santos de Aragão aponta ainda que a decisão política de inserir competição no máximo de atividades possíveis, somadas à

¹¹¹ Vitor Rhein Schirato diferencia monopólio jurídico e monopólio natural: “[...] vê-se que a distinção primordial entre os monopólios jurídicos e os monopólios naturais consiste no fato de que os primeiros são decorrentes de determinação expressa do ordenamento jurídico e os segundos são decorrência de uma situação de fato, na qual confluem elementos de índole econômica, ambiental e urbanística que impedem a exploração da atividade por múltiplos agentes econômicos.” SCHIRATO, Vitor Rhein. A noção de serviço público em regime de competição. 2011. 309 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 174.

¹¹² SCHIRATO, Vitor Rhein. A noção de serviço público em regime de competição. 2011. 309 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 178-180.

¹¹³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 422.

natureza de monopólio natural da maioria das infraestruturas fez com que a “concorrência fosse potencializada geralmente apenas na prestação dos serviços, sendo a sua aplicação na gestão das infraestruturas bem mais modesta.”¹¹⁴

Apesar de a concorrência não ter sido largamente inserida em todas as etapas, foi reconhecido que a natureza de serviço público de uma atividade não inviabilizava sua prestação em regime de concorrência.¹¹⁵

Pode-se concluir que as evoluções tecnológicas permitem que hoje já possam ser afastados de alguns setores o impedimento de prestação em regime concorrencial em virtude de monopólio natural. Evidente que a coexistência de prestadores, em assimetria ou não de regimes, deverá ser analisada caso a caso, sendo a sua dinâmica prevista adequadamente na legislação setorial correspondente.¹¹⁶

1.5.3 Da possibilidade de inserção da concorrência: setores onde isso já ocorre

Viu-se no ponto anterior como o avanço da tecnologia pode ser essencial para a viabilidade da prestação em regime de concorrência dos serviços públicos, afinal muitos setores acabavam sendo excluídos de uma possível reorganização por se caracterizarem como monopólios naturais.

Até agora, alguns desses setores, antes tidos como monopólios naturais, já apresentam concorrência, ao menos parcial, na sua prestação. Neste momento serão apontados exemplos já incorporados no nosso ordenamento jurídico.

No Brasil, foram vivenciadas mudanças significativas a partir da reforma constitucional iniciada na década de 1990, momento em que foram editadas várias emendas constitucionais. Por meio dessas mudanças, foi promovida a flexibilização de alguns monopólios, tais como: (i) da exploração de energia elétrica, pela EC nº 6/95, que alterou o art. 176, §1º; (ii) das telecomunicações, pela EC nº 8/95, que alterou o art. 21, XI, XII; (iii)

¹¹⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 422.

¹¹⁵ Alexandre Santos de Aragão ainda destaque que: “Muito pelo contrário, essas novas infraestruturas, já amortizadas e tecnologicamente mais avançadas, demonstravam inexistirem razões para que as restrições à concorrência na sua gestão fossem estendidas aos serviços prestados através delas.” ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. p. 423.

¹¹⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. p. 252-253.

da distribuição de gás canalizado pelos Estados, pela EC nº 05/95, que alterou o art. 25,§2º; e (iv) do petróleo, pela EC nº 09/95, que alterou o art. 177.¹¹⁷

No Brasil, a desestatização foi resultado da Reforma do Estado, promovida em 1994. A mudança ocorreu basicamente pela alteração da noção de serviço público, pela redução da intervenção estatal direta, pela adoção do sistema de mercado “e, ao mesmo tempo, pela criação de um regime de intervenção estatal baseada na regulação do comportamento dos agentes econômicos que atuam em regime de concorrência.”¹¹⁸

Foi estabelecido no Brasil um novo paradigma, vários mercados antes inalcançáveis para a iniciativa privada foram abertos para a competição. Vislumbrou-se aqui a passagem de um Estado intervencionista para um modelo de Estado regulador.¹¹⁹ Verificou-se, portanto, que a promoção da concorrência seria viável em determinados setores, desde que acompanhada de uma intensa carga regulatória estatal.¹²⁰

Por motivos de brevidade vamos dar destaque para dois setores, o de telecomunicações e de energia elétrica. Alexandre Santos de Aragão destaca que nesses dois setores foram positivadas medidas que conferiram maior facilidade para a entrada no mercado, acesso ao uso das infraestruturas, redução de mercados exclusivos ou cativos, liberdade para realizar investimentos, dentre outras.¹²¹

É possível constatar dessa forma, uma tendência na legislação brasileira em optar pela valorização da regulação pela concorrência, acreditando que esse seria o modelo que traria mais eficiência. “Assim, a Lei Geral de Telecomunicações e a Lei da Agência Nacional

¹¹⁷ NESTER, Alexandre Wagner. A inserção do regime concorrencial nos serviços públicos. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 460.

¹¹⁸ NESTER, Alexandre Wagner. A inserção do regime concorrencial nos serviços públicos. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 444-445.

¹¹⁹ NESTER, Alexandre Wagner. A inserção do regime concorrencial nos serviços públicos. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 461.

¹²⁰ NESTER, Alexandre Wagner. A inserção do regime concorrencial nos serviços públicos. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 467.

¹²¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Serviços públicos e concorrência. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 314.

de Energia Elétrica (“ANEEL”) elegeram como princípio regulatório a liberdade de escolha dos prestadores de serviço por parte dos usuários.”¹²²

Como afirma Fernando Herren Aguillar, essa alteração em muito se fundamenta nos “desenvolvimentos tecnológicos que têm permitido uma maior maleabilidade na prestação de serviços, o que favorece a criação de mecanismos de competição entre concessionários, notadamente no setor de telecomunicação e energia elétrica.”¹²³

No caso do setor de telecomunicações, a grande mudança veio com a Emenda Constitucional nº 8/1995. A nova redação conferida ao artigo 21, XI passou a permitir a exploração dos serviços de telecomunicações por particulares, por meio de concessões, permissões ou autorizações. Mas como destaca Alexandre Santos de Aragão, “o atual desenho do mercado de telecomunicações brasileiro foi finalmente delineado em 1997, com a promulgação da Lei nº 9.472 – conhecida como a Lei Geral de Telecomunicações.”¹²⁴

O novo regime inaugurado em 1997 se baseou na prestação do serviço pela iniciativa privada e na presença de concorrência, sendo criada a Agência Nacional de Telecomunicações (“ANATEL”) a qual foi atribuída a função de agente normativo e regulador.

No corpo da lei, foi previsto igualmente a adoção do sistema de assimetria regulatória no setor, que “atribuiu diversos regimes jurídicos aos serviços de telecomunicações com base na abrangência dos interesses a quem atendem, distinguindo entre serviços de interesse coletivo e serviços de interesse restrito”.¹²⁵ Também ficou estabelecido que os serviços de telecomunicações que fossem prestados mediante concessão ou permissão seriam prestados em regime de direito público.

Mais tarde, foi aprovado o Plano Geral de Outorgas, (Decreto nº 2.534/1998), o qual determinou “que o serviço telefônico fixo comutado seria prestado nos regimes público e privado sendo todos os demais serviços de telecomunicações nos termos do art. 3º submetidos ao regime privado.”¹²⁶

¹²² AGUILLAR, Fernando Herren. *Direito Econômico: do direito nacional ao direito supranacional*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 351-52.

¹²³ AGUILLAR, Fernando Herren. *Direito Econômico: do direito nacional ao direito supranacional*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 352.

¹²⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 259.

¹²⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 260.

¹²⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 260-261.

Para Dinorá Adelaide Musetti Grotti, a Lei de Telecomunicações, quanto ao tratamento dado à autorização, “inovou na matéria e rompeu com os conceitos tradicionais do Direito Administrativo Brasileiro e o sistema constitucional.”¹²⁷

Esta modernização estaria presente na possibilidade de serviços antes reservados ao Estado poderem ser submetidos ao regime de direito privado: “[a] lei prevê claramente que cada modalidade de serviço pode ser prestada exclusivamente no regime público, exclusivamente no regime privado ou concomitantemente nos regimes público e privado (art.65).”¹²⁸

Grandes mudanças foram igualmente observadas no setor elétrico pela promulgação da Emenda Constitucional nº 6 de 1995, que alterou o artigo 176, §1º da Constituição Federal “para permitir a exploração privada dos potenciais de energia hidráulica do País mediante autorização ou concessão da União.”¹²⁹

A discussão sobre a existência simultânea de regimes diferentes dentro da prestação do serviço público igualmente surgiu no setor de energia elétrica, graças ao artigo 2º da Lei nº 9.427/1996, que “estabeleceu que a exploração dos serviços e instalações de energia elétrica compreende as atividades de produção, transmissão, distribuição e comercialização, cada qual com um tipo específico de regulação, podendo ser realizada por prestadoras diferentes.”¹³⁰

Para Fernando Menegat afirma que O Estado, ao estabelecer concorrência em alguns setores, destacando aqui os de infraestrutura, possibilita que vários agentes atuem de forma independente, o que, ao mesmo tempo, colabora para afastar os monopólios e oligopólios e diminuir os riscos de formação de cartéis.¹³¹

¹²⁷ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Teoria dos Serviços Públicos e sua transformação. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 67.

¹²⁸ “O que muda substancialmente é a relação da prestadora com o Poder Público, principalmente nos seguintes aspectos: não há contrato com o Poder Público, mas sim o estabelecimento de uma relação jurídica não-contratual, advinda de uma autorização; não há deveres de continuidade na prestação dos serviços; não há deveres de universalização de serviços; não há direito à manutenção do ‘equilíbrio econômico-financeiro’; o direito de exploração dos serviços é por prazo indeterminado; os preços são livres.” GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Teoria dos Serviços Públicos e sua transformação. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 68.

¹²⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 264.

¹³⁰ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Teoria dos Serviços Públicos e sua transformação. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 70.

¹³¹ MENEGAT, Fernando. Serviço público e concorrência: ensaio para uma quebra do princípio da titularidade estatal exclusiva. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 12, n.49, p. 207-246, jul./set.2012.p. 227.

Mais importante ainda, é finalizar este ponto do trabalho deixando claro que, apesar das intensas mudanças registradas (emendas constitucionais, promulgação de leis, criação de agências reguladoras) não houve mudança nos objetivos do serviço público,

“mas sim uma alteração dos meios pelos quais estas atividades prestacionais devem se valer para realizar os objetivos constitucionais de conteúdo solidarístico a elas concernentes; de uma titularidade estatal exclusiva e unicidade de prestador sob uma intensa regulação, para uma pluralidade de prestadores, insujeitos à regulação estatal em uma série de importantes aspectos de suas atividades [...]”¹³²

1.5.4 Da assimetria de regimes

Após a demonstração de alteração no conceito de serviço público e a constatação de que é sim viável a incorporação de um regime de prestação concorrencial, tendo em vista a inexistência de limitações constitucionais e devido aos avanços tecnológicos, será nesse ponto brevemente abordada a questão da assimetria regulatória.

E essa observação é de extrema importância, já que a presença da concorrência em muitos setores, inclusive no portuário, é feita a partir de uma assimetria de regimes.

Aline Lícia Klein ensina que, a assimetria regulatória consiste “na submissão de atividades integrantes de um mesmo serviço a regimes jurídicos diferenciados, de acordo com as suas peculiaridades. A assimetria marca a superação da visão de que todo setor deveria necessariamente submeter-se a um mesmo regime jurídico”¹³³

Temos, portanto, na assimetria de regimes vários agentes que atuam dentro de uma mesma atividade que é considerada serviço público, mas sujeitos a regimes jurídicos distintos.¹³⁴

A assimetria regulatória deve ser vista como um instrumento de concorrência, que é aplicada justamente para incentivar a competição em ambientes muito concentrados.

¹³² ARAGÃO, Alexandre Santos de. Serviços públicos e concorrência. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 314-315.

¹³³ KLEIN, Aline Lícia. O porto organizado como bem público e a delimitação da sua área. In: PEREIRA Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach (coord.). *Direito Portuário Brasileiro: lei 12.815/13, porto organizado, poligonal, arrendamento e autorização, arbitragem*. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 400.

¹³⁴ SCHIRATO, Vitor Rhein. A noção de serviço público em regime de competição. 2011. 309 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 249.

Assim, “oferece-se ao prestador entrante um regime de prestação mais brando em relação àquele que se submete o prestador dominante, para acirrar a competição.”¹³⁵

A questão da assimetria de regimes será novamente abordada quando for tratado especificamente do setor portuário. Por hora é apenas importante considerar que a assimetria de regimes é uma ferramenta para a prestação de serviço público em regime de concorrência,¹³⁶ sendo esta situação possível, tendo em vista as profundas alterações sofridas pelo direito administrativo brasileiro nas últimas décadas.

¹³⁵ KLEIN, Aline Lícia. O porto organizado como bem público e a delimitação da sua área. In: PEREIRA Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach (coord.). *Direito Portuário Brasileiro: lei 12.815/13, porto organizado, poligonal, arrendamento e autorização, arbitragem*. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 400.

¹³⁶ “Dessa forma, tem-se um cenário no qual a prestação dos serviços públicos pode apresentar concorrência: (i) entre diversos agentes sujeitos ao regime jurídico de serviço público, hipótese em que o Estado distribuirá entre diversos agentes as obrigações inerentes a tal regime jurídico (continuidade, universalização e modicidade tarifária), [...] (ii) entre agentes sujeitos ao regime jurídico de serviço público e entre agentes sujeitos a outro regime jurídico, como ocorre no caso dos serviços de telecomunicações; e (iii) entre um agente sujeito ao regime jurídico de serviço público e diversos outros agentes sujeitos a outro regime jurídico, como ocorre no setor de saneamento básico, por exemplo.” SCHIRATO, Vitor Rhein. *A noção de serviço público em regime de competição*. 2011. 309 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 252- 253.

2 REGULAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

2.1 INTERVENÇÃO ESTATAL NA ECONOMIA: PASSADO E PRESENTE

No capítulo anterior abordamos a temática dos serviços públicos, por julgarmos necessário esclarecer algumas premissas, antes de adentrar no tema principal. Vimos, dessa forma, que o conceito de serviço público no Brasil foi muito influenciado pela doutrina estrangeira, em especial a francesa, tendo a Escola do Serviço Público impactado de maneira inegável a visão que temos desse instituto.

Esclarecidas algumas questões mais básicas sobre os serviços públicos, demonstrando que não há uma única forma de compreender este universo, podemos neste momento abordar questões sobre regulação. Novamente julgou-se necessário destinar um capítulo em separado para versarmos sobre a relação entre o Estado e a economia para mais adiante compreender a nova regulação portuária brasileira, inaugurada com a Lei nº 12.815/2013.

Logo de início é interessante ter em mente que a forma e o grau de intervenção do Estado na economia nunca foram estáticos, podendo ser identificados ao longo da história mundial diferentes posturas do Estado em relação à economia.¹³⁷ E no Brasil não foi diferente. E antes de chegarmos no “Estado Regulador” da atualidade passaremos brevemente pela trajetória da intervenção estatal na economia na história recente.

Por amor à síntese iniciaremos a retrospectiva histórica pelo funcionamento e contexto do Estado Liberal. O Liberalismo clássico surge, aproximadamente, entre o final do século XVIII e o início do século XIX, tendo sido propagado por diversos autores importantes, como Adam Smith, John Locke e John Stuart Mill.¹³⁸ Esse modelo econômico se contrapõe à intervenção política na economia, devendo o Estado apenas ter como objetivo

¹³⁷ “A relação entre o Estado e a economia é dialética, dinâmica e mutável, sempre variando segundo as contingências políticas, ideológicas e econômicas. Inegável, assim, uma relação de mútua ingerência e limitação: o Direito tem possibilidades, ainda que não infinitas, de limitar e de direcionar as atividades econômicas; e estas influenciam as normas jurídicas não apenas na sua edição, como na sua aplicação, moldando-as, também limitadamente, às necessidades do sistema econômico.” ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 21.

¹³⁸ SILVA, Cristina Alves da; NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso. Agências reguladoras e evolução estatal – Uma análise temporal do papel do Estado no setor econômico. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*– A&C, Belo Horizonte, ano 13, n. 51 p. 251-273, jan./mar. 2013.p. 254.

a garantia da livre concorrência, “não havendo lugar para a intervenção econômica do Estado na sociedade”.¹³⁹

Notoriamente, este modelo não foi bem-sucedido, havendo vários fatores contribuíram para sua falência.¹⁴⁰ Alguns acontecimentos ocorridos no início do século XX foram essenciais para a mudança de perspectiva da relação entre Estado e a economia, podendo ser destacada a Primeira Guerra Mundial (1914-1918), a crise de 1929 e a Segunda Guerra Mundial (1939-1945).¹⁴¹ Todos esses fatos foram cruciais para a aceitação de que o funcionamento autônomo do mercado, sem intervenções do Estado, não seria a melhor estratégia.¹⁴²

Como bem apontado por Eros Roberto Grau, o fenômeno intervencionista era facilmente identificado em inúmeros Estados Capitalistas, no contexto das Grandes Guerras. O Estado Liberal, que até então tinha como foco a preservação da ordem da segurança e da paz, dava lugar ao Estado Social.¹⁴³

¹³⁹ SILVA, Cristina Alves da; NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso. Agências reguladoras e evolução estatal – Uma análise temporal do papel do Estado no setor econômico. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*– A&C, Belo Horizonte, ano 13, n. 51 p. 251-273, jan./mar. 2013.p. 254.

¹⁴⁰ Alexandre Santos de Aragão destaca muito pertinentemente que o Liberalismo, o qual surge para substituir o absolutismo nunca teve sua teoria implementada em sua totalidade. O autor ainda pondera que “Não se pode dizer que o Estado Liberal desempenhava funções totalmente inéditas em relação às que eram exercidas pelo Estado Absolutista. O que existe são novos matizes, nova intensidade e novo título legitimador, mas não passou a exercer funções que ontologicamente fossem inteiramente novas: no âmbito econômico a função do Estado Liberal era apenas de auxiliar o bom desempenho das atividades econômicas da classe burguesa, que, por ser a única com voto, tinha integral controle sobre o aparelho estatal; na seara social, desempenhava ação meramente voluntarista, para melhorar situações individuais de maior gravidade, sem pretensões de efetuar mudanças na realidade social e econômica.” ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 32-34.

¹⁴¹ “O primeiro quartel do século XX presenciou certos fatos que começaram a apontar para uma diferente orientação econômica do Estado. A I Guerra Mundial dava início a um processo que culminaria com o fim do abstencionismo econômico postulado pela teoria liberal clássica. A crise 1929, o posterior *New Deal* rooseveltiano e suas implicações para toda a comunidade internacional fizeram da economia uma questão política fundamental. O abstencionismo estatal, que no âmbito econômico teve como seu grande teórico o inglês Adam Smith, gerou um grande desenvolvimento industrial econômico, inédito até então. Tal pensador, porém, não soube prever as potencialidades socialmente desagregadoras que tal fenômeno possuiu, mais especificamente com o surgimento de um poder econômico altamente concentrado. A ‘mão invisível’ do mercado deparou-se com enormes conglomerados monopolísticos e não soube nem pôde enfrentá-los” MENDES, Conrado Hübner. Reforma do Estado e agências reguladoras: estabelecendo os parâmetros de discussão. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros. 2006. p. 99-139. p. 110.

¹⁴² “O modelo de Estado liberal admitia os princípios de liberdade de iniciativa, liberdade de concorrência e não-intervenção estatal no domínio econômico. Entendia que os indivíduos deveriam ser livres para atuar no campo econômico, sem ingerências por parte do Estado, pois a atuação individual livre, traduzida pela máxima ‘*laissez faire, laissez passer, le monde va de lui-même*’, engendraria necessariamente a satisfação do interesse social, a organização racional da economia e o funcionamento equilibrado do mercado.” CUÉLLAR, Leila. Abuso de Posição Dominante no Direito de Concorrência Brasileiro. In: CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann. *Estudos de Direito Econômico*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 29-51.

¹⁴³ GRAU, Eros Roberto. *Elementos de direito econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 18.

Evidentemente, tal transformação não foi imediata, tendo sido percorridas algumas etapas entre a substituição da mão invisível do mercado pela *mão visível* do Estado.¹⁴⁴

A resposta encontrada à época foi, portanto, uma alteração significativa da atuação estatal, em vista dos efeitos corrosivos da crise e das calamidades expostas pelo final da Segunda Guerra Mundial. A palavra de ordem instaurada era a intervenção estatal. “O Estado, agora responsável por fomentar e prestar diversos serviços considerados essenciais, ganhou novos adjetivos a substituir os anteriores: antes liberal, abstencionista; neste momento social, prestador, provedor.”¹⁴⁵

Assim, não tendo o Estado Liberal triunfado, surgiram novas teorias sobre a participação do Estado na economia, tendo ganhado destaque o denominado Estado de Bem-Estar Social, um Estado garantidor dos direitos sociais dos indivíduos.¹⁴⁶

O então modelo do Estado Social apresentava como norte a proteção da dignidade da pessoa humana e dos valores fundamentais, que diante do pós-guerra, tornaram-se imperiosos.¹⁴⁷ Entretanto, essa participação direta do Estado na economia, prestando serviços públicos e explorando inúmeras atividades econômicas não se perpetuou por muito tempo.

A partir da década de 1980 do século passado, este modelo de Estado entra em crise, em muito influenciado por déficits fiscais elevados. Somado a esse fator fiscal, o

¹⁴⁴ Como bem leciona, Eros Roberto Grau: “Tal passagem, no entanto, não se opera em um só passo. Há vários momentos, dentro do caminho de evolução do Estado Liberal para o Estado Social. Se pretendêssemos, rapidamente, apontar tais momentos marcantes, diríamos que o primeiro deles se enuncia como neoliberal. Neste instante há ainda a pressuposição da livre concorrência das forças de mercado, que o Estado deve assegurar, como o melhor caminho para a realização dos interesses sociais; admite-se já, no entanto, a necessidade de o Estado interferir no jogo das concorrências para reestruturar seu ‘equilíbrio natural’. A seguir, no entanto, surge o momento social, quando estão se admite que não há coerência entre o livre jogo das forças de mercado e o interesse social; o Estado passa a ser o responsável pelo processo econômico e, definido políticas, a dirigi-lo. A ‘mão invisível’ de Adam Smith é então substituída pela mão visível do Estado, conformadora da ordem econômica.” GRAU, Eros Roberto. *Elementos de direito econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 18.

¹⁴⁵ MENDES, Conrado Hübner. Reforma do Estado e agências reguladoras: estabelecendo os parâmetros de discussão. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros. 2006. p. 99-139. p. 110.

¹⁴⁶ SILVA, Cristina Alves da; NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso. Agências reguladoras e evolução estatal – Uma análise temporal do papel do Estado no setor econômico. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*– A&C, Belo Horizonte, ano 13, n. 51 p. 251-273, jan./mar. 2013.p. 255-256.

¹⁴⁷ “O Estado Intervencionista é um fenômeno do século XX que, pode-se dizer, em termos de grandes divisões da História, terminou já há pelo menos 10 anos, no dia da queda do Muro de Berlim, em 1989. Evidentemente, a queda do muro de Berlim significa apenas um símbolo histórico, eleito entre tantos outros fatos para se tornar como referência de um processo muito mais rico e complexo.” COELHO, Fábio Ulhoa. Reforma do Estado e direito concorrencial. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006. p.190 – 199.

desaparecimento do modelo socialista como alternativa ao capitalismo, a ascensão de governos neoliberais nos Estados Unidos e na Inglaterra, com os presidentes Ronald Reagan e Margareth Thatcher, respectivamente, e o avanço das tecnologias levaram a uma nova postura do Estado perante a economia.¹⁴⁸

Alguns autores citam, inclusive, o início da concretização da alteração interventiva do Estado na economia sendo as crises do petróleo da década de 1970 que teriam desestabilizado a economia de inúmeros Estados. Os anos oitenta foram, assim, o momento em que as reprivatizações e reliberações da economia começaram a surgir.¹⁴⁹ Até então, os Estados se caracterizavam por serem fortes interventores na economia, pelos mais diversos motivos: para garantir inúmeros direitos sociais previstos agora nas leis supremas, fornecer infraestruturas que não atraíam investimentos, fomentar regiões até então pouco desenvolvidas, etc.¹⁵⁰

Diante de tantos desafios, o Estado foi forçado a dar um passo para trás e admitir que não era mais dotado de capacidade econômica para manter todos esses investimentos realizados “durante o período de fartura do segundo pós-guerra.”¹⁵¹

Interessante apontar que sendo também percebidas as imperfeições do Estado Social e sua intensa intervenção na economia, abriu-se naturalmente espaço para um modelo misto, afastado dos extremos até então implementados.¹⁵² Assim, começava a ser desenhado o modelo do Estado Regulador.

¹⁴⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 42.

¹⁴⁹ “As duas crises do petróleo da década de 70, a ineficiência da máquina estatal, salvo raras exceções, agitação do Estado, e, entre outros fatores, a incapacidade de gerir com eficiência um sem-número de empresas estatais forneceram as principais razões para que, a partir do início da década de 80, uma ‘nova onda’ de pressões viesse questionar o *status quo* vigente. A tendência global passou a ser, a partir daí, com acentos aqui e ali, ‘a reprivatização e a reliberação’ da economia, nos dizeres do professor Vital Moreira.” MENDES, Conrado Hübner. Reforma do Estado e agências reguladoras: estabelecendo os parâmetros de discussão. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 99-139. p.110.

¹⁵⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 69.

¹⁵¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 70.

¹⁵² “A rígida intervenção do Estado no Domínio Econômico, verificada no passado, há muito deixou de ter espaço político, econômico ou jurídico, no Brasil e no mundo contemporâneo. Os regimes extremos, quer do *laissez-faire* (pleno liberalismo), quer da total interferência do Estado (presença absoluta ou, em termos econômicos, planificação global), não mais se verificam, praticamente, em todo o mundo. Foram substituídos por sistemas mistos, com maior ou menor preponderância da liberdade econômica ou da participação do Estado conforme o regime econômico adotado e as oscilações de conjuntura.” COSTA, Mário Luiz Oliveira da. Regulação e autorregulação. In: NUSDEO, FÁBIO (COORD.). *O direito econômico na atualidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p.169 – 190.p. 170.

Sobre o advento do “Estado Regulador”, Fernando Menegat assevera que essa fase é representada pela ausência de intervenção direta do Estado nas áreas de seu interesse (prestação de serviços público e execução de atividades econômicas por iniciativa própria, por exemplo), passando agora a intervir notadamente de forma indireta, por meio da regulação. O Estado Regulador diz respeito a um modelo em que o Estado abandona ações diretas, optando pela regulação. Há dessa forma a transferência de responsabilidades para os particulares, não deixando, entretanto, o Estado de assumir a obrigação de regular tais atividades.¹⁵³

Nos anos seguintes - década 1990 -, a atuação do Estado passou por intensa transformação, sendo implementados novos modelos de regulação. O objetivo desta mudança era “conferir maior liberdade aos agentes privados e garantir a imposição de limites ao poder econômico destes através do fortalecimento dos mecanismos concorrenciais.”¹⁵⁴

O Estado deixa, portanto, o papel de produtor assumindo a figura de regulador para instituir o aprimoramento das eficiências do mercado. Evidente que esta mudança de postura não implicou no afastamento do Estado da economia e sim uma atuação caracterizada pelo acompanhamento e fiscalização das atividades desenvolvidas pelo setor privado.¹⁵⁵ Mecanismos de intervenção passaram a ser aplicados para garantir a observância dos direitos coletivos quando da execução de serviços viabilizados pelos particulares.¹⁵⁶

¹⁵³ “Está-se vendo, então, o surgimento de uma nova modelagem estatal, mais corretamente denominada de Estado Subsidiário ou Estado Regulador. Nesse nova formatação, o Estado deixa de intervir diretamente nas esferas de seu interesse, prestando serviços públicos e desempenhando atividades econômicas por iniciativa própria, e passa a intervir notadamente de modo indireto em tais campos, por meio da atividade que se convencionou denominar de *regulação*. O Estado Regulador, portanto, como seu próprio nome já indica, corresponde a um modelo em que o ente estatal deixa de intervir *diretamente* no campo econômico e no campo social – como faz o Estado Social, atuando diretamente mediante prestação de serviços públicos ou exercício de atividade econômica (por via de empresas públicas e sociedades de economia mista) – para privilegiar uma metodologia de intervenção *indireta*: a regulação. Nessa modalidade interventiva, o Estado se abstém, portanto, de prestar diretamente os serviços públicos e desempenhar atividades econômicas por sua conta, repassando tais responsabilidades aos particulares; todavia, assume o dever de regular tais atividades [...]” MENEGAT, Fernando. Serviço público e concorrência: ensaio para uma quebra do princípio da titularidade estatal exclusiva. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 12, n.49, p. 207-246, jul./set.2012. p. 214-215.

¹⁵⁴ FARACO, Alexandre Ditzel. *Regulação e direito concorrencial: (as telecomunicações)*. São Paulo: Livraria Paulista, 2003.p. 109.

¹⁵⁵ COSTA, Mário Luiz Oliveira da. Regulação e autorregulação. In: NUSDEO, FÁBIO (COORD.). *O direito econômico na atualidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p.169 – 190.p. 170-171.

¹⁵⁶ SILVA, Cristina Alves da; NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso. Agências reguladoras e evolução estatal – Uma análise temporal do papel do Estado no setor econômico. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*– A&C, Belo Horizonte, ano 13, n. 51 p. 251-273, jan./mar. 2013. p. 258.

2.1.1 Intervenção estatal na economia: passado e presente no Brasil

No Brasil, o Estado Social igualmente resultou em crise fiscal a partir da década de 1980. Alexandre Ditzel Faraco destaca que em virtude desta, identificou-se a derrocada da capacidade de investir do Estado: o quadro da economia brasileira se caracterizou pelo aumento do déficit público e da inflação.¹⁵⁷

Até a década de 1980, o Brasil vivenciava um modelo estatal de forte intervenção direta, mas que não restou por apresentar bons resultados:

“Em consequência de sua manipulação por políticas econômicas de curto prazo, a maioria das estatais, já em meados da década de 1980, apresentava um quadro de crise semelhante, que incluía baixos níveis de produtividade, estruturas de preços e tarifas distorcidas, reduzida capacidade de investimento, baixa qualidade dos bens e serviços produzidos, desatualização tecnológica, obsolescência do parque produtivo e dificuldades de negociações de contrato de trabalho.”¹⁵⁸

As mudanças se iniciaram a partir de 1981 com a criação da Comissão Especial da Desestatização.¹⁵⁹⁻¹⁶⁰ Na sequência, a saída do Estado na prestação direta de serviços públicos e atividades econômicas restou inquestionável com a instituição do Programa Nacional de Desestatização.¹⁶¹⁻¹⁶²

¹⁵⁷ FARACO, Alexandre Ditzel. *Regulação e direito concorrencial: (as telecomunicações)*. São Paulo: Livraria Paulista, 2003. p. 107.

¹⁵⁸ COUTINHO, Diogo R. *Direito e economia política na regulação de serviços públicos*. São Paulo: Saraiva, 2014. p.70.

¹⁵⁹ COUTINHO, Diogo R. *Direito e economia política na regulação de serviços públicos*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 74.

¹⁶⁰ “Ao longo da década de 1980, com a edição do Decreto nº 91.991, de 28 de novembro de 1985 (governo Sarney), verificou-se a chamada ‘Reprivatização’ de 38 empresas, com arrecadação de cerca de US\$ 780 milhões, segundo dados do BNDES. A ‘reprivatização’ foi o processo de retorno à iniciativa privada de empresas que haviam sido absorvidas pelo Estado principalmente em função de dificuldades financeiras. O Decreto nº 95.886, de 29 de março de 1988, ainda no governo Sarney, instituiu um Programa Federal de Desestatização, com objetivos declarados de diminuir o déficit fiscal, de transferir à iniciativa privada atividades econômicas desempenhadas pelo Estado e estimular a competitividade empresarial mediante a desregulamentação econômica.” AGUILLAR, Fernando Herren. *Direito econômico: do direito nacional ao direito supranacional*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 189.

¹⁶¹ “Com o governo Collor, a privatização tornou-se uma prioridade por uma questão de ideologia. Logo após tomar posse, o presidente enviou ao Congresso, em março de 1990, a Medida Provisória n.115, que foi convertida na Lei n.8031. Com isso, ficou instituído o Programa Nacional de Desestatização (PND).” COUTINHO, Diogo R. *Direito e economia política na regulação de serviços públicos*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 74.

¹⁶² “Com a Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, institui-se um Programa Nacional de Desestatização (PND), com basicamente as mesmas finalidades declaradas nos programas anteriores. O programa fazia parte do amplo projeto de liberalização da economia conduzido pelo Presidente Collor de Mello. As empresas públicas foram expressamente incluídas entre as suscetíveis de privatização (art. 7º), ressalvada a detenção pela União das chamadas *golden shares*, ou ações de classe especial do capital social de empresas privatizadas, que lhe

A alteração da percepção da presença do Estado na economia também foi traduzida no texto constitucional. Até o advento da Carta Magna de 1988 não havia registro de qualquer preocupação de como seria a relação entre o Estado e a economia.¹⁶³ Como ensina Egon Bockmann Moreira, “o que havia eram os tradicionais regulamentos administrativos de execução às leis (a lhes permitir aplicabilidade prática).”¹⁶⁴

A situação apenas muda com a promulgação da Constituição Cidadã e seus artigos 173 e 174, presentes do Título VII, “Da ordem econômica e instituições financeiras”. Dessa forma, o Estado brasileiro inaugura sua qualificação constitucional de “agente normativo e regulador.” É instaurado assim, um relacionamento entre o Estado e a economia nunca antes previsto constitucionalmente.¹⁶⁵

O Estado passa a ter atribuído a si funções de normatizar e regular, bem como de fiscalizar, incentivar e planejar as atividades econômicas.¹⁶⁶ Tudo isto “tendo por objetivo garantir a dignidade e o bem-estar dos cidadãos, valorizando o trabalho, a livre iniciativa e o pluralismo político”. Podemos assim interpretar do texto constitucional que o Brasil se encaixa na classificação de um Estado Regulador.¹⁶⁷

confirmam poder de veto em determinadas matérias (art.8º). Apesar de manter os principais objetivos das medidas que o antecederam, o novo PND foi muito mais abrangente. Ao final de 1992, 68 empresas haviam sido incluídas no programa [...]” AGUILLAR, Fernando Herren. *Direito econômico: do direito nacional ao direito supranacional*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 189-190.

¹⁶³ “Pode-se dizer que, até 1988, em momento algum, nenhuma das Leis Magnas sequer cogitou de preocupações normativas-regulamentares para além daquela competência presidencial de emanar normas secundárias, limitadas ao escopo de permitir o exato cumprimento, a perfeita execução, das leis pelos subordinados na escala hierárquica.” MOREIRA, Egon Bockmann. Passado, presente e futuro da regulação econômica no Brasil. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 11, n. 44 p. 87-118, out./dez. 2013. p. 103.

¹⁶⁴ MOREIRA, Egon Bockmann. Passado, presente e futuro da regulação econômica no Brasil. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 11, n. 44 p. 87-118, out./dez. 2013. p.101.

¹⁶⁵ MOREIRA, Egon Bockmann. Passado, presente e futuro da regulação econômica no Brasil. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 11, n. 44 p. 87-118, out./dez. 2013. p.105.

¹⁶⁶ “Com o advento da Constituição Federal de 1988, foram atribuídas ao Estado, no Brasil, as funções qualitativas de normatizar e regular a atividade econômica e as funções executivas de fiscalizá-la, incentivá-la e planejá-la, esta indicativa para o setor privado e determinante para o público. Balizam a ação reguladora, principalmente, os princípios da legalidade, razoabilidade (enquanto mínimo aceitável, não absurdo ou teratológico), proporcionalidade (no sentido da adoção da melhor solução para cada caso concreto, conforme suas peculiaridades e critérios de necessidade e adequação) e eficiência (assim entendido o dever do administrador em agir de forma competente, racional e lógica, na busca de melhores resultados e menores custos, considerando a coisa pública e o bem comum). Imprescindível, igualmente, o devido atendimento aos preceitos de motivação, impessoalidade, moralidade, publicidade e boa-fé, que devem nortear as relações entre o Administrado e a Administração Pública” COSTA, Mário Luiz Oliveira da. Regulação e autorregulação. In: NUSDEO, FÁBIO (COORD.). *O direito econômico na atualidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p.169 – 190.

¹⁶⁷ GUERRA, Sérgio. Regulação estatal sob a ótica da organização administrativa brasileira. In: GUERRA, Sergio (Org.). *Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar*. Rio de Janeiro: FGV, 2014. p. 361-362.

Com as alterações no contexto econômico brasileiro e na Constituição, o direito econômico passa a ser uma ferramenta disponível ao agente normativo para a “ordenação do processo econômico, mediante a regulação”.¹⁶⁸

Segundo Eros Roberto Grau, o intervencionismo estatal admite assim três modalidades diversas, a saber: (i) intervenção por absorção ou participação, quando o Estado assume, de forma que pode ou não ser parcial, ou participa do capital de unidade econômica que possui o controle patrimonial dos meios de produção e troca; (ii) intervenção por direção, que ocorre a partir da organização estatal voltada ao exercício de pressão na economia, pelo estabelecimento de mecanismos e normas de comportamento obrigatório para os agentes da atividade econômica; e (iii) intervenção por indução, a qual acontece quando o Estado manipula o instrumental de intervenção em harmonia com a lei que regem o funcionamento do mercado.¹⁶⁹

Sérgio Guerra também auxilia na compreensão da forma de agir do Estado regulador. Para ele, atualmente, é possível identificar seis mecanismos estatais na execução da regulação, são eles: (i) a regulação direta, que ocorre por meio dos ministérios e das secretarias; (ii) a instauração de autarquias “comuns”, como o Instituto Brasileiro de Meio Ambiente e Recursos Naturais; (iii) instauração de agências executivas, como o Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia; (iv) criação de autarquias especiais, como o Conselho Administrativo de Defesa Econômica; (v) autorização de criação de conselhos profissionais; e, por fim, (vi) a permissão de autorregulação exercida pela Ordem dos Advogados do Brasil.¹⁷⁰

O autor ainda ressalta que, sob o ponto de vista da regulação jurídica, o sistema de organização estatal central é a utilização de agências reguladoras, as quais serão abordadas em ponto subsequente.

Por tudo que foi exposto neste ponto do presente estudo, pode ser destacada que a alteração da postura do Estado na intervenção na economia impactou a interpretação dos serviços públicos. Conforme visto anteriormente, no contexto do Estado Social, o Estado era visto como a escolha única e óbvia para a execução dos serviços públicos. Com as reformas que ocorreram principalmente a partir dos anos 1990, passa a ser juridicamente aceitável a

¹⁶⁸ GRAU, Eros Roberto. *Elementos de direito econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.p.31.

¹⁶⁹ GRAU, Eros Roberto. *Elementos de direito econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.p.65.

¹⁷⁰ GUERRA, Sérgio. Regulação estatal sob a ótica da organização administrativa brasileira. In: GUERRA, Sergio (Org.). *Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar*. Rio de Janeiro: FGV, 2014. p. 368-369.

transferência das atividades que envolvem a prestação de serviços públicos para as mãos dos agentes privados.

Há, portanto, não só uma mudança na atuação estatal em si, mas uma alteração no conceito do serviço público. Este sem dúvidas passa por diversos questionamentos e atualizações, as quais foram abordadas no primeiro capítulo.

2.2 DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

No ponto anterior foi demonstrada a alteração profunda que atuação do Estado na economia sofreu no século passado. Tendências opostas foram colocadas em prática até que a figura do Estado Regulador fosse esculpida.

Foi igualmente mencionado, que tais mudanças impactaram diretamente na forma como os serviços públicos são prestados. Sem dúvidas, desde o abandono dos parâmetros estabelecidos durante o Estado de Bem Estar Social, as fronteiras dos serviços públicos foram estendidas e a prestação destes por outros agentes que não o próprio Estado iniciou-se.

Dessa forma, o Estado Regulador passou a influenciar cada vez mais intensamente a prestação de serviços públicos. Evidente que esta mudança exigiu uma série de medidas, começando por modificações na Constituição – conforme já mencionado - e também pela produção de normas infraconstitucionais que viabilizaram a atuação reguladora do Estado.

Neste contexto, deve ser abordado o surgimento das agências reguladoras, entes essenciais para o funcionamento deste *novo* Estado.

E antes de adentrar ao tema, julga-se relevante trazer à baila a crítica tecida por Diogo Rosenthal Coutinho sobre a relevância da criação anterior da estrutura da agência reguladora diante de uma nova regulação de um setor econômico. Conforme destaca Diogo Rosenthal Coutinho, na maioria dos casos de inclusão de agentes privados em setores antes dominados pelo Estado, as respectivas agências reguladoras foram criadas ao mesmo tempo em que as leis, o que não seria ideal para a interface com a nova da regulação estatal.¹⁷¹

¹⁷¹ “No Brasil, a regulação por meio de agências independentes foi, em muitos casos, instituída simultaneamente às privatizações. Em outros casos, somente veio ocorrer após a venda das estatais em leilão. Somente no setor das telecomunicações, excepcionalmente, houve a preocupação em se criar a agência reguladora e a lei setorial

Tendo sido feita esta ressalva quanto à relevância de ser levada em conta o ajuste temporal entre a liberação de um serviço público aos agentes privados e a criação da respectiva agência reguladora, retornaremos à análise do ponto a ser aqui desenvolvido.

Para Ariño Gaspar Ortiz, a regulação para conseguir cumprir suas funções acaba por demandar uma figura de atuação nova: “[...] es condición indispensable el establecimiento de un nuevo tipo de autoridad reguladora, dotada de independencia y estabilidad, cuya función consiste en asegurar el buen funcionamiento del mercado en los sectores privatizados.”¹⁷²

Com esta máxima, retomamos que o Estado intervencionista debatia-se diante da crise fiscal que surgia e desconstituía seu poder. A prestação dos serviços públicos pelas inúmeras empresas públicas que foram criadas passou aos poucos a ser viabilizada por agentes privados. Entretanto, para que esta medida fosse posta em prática de forma a preservar os interesses dos cidadãos, as agências reguladoras foram criadas para que os grandes nichos de atividades econômicas seguissem normas especiais.¹⁷³

Assim, tendo em vista, a vasta diversidade das atividades econômicas, várias agências foram criadas por legislação específicas.¹⁷⁴ E essa postura é mais do que esperada, é obrigatória diante da saída do Estado da exploração de determinadas atividades para que seja garantido o cumprimento das obrigações que sejam constitucionalmente e legalmente previstas.¹⁷⁵

As agências reguladoras passam a ser um instrumento de atuação essencial do Estado nos setores em que a sua presença não é mais direta. Mas além da óbvia necessidade decorrente da saída do Estado na prestação direta de alguns serviços públicos, as agências reguladoras são inauguradas para garantir também a existência de um ambiente de diálogo com os empreendedores privados. É importante ser destacado que este tipo de ente da

antes da privatização.” COUTINHO, Diogo R. *Direito e economia política na regulação de serviços públicos*. São Paulo: Saraiva, 2014. p.94.

¹⁷² ORTIZ, Gaspar Ariño. *Principios de derecho público económico* (modelo de estado, gestión pública, regulación económica). Granada: Comares, 2004. p. 642.

¹⁷³ “Por possuírem natureza autárquica, as agências reguladoras estão sujeitas ao disposto no art. 37, XIX da Constituição Federal de 1988, ou seja, necessitam de lei específica que as institua e a extinga.” SILVA, Cristina Alves da; NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso. Agências reguladoras e evolução estatal – Uma análise temporal do papel do Estado no setor econômico. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional– A&C*, Belo Horizonte, ano 13, n. 51 p. 251-273, jan./mar. 2013. p. 263.

¹⁷⁴ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito econômico*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 220.

¹⁷⁵ SCHIRATO, Vitor Rhein. As agências reguladoras independentes e alguns elementos da Teoria Geral do Estado. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 474.

Administração se justifica por igualmente constituir ao redor da atuação de agentes particulares “mecanismos de blindagem contra instabilidades”.¹⁷⁶ Por isso, a independência das agências é tão valorizada.

Conforme mencionado no ponto anterior, no Brasil, especificadamente, as agências reguladoras surgem a partir das modificações ocorridas na década de 1990 e do consequente processo de desestatização. É nesse contexto, que temos a criação da primeira autarquia no Brasil, tratando-se da ANEEL, constituída pela Lei nº 9.427/1996.¹⁷⁷

Relevante ponderar que a criação de órgãos especiais para a organização de setores específicos da economia não são, na realidade, a novidade que envolveu a inauguração das agências reguladoras. O ponto de ineditismo se configura quando se observa a independência destas agências “frente à administração direta, de forma semelhante às *independent regulatory commissions* norte-americanas.”¹⁷⁸⁻¹⁷⁹

As agências reguladoras por serem autarquias especiais, “têm personalidade jurídica e estão vinculadas às mutações da pessoa jurídica que é constituída pelo Estado, mas participam da atividade de comando e de controle decorrentes da competência e da responsabilidade do Estado.”¹⁸⁰

Além disso, os membros das agências são independentes e dotados de autonomia de gestão. É justamente o fato de terem os dirigentes das agências mandatos o fator que atesta o caráter de isenção destes entes. Importante mencionar que, apesar dos dirigentes

¹⁷⁶ SCHIRATO, Vitor Rhein. As agências reguladoras independentes e alguns elementos da Teoria Geral do Estado. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p.475.

¹⁷⁷ SILVA, Cristina Alves da; NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso. Agências reguladoras e evolução estatal – Uma análise temporal do papel do Estado no setor econômico. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*– A&C, Belo Horizonte, ano 13, n. 51 p. 251-273, jan./mar. 2013. p.268.

¹⁷⁸ FARACO, Alexandre Ditzel. *Regulação e direito concorrencial: (as telecomunicações)*. São Paulo: Livraria Paulista, 2003. p. 114.

¹⁷⁹ No mesmo sentido aponta Fernando Herren Aguillar. Para o autor, a história mostra que já existiam órgãos voltados à regulação de setores importantes sob o ponto de vista do Estado. “A partir da década de 1930 surgiram no país diversos Conselhos, Institutos, Departamentos e órgãos (todos referidos aqui sinteticamente como ‘agências estatais’) ligados ao Poder Executivo para regular serviços públicos e atividades econômicas tidas por relevantes, como o petróleo, gás, álcool, café, sal, erva-mate, entre outros. [...] As antigas agências estatais surgiram para combater as deficiências do liberalismo. As agências reguladoras, ao contrário, surgem com a expansão da mentalidade liberal, representando uma consequência da redução do papel do Estado como operador executivo de serviços públicos”. AGUILLAR, Fernando Herren. *Direito Econômico: do direito nacional ao direito supranacional*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 230-231.

¹⁸⁰ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito econômico*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p.221.

serem nomeados pelo Presidente da República e passarem pelo crivo do Senado Federal, não há controle hierárquico sobre suas decisões.¹⁸¹

Por isso que as agências reguladoras exigem, nesta perspectiva de independência, da formação de um corpo especializado no setor a ser regulado, que possa atuar sem interferências externas. E além da fixação de uma equipe técnica é ressaltado que aqueles que nele atuam desfrutem de mandatos fixos, sem que possam ser removidos anteriormente ao final de fato dos seus cargos.¹⁸² Somente assim, poderá ser garantida a independência das agências face às pressões dos agentes regulados.

Sobre a autonomia das agências reguladoras, Fernando Herren Aguillar destaca que:

“Embora integrantes da estrutura do Poder Executivo, as Agências Reguladoras têm sido constituídas com vistas a serem relativamente autônomas em relação ao governo e às entidades privadas. Importantes alterações foram introduzidas na mecânica dessas autarquias, tais como a autonomia orçamentária, possibilitando a arrecadação por fontes de receitas independentes, e a criação de mandatos para os Conselheiros titulares das agências, que não podem ser demitidos *ad nutum* pelo Chefe do Executivo. Conselheiros titulares devem manter-se afastados dos interesses de empresas particulares, sendo controlado criminalmente o uso de informações privilegiadas em decorrência do cargo exercido.”¹⁸³

Richard A. Posner quando disserta sobre a teoria da regulação aborda a questão das agências reguladoras. Para o autor, a transferência do poder normativo do Poder Legislativo para as agências é mandatória, tendo em vista a complexidade dos temas por essas regulados.¹⁸⁴

Para que o modelo de atuação do Estado na economia por meio de uma postura agora reguladora, pudesse também ser viabilizada pelas agências, foi naturalmente necessário conferir poderes normativos a essas entidades.

A partir da competência para edição de normas, as agências reguladoras podem de fato regulamentar e fiscalizar a prestação de serviços agora feita por particulares.

¹⁸¹ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito econômico*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p.221.

¹⁸² FARACO, Alexandre Ditzel. *Regulação e direito concorrencial: (as telecomunicações)*. São Paulo: Livraria Paulista, 2003. p. 115.

¹⁸³ AGUILLAR, Fernando Herren. *Direito Econômico: do direito nacional ao direito supranacional*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 191.

¹⁸⁴ POSNER, Richard A. Teorias da regulação econômica. In: MATTOS, Paulo (Coord.); PRADO, Mariana Mota (Org.) et al. *Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano*. São Paulo: Editora 34, 2004. p.68.

Entretanto é preciso ponderar que apesar da independência e poder normativo acima exaltados, as agências são independentes, mas não soberanas. Existe o evidente dever de submissão às leis e à Constituição e também ao controle externo.¹⁸⁵ O âmbito de poder de uma agência reguladora sempre será limitado ao setor sobre o qual esta atua, dirigindo suas normas àqueles agentes que exercem atividade econômica específica.

Por fim, é importante destacar que o advento de medidas desestatizadoras, não implicou na diminuição da atuação do Estado na economia. A forma como Estado atua é que foi modificada. Se por um lado o Estado transferiu aos particulares a prestação de inúmeros serviços, por outro ele passou a intensamente agir por meio da regulação setorial, restando a criação de inúmeras agências como prova disso.¹⁸⁶

2.2.1 ANTAQ – Agência Nacional de Transportes Aquaviários

Após a contextualização da criação das agências reguladoras brasileiras, poderemos neste ponto tratar com mais atenção o surgimento da ANTAQ. A agência foi criada pela Lei nº 10.233/2001.

Conforme descrito no objeto da referida lei, a inovação buscava centralizar a regulação dos transportes aquaviários, com a inauguração da ANTAQ. Segundo o site oficial da Agência:

“A ANTAQ tem por finalidade implementar as políticas formuladas pelo Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil, pelo Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte – CONIT, segundo os princípios e diretrizes estabelecidos na legislação. É responsável por regular, supervisionar e fiscalizar as atividades de prestação de serviços de transporte aquaviário e de exploração da infraestrutura portuária e aquaviária.”¹⁸⁷

¹⁸⁵ MOREIRA, Egon Bockmann. Passado, presente e futuro da regulação econômica no Brasil. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 11, n. 44 p. 87-118, out./dez. 2013. p. 109-110.

¹⁸⁶ “Pode-se constatar, portanto, que o chamado *movimento de desregulação* na verdade implicou da *re-regulação* (novos métodos), a *expansão* (novos territórios, fronteiras mais largas), a *intensificação* (p. ex., desde 1997 até dezembro de 2012, a ANEEL já havia editado mais de 500 Resoluções Normativas, ao passo que já ultrapassara a marca de 600 Resoluções Normativas) e a *ampliação de sujeitos e objetos, regulados e reguladores* (ministérios, secretarias e agências a regular prestadores de serviços públicos, consumidores, empresas privadas em setores socialmente relevantes e empresas estatais).” MOREIRA, Egon Bockmann. Passado, presente e futuro da regulação econômica no Brasil. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 11, n. 44 p. 87-118, out./dez. 2013. p.108.

¹⁸⁷ ANTAQ. A ANTAQ. Disponível em: <http://portal.antaq.gov.br/index.php/institucional/a-antaq/> . Acesso em 08/07/17.

Ainda de acordo com a própria ANTAQ, esta tem o foco em tornar a movimentação de pessoas e bens pelas vias aquaviárias brasileiras cada vez mais seguras e econômicas. As atribuições da Agência, dentre outras, ainda incluem a harmonização dos interesses do usuário e com os das empresas e entidades do setor, sem perder de vista o interesse público.¹⁸⁸

Interessante destacar que a antiga Lei dos Portos, Lei nº 8.630/1993 é anterior ao advento da norma que criou a agência reguladora do setor. Este retrospecto histórico será abordado no capítulo seguinte. Por ora, o destaque caberá ao funcionamento e responsabilidades atribuídas à Agência.

Na esteira da criação de agências voltadas à regulação dos mais diversos setores, movimento este ligado intrinsecamente à mudança de postura do Estado e sua atuação na economia do país, a ANTAQ surge com o propósito de “promover a concorrência pelo mercado, mediante a realização de procedimentos licitatórios para a outorga de concessões e arrendamentos portuários, e a concorrência no mercado, pelo exercício de suas funções”.¹⁸⁹

Relevante também pontuar que não cabe à ANTAQ formular as políticas a serem implementadas no setor portuário, tal tarefa, segundo o art. 20, I, da Lei nº 10.233/2001, cabe ao Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte e¹⁹⁰ ao Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil. A redação da referida lei inclui a Secretaria de Portos da Presidência da República (“SEP”) como sendo um dos pontos focais da elaboração das políticas públicas que tangem o setor portuário, entretanto, como será apontado em momento futuro, nos últimos anos a estrutura organizacional deste sofreu alterações.

Feita essa observação, vale ressaltar que a ANTAQ é dotada de independência administrativa, autonomia financeira e funcional, além de terem seus dirigentes mandatos fixos, conforme redação do §2º, art. 21, da Lei nº 10.233/2001.

¹⁸⁸ ANTAQ. A ANTAQ. Disponível em: <http://portal.antaq.gov.br/index.php/institucional/a-antaq/>. Acesso em 08/07/17.

¹⁸⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Verás de. *A nova regulação portuária*. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 29.

¹⁹⁰ “O Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte - CONIT é um órgão de assessoramento vinculado à Presidência da República, criado pelo art. 5º da [Lei nº 10.233, de 05 de junho de 2001](#) e regulamentado pelo do [Decreto nº 6.550, de 27 de agosto de 2008](#), e atualmente é composto por dez Ministros de Estados, tendo como presidente o Ministro de Estado dos Transportes.” BRASIL. Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil. Disponível em: <http://www.transportes.gov.br/conselhos/conit.html> . Acesso em 09/07/17.

E dentre as tantas atribuições previstas à ANTAQ no art. 27 da Lei nº 10.233/2001, serão destacadas algumas por meio das quais se pretende demonstrar a atuação da agência. Merece também ser apontado que ao longo dos anos as competências deste ente da administração pública foram se alterando, tendo em vistas as mudanças normativas realizadas após a sua criação.

Isto posto, considerando a redação do art. 27 da Lei nº 10.233/2001, destacamos que a ANTAQ é o órgão responsável por: (i) promover estudos de demanda (art. 27, I); (ii) elaborar estudos de definições de tarifas, preços e fretes e promover as revisões e os reajustes destas (art. 27, II e VII); (iii) apresentar proposta de plano geral de outorgas de exploração da infraestrutura aquaviária e da prestação de serviços de transporte deste setor ao Ministério dos Transportes (art. 27, III); (iv) elaborar e alterar as normas e regulamentos que dispõem sobre a prestação de serviços de transporte e à exploração da infraestrutura envolvida, de forma a garantir os direitos dos usuários e fomentando a competição entre os operadores (art. 27, IV); (v) estabelecer normas e padrões (art. 27, XIV); (vi) elaborar editais e instrumentos de convocação para os procedimentos de licitação e para as seleção para concessão, arrendamento ou autorização (art. 27, XV); e (vii) fiscalizar o funcionamento e a prestação dos serviços, bem como a execução dos contratos (art.27, XXI, XXII e XXVI).

É importante mencionar que o advento da atual Lei dos Portos, Lei nº 12.815/2013 e do Decreto nº 8.033/2013 que a regulamenta modificou a esfera de competência da ANTAQ. A Agência que antes exercia o Poder Concedente no setor portuário teve esta atribuição transferida à SEP – de início – e, mais recentemente à União, por intermédio do Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil, conforme pode ser conferido pela reprodução da legislação em destaque:

“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.”¹⁹¹

¹⁹¹ BRASIL. Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013, art. 16. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112815.htm . Acesso em 21/07/17.

“Art. 1º Este Decreto 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.

Parágrafo único. O poder concedente será exercido pela União por intermédio do Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil, ouvidas as respectivas Secretarias. (Redação dada pelo Decreto nº 9.048, de 2017)”¹⁹²

Sobre esta alteração de competência não encontramos uma unidade na doutrina. Tendo em vista que a modificação do texto do art. 1º Decreto nº 8.033/2013 ainda é recente, trazemos aqui manifestações relacionadas à transferência do Poder Concedente para a SEP.

Carlos Ari Sundfeld, à época, comentou que a transferência de responsabilidades relevantes para uma Secretaria com “status de ministério” não seria positiva, pois isto enfraquece Agência e cria margem para o exercício de influências de cunho político por parte do Executivo.¹⁹³

De outro lado, houve posicionamentos favoráveis à supressão do Poder Concedente das mãos da ANTAQ, já que a medida contribuiria para neutralizar as influências político-partidárias em setores de interesse coletivo. Osvaldo Agripino de Castro Junior, ao comentar as atribuições de competências no setor portuário comenta que ainda que a concessão dos serviços públicos tivesse – dada que a letra da norma foi alterada – como concedente a SEP, “que é um órgão do Poder Executivo federal, eles estão subordinados à competência regulatória de um organismo administrativo independente, *in casu*, a Antaq, autarquia federal de natureza especial e considerada como órgão do Estado.”¹⁹⁴

Opinião similar é manifestada por Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Rafael Verás de Freitas, que viram a alteração àquela época como também sendo positiva, pois a execução desta competência em conjunto com as demais atribuídas à Agência comprometeria a neutralidade da entidade, pois a “transforma em parte contratual, com interesses próprios e divergentes dos concessionários.”¹⁹⁵

¹⁹² BRASIL. Decreto nº 8.033, de 27 de junho de 2013, art. 1º. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/D8033.htm. Acesso em 21/07/17.

¹⁹³ SUNDFELD, Carlos Ari. O caminho do desenvolvimento na Lei dos Portos: centralizar para privatizar? In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). *Portos e seus regimes jurídicos: a Lei nº 12.815/2011 e seus desafios*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.p. 31.

¹⁹⁴ CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. *Direito portuário e a nova regulação*. São Paulo: Aduaneiras, 2015. p. 249.

¹⁹⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Verás de. *A nova regulação portuária*. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 32.

Apesar das discussões acerca das atribuições que atualmente encontram-se sob a guarda da ANTAQ, fato é que a Agência possui papel relevante no setor, o qual ficará ainda mais claro no decorrer dos próximos capítulos.

2.3 REGULAÇÃO E CONCORRÊNCIA NOS SERVIÇOS PÚBLICOS

Após a abordagem feita nos pontos anteriores deste segundo capítulo para a contextualização da atuação regulatória do Estado, da criação das agências reguladoras e, mais particularmente, da ANTAQ, podemos dissertar sobre a relação entre a regulação e concorrência.

Tendo em vista que o foco deste tópico é como a regulação pode ser instrumento de inserção da concorrência em setores regulados no nosso país, pontuamos que atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”), agência voltada à defesa da livre concorrência no mercado, não será abordada.¹⁹⁶

De início, é interessante esclarecer que a regulação e o direito concorrencial são duas faculdades atribuídas ao Estado para que este atue sobre a economia. Ambas têm como propósito a correção de falhas de mercado, sendo que a regulação limita o âmbito de liberdade do agente econômico e o direito concorrencial busca disciplinar a ação deste mesmo agente no ambiente em que este possui liberdade de realizar suas escolhas.¹⁹⁷

De forma um pouco mais completa, a regulação acaba por substituir a escolha privada em determinadas questões, por uma decisão predeterminada pelo Estado (por exemplo, o preço a ser cobrado pelo produto ou o investimento a ser feito). Para Alexandre Ditzel Faraco,

“A noção fundamental, portanto, é que a regulação visa limitar a liberdade dos agentes econômicos, de forma a afastar determinados efeitos indesejáveis de um sistema que é baseado nessa ação livre. Assim, a atuação reguladora é necessária quando o agir dos agentes econômicos,

¹⁹⁶ Sobre a atuação do CADE em setores regulados, recomenda-se a leitura do artigo “Espaços e interfaces entre regulação e defesa da concorrência: a posição do CADE”, PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; PRADO FILHO, José Inacio Ferraz de Almeida. *Espaços e interfaces entre regulação e defesa da concorrência: a posição do CADE*. Revista Direito GV 23, Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas, v. 12, n. 23, p.13 - 48, jan./jun. 2016.

¹⁹⁷ FARACO, Alexandre Ditzel. *Direito concorrencial e regulação*. Revista de Direito Público da Economia - RDPE, Belo Horizonte, n. 44, p.09 - 41, out./dez. 2013. p. 10.

sustentando em seus próprios interesses, é falho em alcançar determinados resultado socialmente desejáveis.”¹⁹⁸

Já o direito concorrencial – conforme adiantado acima – busca disciplinar a ação do agente econômico, controlando o exercício do poder econômico e limitando escolhas que possam resultar na concentração deste. Neste caso, o conjunto normativo é voltado a todos os setores da economia e não existe a intenção de “conduzir as escolhas privadas a resultados predeterminados.”¹⁹⁹

Observando os objetos destas duas opções de atuação estatal, percebe-se que elas não são excludentes, pois a regulação age subtraindo o exercício de parte do poder econômico, enquanto que o direito concorrencial se mantém disponível para ser aplicado naqueles casos em que este poder possa se configurar como inadequado. Evidente que em certos casos, dependendo do nível da regulação imposta, não haverá espaço para possíveis aplicações do direito concorrencial.²⁰⁰

Neste contexto de inserção de concorrência por meio de medidas regulatórias, cumpre rememorar a redação do art. 170 da Constituição Federal. Este consagra o princípio da livre concorrência, o qual vem para represar a livre iniciativa no âmbito das atividades econômicas.²⁰¹

Como a regulação atua antes da tomada de decisão do agente econômico, é compreensível que esta opere através de normas, não apenas por leis, incluindo regulamentos voltados a específicos setores da economia.

E, apesar de ser a regulação uma das ferramentas disponíveis para a correção de falhas de mercado, é interessante vê-la também como instrumento de criação e manutenção da concorrência em si.

¹⁹⁸ FARACO, Alexandre Ditzel. *Regulação e direito concorrencial: (as telecomunicações)*. São Paulo: Livraria Paulista, 2003. p. 141.

¹⁹⁹ FARACO, Alexandre Ditzel. Direito concorrencial e regulação. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, Belo Horizonte, n. 44, p.09 - 41, out./dez. 2013. p.10.

²⁰⁰ FARACO, Alexandre Ditzel. Direito concorrencial e regulação. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, Belo Horizonte, n. 44, p.09 - 41, out./dez. 2013. p. 11-13.

²⁰¹ “É dentro desse quadro de valores que a noção de concorrência ganha sentido na ordem jurídica brasileira. A livre concorrência surge, aqui, como um elemento limitador da ampla liberdade de iniciativa (não como seu corolário), colocando barreiras ao exercício do poder econômico (buscando até mesmo sua diluição quando abusivo) e procurando garantir, na sua limitação e controle, a liberdade dos demais agentes econômicos.” FARACO, Alexandre Ditzel. *Regulação e direito concorrencial: (as telecomunicações)*. São Paulo: Livraria Paulista, 2003. p. 209.

E aqui é relevante não pensar apenas na concorrência como ramo do direito que busca remediar as práticas anticompetitivas, mas na concorrência como ação de competir com outros agentes atuantes no mesmo ramo, a fim de propiciar ganhos à sociedade.

Assim chegamos ao ponto chave deste tópico, a forma como a configuração de um setor regulado não só permite, mas de fato viabiliza a concorrência. E tendo em vista que muitos setores relevantes da economia eram cativos do Estado, mas ao longo dos anos vivenciaram a abertura aos agentes privados é natural que surja a noção de regulação concorrencial, aplicada pelo próprio poder estatal.

Dessa forma, relevante apontar que “[a] noção de regulação concorrencial é, na essência, a aceitação de que uma ação centrada no Estado não é apta a, adequadamente, determinar *a priori* e impor o melhor resultado que poderia ser alcançado no âmbito do desenvolvimento de uma atividade econômica.”²⁰² Essa modalidade regulatória é ainda mais interessante, pois se presta também a gradual retirada da ação estatal daquele setor, tendo em vista que quanto mais consolidada a concorrência estiver, menos o Estado necessitará atuar diretamente na prestação do serviço.

O modelo aqui mencionado é também denominado por parte da doutrina como modelo regulatório de competição, pois deixa de condicionar unilateralmente regras de conduta e

“propicia oportunidade a que os agentes privados exercitem sua autonomia privada visando a obtenção do lucro. Esse modelo regulatório alicerça-se no pressuposto de a competição entre particulares acarretará a necessidade da elevação do padrão de qualidade e resultará na redução dos custos praticados.”²⁰³

Marçal Justen Filho afirma existirem quatro ideias pacíficas sobre o modelo regulatório de concorrência, são elas: (i) a competição resulta em efeitos benéficos que não poderiam ser obtidos de outra forma; (ii) a competição não é o modelo adequado para todos os setores de atividades, principalmente naqueles em que poderão ser prejudicados grupos hipossuficientes; (iii) tendo em vista que um ambiente de competição perfeita são excepcionais, cabe ao Estado, por meio de uma atividade regulatória, garantir uma

²⁰² FARACO, Alexandre Ditzel. *Regulação e direito concorrencial: (as telecomunicações)*. São Paulo: Livraria Paulista, 2003. p. 197.

²⁰³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. rev. ampl. e atual. Belo horizonte: Fórum, 2012. p. 650.

concorrência livre, leal e honesta; e (iv) a atuação estatal é essencial para limitar os efeitos negativos que a concorrência pode gerar.²⁰⁴

Luiz Carlos Buchain também crê que, apesar da possibilidade de existirem diferentes objetos numa política de concorrência, é possível identificar propósitos básicos comuns. Estes envolveriam, além da manutenção e do estímulo da própria concorrência, a promoção da utilização dos recursos econômicos de forma eficiente e a proteção da livre iniciativa dos agentes envolvidos.²⁰⁵

Neste sentido, tendo em vista que a regulação no setor portuário admite desde a inauguração do novo marco legal, a existência de agentes atuantes sob o regime privado em plena concorrência com aqueles atuantes sob o regime público, a presente discussão é relevante. Assim, o monopólio estatal é deixado para trás justamente com a aplicação de uma regulação concorrencial. Além disso, não pode ser ignorada que, conforme apontado neste trabalho, esta postura alinha-se com as alterações na forma como o Estado interfere na economia:

“A atuação estatal, antes voltada a determinar diretamente as principais variáveis empresariais atinentes a essas atividades (preços, investimentos e qualidade), passou a focar na criação de concorrência com o objetivo último de minimizar o papel reservado ao Estado. A concorrência foi diretamente associada, portanto ao propósito de desregular essas atividades e eliminar uma atuação estatal vista como ineficiente.”²⁰⁶

É claro que não se está aqui a afirmar que a inserção da concorrência em um mercado até então de limitado acesso a agentes privados resulte num caminho de eliminação da ação estatal. O que se vislumbra é a modificação do tipo e da finalidade desta atuação.²⁰⁷

²⁰⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. rev. ampl. e atual. Belo horizonte: Fórum, 2012. p. 648-649.

²⁰⁵ BUCHAIN, Luiz Carlos. Os objetivos do direito da concorrência em face da ordem econômica nacional. In: NUSDEO, FÁBIO (COORD.). *O direito econômico na atualidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 342.

²⁰⁶ FARACO, Alexandre Ditzel. Direito concorrencial e regulação. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, Belo Horizonte, n. 44, p.09 - 41, out./dez. 2013. p. 16.

²⁰⁷ Neste sentido: “Todavia, esse desaparecimento da regulação concorrencial está longe de ser algo factível. O que se observa, na verdade, é uma tendência exatamente contrária, pois a regulação necessária para criar um ambiente concorrencial precisa tratar de realidade muito mais complexa do que aquela de setor organizado em torno de monopólio. Se idealmente, a geração de concorrência permitiria eliminar diversos controles estatais sobre os agentes econômicos, a realidade tem demonstrado até agora o inverso. O que se verifica não é o desaparecimento da ação estatal, mas a modificação do seu tipo e da sua finalidade.” FARACO, Alexandre Ditzel. Direito concorrencial e regulação. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, Belo Horizonte, n. 44, p.09 - 41, out./dez. 2013. p. 18.

E podemos afirmar que esta mudança, por meio da inserção de concorrência não foi um processo natural, justamente pelo histórico da atuação estatal no ramo dos serviços públicos. Conforme vem sendo demonstrado ao longo do presente trabalho, até meados da década de 1980, no Brasil, a prestação de serviços públicos estava intimamente ligada às atividades do Estado. A presença de concorrência, por meio da ação dos agentes privados não era de todo bem vista, restando os setores considerados estratégicos nas mãos do agente público.

A partir do momento que se foi concretizando a alteração da função estatal, passando, assim, o Estado de Bem Estar Social para uma figura de Estado regulador, a inserção da concorrência em ambientes que antes não se acreditava ser possível iniciou-se.

Conforme os ensinamentos de Ana Maria de Oliveira Nusdeo, a liberalização integral das atividades não é imediata. Políticas de desregulamentação, inclusive, tendem a ser parciais, diante das limitações econômicas ou políticas. Quanto às razões econômicas, aponta-se que muitas vezes determinadas fases das atividades que vinham sendo monopolizadas não comportam regime de concorrência. E no que tange às questões políticas, estas tendem a surgir em decorrência da relevância social que as atividades até então monopolizadas são investidas.²⁰⁸

Ana Maria de Oliveira Nusdeo ainda rememora que serviços públicos carregam princípios próprios como, por exemplo, o da continuidade, que afastaria a possibilidade de ocorrência de oscilações de preços – característica natural no regime de mercado.²⁰⁹

Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto também chama a atenção para as possíveis dificuldades a serem enfrentadas para a inserção de concorrência em um ambiente monopolizado. Para ele, a complexidade sempre estará presente, trazendo, inclusive, duas ordens de desafio. Como primeiro passo, deve-se proceder a descontaminação da cadeia produtiva, a fim de tornar viável a concorrência. Na sequência, devem ser inseridos naquele setor em específico, os mecanismos reguladores dotados de qualidades que permitam, além da preservação da concorrência, a preservação da oferta da atividade. Estas duas fases,

²⁰⁸ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. Agências reguladoras e concorrência. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006. p.162.

²⁰⁹ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. Agências reguladoras e concorrência. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006. p.162.

devem assim ser percorridas, de modo a não prejudicar os consumidores ou usuários do serviço.²¹⁰

Assim, pode-se dizer que o afastamento de um regime de monopólio deverá ser acompanhado de medidas regulatórias voltadas não só à concorrência, mas à prestação de serviços adequados à população.

De toda forma, apesar das dificuldades, muitas vezes práticas, da inserção de concorrência em um mercado até então monopolizado, fato é que a proteção da concorrência é objetivo louvável, tendo em vista dos possíveis prejuízos decorrentes de sua ausência.²¹¹

Afinal, fato é que ao impedir a atuação de um agente em regime concorrencial acaba-se por desestimular a atuação voltada para ganhos de melhoria de qualidade e eficiência, o que possibilitaria uma oferta melhor, por menores preços, à sociedade.²¹²

Não pode ser também ignorado que a questão da inserção de concorrência torna-se ainda mais sensível quando se trata de serviços de alto nível de relevância social. Diversos autores expressaram suas preocupações, das quais, algumas delas serão aqui mencionadas.

Alexandre Santos de Aragão pontua fato relevante na inauguração de concorrência em setores onde isto não ocorria: a arrecadação de tarifas. Segundo o autor, este quesito também deve ser analisado, já que a mudança no setor poderá desencadear quedas nas tarifas necessárias para universalizar o serviço em questão. Não seria, portanto, seguro apenas considerar ganhos imediatos para os usuários, sem ponderar os efeitos a longo prazo.²¹³

A importância de destinar atenção à continuidade dos serviços públicos e à universalização destes também surge nas palavras de Floriano Peixoto de Azevedo Marques

²¹⁰ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Universalização de serviços públicos e competição. O caso da distribuição de gás natural. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 34, p.34 - 50, 2001 p. 35-36

²¹¹ “A primeira justificativa das teorias econômicas para a existência de regras de proteção à concorrência é a comparação do funcionamento dos mercados conforme sua organização numa estrutura de monopólio, de oligopólio ou de concorrência perfeita, denominados, normalmente, de mercados perfeitamente competitivos. Note-se que esses últimos são uma abstração teórica, dificilmente encontrados na realidade, construídos pela teoria econômica para servir de paradigma, visando à explicação do comportamento dos agentes em concorrência e os benefícios dessa para a Sociedade. Esse conceito contrapõe-se ao de mercados monopolizados, os quais impõem custos aos consumidores e à Sociedade em geral, devendo, por essa razão, ter sua formação coibida ou sua conduta regulada.” NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Agências reguladoras e concorrência*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006. p.163.

²¹² FARACO, Alexandre Ditzel. *Regulação e direito concorrencial: (as telecomunicações)*. São Paulo: Livraria Paulista, 2003. p. 37.

²¹³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 295.

Neto. Para o autor, o afastamento do monopólio em setores essenciais à sociedade é particularmente complexo tendo em vista que a regulamentação deverá observar mecanismos de gradação e transição que assegurem o não comprometimento do próprio caráter da utilidade.²¹⁴

Por isso, a presença da regulação não deverá se limitar à correção de falhas de mercado, mas “assegurar, a um só tempo, (i) que a atividade desmonopolizada siga sendo oferecida à fruição da coletividade; e (ii) que sua oferta seja generalizada e ampliada, ensejando que ela seja disponibilizada a uma parcela crescente da sociedade”.²¹⁵

Dessa forma, voltamos ao pensamento inicial de que a inserção de concorrência em um setor afastaria a presença do Estado, muito pelo contrário. Para endereçar a preservação da concorrência em conjunto com a continuidade e universalidade do serviço, haverá um aumento da regulação.

Ainda tratando das possíveis cautelas a serem observadas quando da abertura de um setor à concorrência, Ana Maria de Oliveira Nusdeo tece comentários sobre as mudanças promovidas na prestação de serviços de telecomunicações, energia elétrica e da exploração de petróleo, destacando a importância da regulação:

“O estabelecimento da concorrência nessas atividades depende da criação de estruturas de mercado favoráveis, o que somente é possível através da reorganização da forma de sua exploração. Em parte, isso foi objeto da legislação que veio disciplinar esses setores. Todavia, o estímulo a um ambiente efetivamente competitivo em cada um deles, dados os limites estruturais para tanto, dependerá da atuação constante das agências reguladoras.”²¹⁶

Ana Maria de Oliveira Nusdeo ainda destaca que as medidas estabelecidas na legislação irão variar de acordo com a atividade objeto. Mesmo assim, seria possível delimitar três linhas gerais de medidas a serem aplicadas: (i) proceder ao desmembramento das atividades que sejam complementares ou que estejam de alguma forma ligadas a uma mesma cadeia produtiva; (ii) estabelecer a concorrência em etapas da exploração da

²¹⁴ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Universalização de serviços públicos e competição. O caso da distribuição de gás natural. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 34, p.34 - 50, 2001 p. 36.

²¹⁵ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Universalização de serviços públicos e competição. O caso da distribuição de gás natural. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 34, p.34 - 50, 2001 p. 37.

²¹⁶ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. Agências reguladoras e concorrência. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 169.

atividade ou da prestação dos serviços públicos em questão; e (iii) estabelecer regras voltadas ao impedimento de concentração econômica.²¹⁷

Ressalvadas as preocupações mencionadas, é válido apontar quais foram os fatores que propiciaram a mudança de paradigma na aceitação de ser inserida concorrência na prestação de serviços públicos.

Para este fim, a redação de Alexandre Santos de Aragão auxilia na sistematização dos elementos que viabilizaram a concorrência nos serviços públicos, são eles: (a) questão das redes, que podem ser utilizadas por mais de um prestador; (b) globalização, muitos serviços podem ser prestados de fora e para fora do país; (c) tecnologia, que multiplicou as utilidades dos serviços públicos; (d) a ausência de total correspondência entre a natureza pública do serviço e a gestão estatal; (e) gestões estatais dos serviços públicos que levaram ao aumento do déficit público (f) disseminação da concepção neoliberal; (g) pressões políticas de potenciais prestadores e de grandes consumidores; (h) aceitação de que a liberdade de mercado e o lucro não seriam ideias opostas ao interesse público; e (i) defesa da ideia de que nem sempre uma regulação intensa traz mais benefícios aos usuários que uma desregulação.²¹⁸

Tendo em vista o que foi exposto no presente item do segundo capítulo, pretende-se apontar que a regulação e a concorrência são – de fato – duas formas diversas de intervenção estatal. Esta diferenciação, entretanto, não impede que estas se relacionem e que, inclusive, a regulação seja o instrumento capaz de introduzir concorrência em um setor até então em monopólio. A regulação não precisa, dessa forma, ser vista apenas como uma mera medida voltada à correção de falhas de mercado. Como bem aponta Diogo Rosenthal Coutinho, a função da regulação também é “a de realizar tarefas importantes – como a indução de investimentos, a criação de condições de concorrência e a busca de justiça distributiva – que esses mercados não realizam sozinhos.”²¹⁹

Evidente que, conforme destacado em momento anterior, a transposição da prestação de um serviço público que até então ocorria sob regime de monopólio para um ambiente de concorrência não é tarefa trivial. E nem deve ser. A doutrina especializada deixa

²¹⁷ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. Agências reguladoras e concorrência. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 169.

²¹⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Serviços públicos e concorrência. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 233, p. 311-371, jul./set. 2003.p. 315-317.

²¹⁹ COUTINHO, Diogo R. *Direito e economia política na regulação de serviços públicos*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 155.

claro que setores de elevada relevância social, como é o caso dos serviços públicos, devem atrair ainda maior cautela e precisão na regulação a ser implementada.

Entretanto, é importante que fique claro que estes cuidados extras não afastam a possibilidade de ser inserida a concorrência nos serviços públicos. Tanto isto é verdade que esta configuração já é diagnosticada na realidade brasileira.

Assim, pretende-se confirmar que a regulação por concorrência é uma forma hábil de regulação que se adéqua às particularidades dos serviços públicos, atendendo a necessidade de observar a sua continuidade e muitas vezes dever de universalização.

Dessa forma, já tendo sido no primeiro capítulo explorada a transformação no conceito de serviço público e no segundo, a questão da regulação – incluído o relacionamento com a concorrência -, podemos passar ao terceiro capítulo.

3 SETOR PORTUÁRIO BRASILEIRO

3.1 RETROSPECTO HISTÓRICO DA LEGISLAÇÃO PORTUÁRIA BRASILEIRA

Ao longo do presente trabalho pretendeu-se traçar as bases da discussão aqui em tela: a concorrência na regulação dos portos brasileiros. Assim, após terem o primeiro e o segundo capítulo versado sobre a evolução do conceito de serviço público e da intervenção do Estado na economia, respectivamente, passamos agora para o terceiro capítulo.

Neste tópico, como o título prenuncia, o destaque será o setor portuário sob a ótica jurídica, sendo abordadas suas normas anteriores, as previsões constitucionais que lhe dizem respeito, e, por fim, as inovações mais relevantes da atual Lei dos Portos.²²⁰

Em termos cronológicos, antes da Era Vargas,²²¹ o que pode ser destacado em relação à regulação dos portos brasileiros repousa no período do império, mais especificadamente no Decreto Imperial nº 1.746/1869. Esta norma disciplinava, brevemente, a possibilidade de serem contratados empresários para a realização de obras nos portos do império, bem como para a construção de docas e armazéns para carga, descarga e conservação de mercadorias.²²²

E vale aqui esclarecer que por mais que o texto do referido decreto utilizasse o vocábulo “concessão” para tratar e delimitar temporalmente a presença do particular (prazo máximo de 90 anos), não há que ser confundido este termo com o conceito de concessão utilizado hoje pelo direito administrativo. Como bem explica Giovanna Mayer, àquela época:

“a atividade portuária não era considerada um serviço público, mas atividade privada sujeita ao controle do governo. A questão estava mais

²²⁰ SECRETARIA NACIONAL DE PORTOS. Histórico. Disponível em: <http://www.portosdobrasil.gov.br/sobre-1/institucional/base-juridica-da-estrutura-organizacional/historico> . Acesso em 03/09/17.

²²¹ “[...] os anos 1930 iniciam-se sob a égide de uma intensa atuação estatal sobre a economia. Governos politicamente fortes, centralizadores, tutores da economia, surgiram em diversos países capitalistas. Getúlio Vargas assumiu o poder em 1930, em uma manobra para evitar que o novo Presidente eleito, Júlio Prestes, assumisse o cargo. Seu governo, dividido em duas fases (1930-1945 e 1950-1954), foi responsável por importantes transformações da economia brasileira.” AGUILLAR, Fernando Herren. *Direito Econômico: do direito nacional ao direito supranacional*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p.128.

²²² BRASIL. Decreto Imperial nº 1.746, de 13 de outubro de 1869. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D1746.htm Acesso em 27/08/17.

ligada à infraestrutura do que à prestação de serviço público, categoria que no século XIX ainda era desconhecida do operador jurídico.”²²³

Apesar da relevância dos portos para o Brasil, a regulação das atividades envolvidas nesse setor não foi muito notória durante o império. Como bem pondera Gilberto Bercovici, a questão portuária, e, portanto sua legislação, passou a ganhar notoriedade a partir da Revolução de 1930:

“O Governo Provisório de Getúlio Vargas inaugurou a sistematização legislativa do setor portuário, por meio do Decreto n. 24.447, de 22 de junho de 1934, do Decreto n. 24.508, de 29 de junho de 1934, do Decreto n. 24.511, de 29 de junho de 1934 e do Decreto n. 24.599, de 03 de julho de 1934. Nestes decretos introduziu-se, pela primeira vez no Brasil, a concepção de porto organizado e de serviços portuários, regulamentando de forma sistematizada e coerente a utilização das instalações portuárias.”²²⁴

Vale ainda mencionar, que um pouco antes da publicação desta série de Decretos de 1934, um ano antes, o Decreto nº 23.067/1933 aprovou o regulamento do Departamento Nacional de Portos e Navegação. Este departamento era diretamente subordinado ao Ministério da Viação e Obras Públicas, tendo, dentre suas competências, atividades relacionadas ao estudo, projeção, execução e fiscalização de obras de melhoramento dos portos e vias navegáveis, bem como a organização e fiscalização da exploração comercial dos portos e vias navegáveis.²²⁵

Das normas elencadas no trecho reproduzido acima, vale apontar brevemente seus respectivos objetos: (i) o Decreto nº 24.447/1934 foi o texto legal que definiu as atribuições conferidas a diferentes ministérios e repartições a estes subordinadas, nos serviços referentes aos portos organizados;²²⁶ (ii) já o Decreto nº 24.508/1934 definiu os serviços prestados pelas administrações dos portos organizados e uniformizou as taxas portuárias;²²⁷ (iii) por sua vez, o Decreto nº 24.511/1934 disciplinou a utilização das instalações portuárias,

²²³ MAYER, Giovanna. Notas sobre o regime dos portos brasileiros. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.) *Portos e seus regimes jurídicos: a Lei nº 12.815/2013 e seus desafios*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p.76.

²²⁴ BERCOVICI, Gilberto. *Direito Econômico Aplicado: Estudos e Pareceres*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2016. p. 217-218.

²²⁵ BRASIL Decreto nº 23.067, de 11 de agosto de 1933. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-23067-11-agosto-1933-525899-publicacaooriginal-1-pe.html> . Acesso em 03/09/17.

²²⁶ BRASIL Decreto nº 24.447 de 22 de junho de 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D24447.htm . Acesso em 05/09/17.

²²⁷ BRASIL. Decreto nº 24.508, de 29 junho de 1934. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-24508-29-junho-1934-499830-publicacaooriginal-1-pe.html> . Acesso em 05/09/17.

estabelecendo o monopólio do Porto Organizado;²²⁸ e, por fim, (iv) o Decreto nº 24.599/1934 disciplinou as obras e melhoramentos dos portos nacionais, seu aparelhamento e a exploração do respectivo tráfego, revogando expressamente o Decreto nº 1.746/1869.²²⁹

No meio tempo, entre os decretos publicados na década de 1930 e as mudanças trazidas durante o regime militar, é interessante apontar que houve uma pequena exceção à participação de particulares no ambiente portuário. Por meio do Decreto-Lei nº 6.460/1944, ainda governo de Getúlio Vargas, foi regulada a construção e exploração de instalações rudimentares próprias, desde que observadas as regras previstas.²³⁰

Ainda no texto do referido Decreto, restou expressa a ausência de monopólio de tais instalações portuárias, sendo assegurado o direito dos armadores e embarcadores de construir trapiches próprios. Evidente que o texto legal limitava em elevado grau as reais possibilidades de exercício de agentes privados no setor portuário. Entretanto, pela então intensa presença estatal nos decretos antes mencionados, acredita-se ser interessante o contraponto trazido em 1944.²³¹

Após a Era Vargas, a legislação que vinha sendo implementada desde os decretos de 1934 – cujo fundamento era uma administração estatal dos portos – passa por algumas mudanças logo no início da ditadura militar. Os artigos 26, 27 e 28 do Decreto-Lei nº 5/1966 previram a criação dos terminais privados de uso privativo, estabelecendo normas para a recuperação da Marinha-Mercante.²³² Ainda segundo Sérgio Guerra, “[e]ssa norma previu a

²²⁸ BRASIL Decreto nº 24.511 de 29 de junho de 1934. Disponível em: <http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/viwTodos/843CFB1803167E3B032569FA00573410?Opendocument> . Acesso em 05/09/17.

²²⁹ BRASIL Decreto nº 24.599, de 6 de julho de 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D24599.htm . Acesso em 05/09/17.

²³⁰ BRASIL. Decreto-Lei nº 6.460, de 5 de fevereiro de 1944. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/del6460.htm . Acesso em 05/09/17.

²³¹ “Pode-se afirmar que esse Decreto-Lei deu os primeiros passos para a quebra do monopólio legal, que vigia há dez anos. No entanto, regulava apenas a construção de trapiches e atracadouros em regiões não atendidas por portos. Além disso, não se tratava de concessão de serviço público. O que havia era uma autorização concedida pelo Diretor Geral do Departamento Nacional de Portos, Rios e Canais (DNPRC), em favor dos Estados e Municípios. Essa autorização poderia ser cassada, sem que os autorizatários tivessem direito a qualquer tipo de indenização [...]” MAYER, Giovanna. Notas sobre o regime dos portos brasileiros. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.) *Portos e seus regimes jurídicos: a Lei nº 12.815/2013 e seus desafios*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p.79.

²³² BRASIL. Decreto-Lei nº 5, de 4 de abril de 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0005-66.htm . Acesso em 05/09/17.

possibilidade de locação ou arrendamento de instalações portuárias a usuários ou terceiros, por meio de contratos operacionais.”²³³

Neste mesmo ano, de relevante, foi publicado o Decreto nº 59.832/1966, responsável pelo detalhamento de algumas questões portuárias, das quais pode ser destacada a redação de seu art. 111, que previu, “expressamente, a possibilidade de locação pelo prazo máximo de cinco anos e/ou arrendamento por até 10 anos, de terrenos e instalações, e fixando-se demais condições”.²³⁴⁻²³⁵

No ano subsequente, o Decreto-Lei nº 200/1967 extinguiu o Ministério da Viação e Obras Públicas e criou o Ministério dos Transportes, tendo, entretanto permanecido o Departamento Nacional de Portos e Vias Navegáveis responsável por administrar diretamente alguns portos, bem como a incentivar a inauguração de empresas para comandar as atividades portuárias.²³⁶⁻²³⁷

Além da criação do Ministério dos Transportes, o Decreto-Lei nº 200/1967 é relevante, pois traz regras gerais de concorrência nas licitações públicas, bem como autoriza a administração a dispor de meios de divulgação que viabilizem a ampliação da competição.

Ainda durante a ditadura militar, tivemos a criação da Empresa de Portos do Brasil S.A., mais conhecida como PORTOBRÁS. A Lei nº 6.222/1975 extinguiu Departamento Nacional de Portos e Vias Navegáveis – DNPVN – e inaugurou as atividades da PORTOBRÁS:²³⁸

“[e]mpresa pública federal, vinculada ao Ministério dos Transportes, que, até sua extinção, em 1990, foi responsável pela Política Portuária Nacional e pela gestão dos portos públicos brasileiros, seja atuando diretamente, seja mediante a constituição de subsidiárias integrais (que poderiam ter, segundo o art. 5º da Lei n. 6.222/1975, natureza jurídica de sociedade de

²³³ GUERRA, Sérgio. Evolução do marco regulatório do setor portuário no Brasil. In: PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach. *Direito portuário brasileiro: lei 12.815, porto organizado, poligonal, arrendamento e autorização, arbitragem*. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 78.

²³⁴ BRASIL. Decreto nº 59.832 de 21 de dezembro de 1966. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1960-1969/decreto-59832-21-dezembro-1966-400465-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em 05/09/17.

²³⁵ GUERRA, Sérgio. Evolução do marco regulatório do setor portuário no Brasil. In: PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach. *Direito portuário brasileiro: lei 12.815, porto organizado, poligonal, arrendamento e autorização, arbitragem*. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 78.

²³⁶ BRASIL. Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm. Acesso em 05/08/17.

²³⁷ SECRETARIA NACIONAL DE PORTOS. *Histórico*. Disponível em: <http://www.portosdobrasil.gov.br/sobre-1/institucional/base-juridica-da-estrutura-organizacional/historico>. Acesso em 03/09/17.

²³⁸ BRASIL. Lei nº 6.222, de 10 de junho de 1975. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6222.htm. Acesso em 05/09/17.

economia mista ou empresa pública). Essas subsidiárias da PORTOBRÁS, empresas estatais de âmbito regional, detinham o monopólio das atividades portuárias de modo que a iniciativa privada era minimamente atuante no setor, restringindo-se a investir no uso de terminais destinados a movimentar exclusivamente cargas das empresas proprietárias de pequenas instalações.²³⁹

Ainda segundo informações veiculadas pela Secretaria Nacional dos Portos, a PORTOBRÁS tinha como finalidade "supervisionar, orientar, coordenar, controlar e fiscalizar as atividades relacionadas com a construção, administração e exploração dos portos e das vias navegáveis interiores."²⁴⁰

Esta situação perdurou até o advento da Lei nº 8.029/1990, quando os Ministérios foram reorganizados, bem como foi positivada a dissolução da PORTOBRÁS. Com o fim desta, a administração dos portos passou a ser comandada pela administração direta federal.

No que diz respeito à regulação das atividades portuárias, ainda na década de 1990, temos a edição da Lei dos Portos, Lei nº 8.630/1993 – também denominada como “Lei de Modernização dos Portos”.²⁴¹ O contexto histórico à época era de intensa estagnação no setor, o que despertou um clamor por mudanças que fossem capazes de resultar em modernização. A ideia a partir do novo marco legal era possibilitar o acesso dos agentes privados à exploração deste tipo de infraestrutura.²⁴²

De forma resumida, podem ser listados quatro objetivos da Lei nº 8.630/1993:

“(i) atrair investimentos privados, modernizando as infraestruturas portuárias brasileiras; (ii) fomentar a concorrência entre os terminais portuários, produzindo externalidades positivas para esse setor e buscando atingir a eficiência por meio da competição; (iii) angariar recursos para o Poder Público, por meio do arrendamento das instalações portuárias; e (iv) extinguir o monopólio da gestão dos trabalhadores portuários.”²⁴³

²³⁹ BERCOVICI, Gilberto. *Direito Econômico Aplicado: Estudos e Pareceres*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2016. p. 221.

²⁴⁰ SECRETARIA NACIONAL DE PORTOS. *Histórico*. Disponível em: <http://www.portosdobrasil.gov.br/sobre-1/institucional/base-juridica-da-estrutura-organizacional/historico>. Acesso em 03/09/17.

²⁴¹ BRASIL. Lei nº 8.630, de 25 de fevereiro de 1993.. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8630.htm. Acesso em 20/09/17.

²⁴² BERCOVICI, Gilberto. *Direito Econômico Aplicado: Estudos e Pareceres*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2016. p. 222.

²⁴³ GARCIA, Flavio Amaral; FREITAS, Rafael Vêras de. Portos brasileiros e a nova assimetria regulatória: os títulos habilitantes para a exploração da infraestrutura portuária. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.) *Portos e seus regimes jurídicos: a Lei nº 12.815/2013 e seus desafios*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 222.

A Lei nº 8.630/1993 trouxe relevante redação quando disciplinou o contrato de arrendamento portuário. Por meio desta figura, pretendia-se a retirada da estrutura estatal da prestação dos serviços portuários, possibilitando que agentes privados assumissem a exploração. Importante rememorar que os terminais arrendados eram conhecidos como terminais de uso público, já que constituíam parte do patrimônio do Estado.²⁴⁴

Até o início da década de 1990, o sistema portuário do Brasil tinha a sua atuação dividida em dois grupos de terminais: os terminais privados (aos quais somente era permitido movimentar carga própria) e os terminais públicos, concedidos pelo Estado.

Dessa forma, a redação da então Lei dos Portos sedimentou a diferenciação dos terminais entre de uso público e privado. Aos primeiros, cabia a prestação dos serviços portuários, devendo todo o público ser atendido, sem diferenciação quanto à origem da carga transportada.

Interessante relembra, neste momento histórico da breve cronologia exposta neste item, que apenas em 2001 houve a criação da ANTAQ, por meio da Lei nº 10.233/2001, conforme apontado em momento anterior deste trabalho.

Após o advento da Lei de Modernização dos Portos, deve ser destacada a publicação do Decreto nº 6.620/2008, o qual, dentre outras questões, disciplinou a concessão de portos, o arrendamento e a autorização de instalações portuárias marítimas.²⁴⁵

Além disso, o referido decreto trouxe conceitos de carga própria e carga de terceiros (fator chave na classificação dos terminais) mais completos do que a Lei nº 8.630/1993. No texto legal, não havia maiores detalhamentos das limitações quanto o transporte de carga de terceiros. Com a redação do art. 35 do Decreto nº 6.620/2008, fica claro que a movimentação de carga não própria – nos terminais de uso privativo – deveria ser realizada em caráter subsidiário e eventual.²⁴⁶

²⁴⁴ PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach. O novo marco regulatório do setor portuário brasileiro. In: PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach. *Direito portuário brasileiro: lei 12.815, porto organizado, poligonal, arrendamento e autorização, arbitragem*. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 47.

²⁴⁵ BRASIL. Decreto nº 6.620 de 29 de outubro de 2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Decreto/D6620.htm. Acesso em 10/09/17.

²⁴⁶ Sobre os terminais de uso privativo: “Os terminais de uso privativo, portanto, diferentemente do que ocorria com os terminais de uso público, não se destinavam ao atendimento do público em geral. Voltavam-se às necessidades de seu próprio titular ou das empresas do seu grupo econômico. Daí a importância então atribuída à noção de carga própria, que era reveladora da existência de ‘autosserviço’. Os terminais de uso privativo poderiam ser de duas espécies: terminais de uso privativo *exclusivo*, destinados à autossatisfação exclusivamente das necessidades do seu titular, e os de uso privativo *misto*, que poderiam também atender eventualmente à demanda de terceiros. Mas o enfoque principal dos terminais de uso privativo misto não era

Tal determinação normativa acabava por evitar que os terminais de uso privado e de uso público fossem concorrentes, já que este primeiro tipo de terminal deveria sempre estar majoritariamente voltado ao transporte de cargas próprias.²⁴⁷

Por fim, neste ponto que se volta ao breve relato da construção do surgimento da atual Lei dos Portos, deve ser abordada a edição da Medida Provisória nº 595/2012 – MP nº 595/2012.²⁴⁸

Na exposição de motivos da referida MP, que justificou a proposta apresentada à Câmara dos Deputados, foi destacada a relevância do setor portuário no Brasil e a necessidade de revisitar sua regulação.²⁴⁹ Como forma de efetuar mudanças na prestação de serviços, foi apontada importância de ser extinta a diferenciação de cargas, sendo sugerida a adoção de assimetria de regimes (seriam dois), cada um deles voltado a uma área do porto.

Como sabido, a MP nº 592/2012 foi convertida na Lei nº 12.815/2013, a qual será tratada ainda neste terceiro capítulo.

3.2 O SERVIÇO PORTUÁRIO NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

Além das leis e decretos mencionados acima, os quais são relevantes para a compreensão do caminho para a construção do arcabouço legal para a prestação dos serviços portuários, é importante analisar esta questão sob a ótica constitucional.

jamaís o atendimento de terceiros. Afinal, tratava-se de terminais de uso ‘privativo’. O caráter ‘privativo’, em oposição à destinação ao público em geral, era os que caracterizava. A qualificava desse uso como ‘misto’ era acessória à qualidade de ser privativo. Justificava-se em situações específicas, como, por exemplo, a de uma indústria caracterizada pela sazonalidade, que poderia ter o seu terminal dedicado ao atendimento de terceiros nos períodos de ociosidade.” PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach. O novo marco regulatório do setor portuário brasileiro. In: PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach. *Direito portuário brasileiro: lei 12.815, porto organizado, poligonal, arrendamento e autorização, arbitragem*. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 51.

²⁴⁷ “Entretanto, o Decreto 6.620, por si só, foi insuficiente para evitar que terminais de uso privativo misto sem carga própria predominante entrassem ou se mantivessem em operação comercial. A discussão havia sido levada ao Supremo Tribunal Federal por meio da ADPF 139, que acabou sendo extinta por perda superveniente do objeto quando da edição da Lei 12.815 e da criação do novo marco legal para o setor.”

PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach. O novo marco regulatório do setor portuário brasileiro. In: PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach. *Direito portuário brasileiro: lei 12.815, porto organizado, poligonal, arrendamento e autorização, arbitragem*. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 48-49.

²⁴⁸ BRASIL. Medida Provisória nº 595, de 6 de dezembro de 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2011-2014/2012/Mpv/595.htm#art62. Acesso em 20/09/17.

²⁴⁹ BRASIL. Medida Provisória nº 595, de 6 de dezembro de 2012, Exposição de Motivos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ ato2011-2014/2012/Exm/EMI-12-A-SEP-PR-MF-MT-AGU-Mpv-595-12.doc. Acesso em 10/09/17.

Como sabido, a Constituição de 1988 disciplinou, em seu art. 21, XI, “f”, como sendo de competência da União a exploração – direta ou mediante autorização, concessão ou permissão - a exploração dos portos marítimos, fluviais e lacustres. Essa discussão tem relevância, principalmente, no que tange à possibilidade de ser prestado serviço público por particulares, sob as regras do direito privado.

Conforme já tratado no Capítulo 1 do presente trabalho, não se acredita ser a redação da atual Carta Magna um impeditivo para a oferta de serviço público portuário em dois regimes diversos (a partir de uma assimetria de regimes), na forma que foi adotada pela atual Lei dos Portos.

Sendo feita esta brevíssima contextualização, volta-se para o objeto do presente subtópico: revisar como os serviços portuários foram endereçados nas constituições brasileiras ao longo dos anos, até atingir sua configuração atual.

Conforme destacado por Egon Bockmann Moreira, “[f]oi a partir da Constituição promulgada em 1988 que os portos brasileiros passaram a ser substancialmente tratados como peça-chave para políticas públicas de desenvolvimento.”²⁵⁰

Isto não significa dizer que era impossível identificar na redação das constituições anteriores à Constituição Cidadã menções aos portos. Entretanto, o objetivo dos dispositivos era diverso do que se visualiza atualmente, conforme veremos a seguir.

Como exemplo inicial, pode ser citada a Constituição de 1824, que ainda no Império, disciplinava a competência da Assembleia Geral para permitir ou proibir a entrada de forças estrangeiras nos portos (art. 15, XII).²⁵¹ Este trecho do texto constitucional demonstra que a preocupação à época voltava-se a questões de segurança nacional, e não a questões econômicas.

Após a proclamação da República (1889), a promulgação da Constituição de 1891 demonstrou certa mudança no racional da disciplina dos portos brasileiros. Ao início da referida carta, em seu art. 8º, já ficava evidenciado o espírito federalista desse momento histórico ao ser incluída vedação a tratamentos não igualitários aos portos dos Estados do

²⁵⁰ MOREIRA, Egon Bockmann. Portos Brasileiros e seus regimes jurídicos. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.) *Portos e seus regimes jurídicos: a Lei nº 12.815/2013 e seus desafios*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 34.

²⁵¹ “Art. 15. E' da attribuição da Assembléa Geral [...] XII. Conceder, ou negar a entrada de forças estrangeiras de terra e mar dentro do Imperio, ou dos portos d'elle.” BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm . Acesso em 13/09/17.

país.²⁵² Além dessa cautela, há também registro de direcionamento da matéria do comércio exterior e sua relação com os portos. Foi, portanto, determinada a competência do Congresso Nacional para “alfandegar” portos (art. 34, 5º, texto original da Constituição de 1891).²⁵³

Pela análise das referências ao setor portuário que aparecem nessas duas Cartas (Constituição de 1824 e de 1891) fica demonstrado que os portos deixaram de ser relacionados a apenas questões de soberania e segurança. A inclusão de questões econômicas fica mais evidente ainda com a promulgação da Constituição de 1934.

Esta Carta é relevante, pois é a primeira a incluir seção dedicada à Ordem Econômica e Social, em seu título IV. Além disso, a redação constitucional de 1934 previu a competência privativa da União para legislar sobre o regime de portos (art. 5º, XIX, “e”)²⁵⁴ e impôs vedação à decretação de impostos que não fossem uniformes em todo o país ou que de alguma forma impusessem distinção entre os portos de diferentes Estados (art. 18).²⁵⁵

Quanto às Constituições de 1937 e 1946 não houve muitas novidades no que diz respeito a dispositivos que tratam de portos.

A Carta de 1937 manteve a proibição de instituição de impostos que discriminassem os portos dos Estados brasileiros (art. 34)²⁵⁶ e inclui a prerrogativa do então Conselho Federal de iniciar discussão de votação de projetos de lei que versassem sobre o regime de portos de navegação de cabotagem (art.54, “c”).²⁵⁷

²⁵² “Art 8º - É vedado ao Governo federal criar, de qualquer modo, distinções e preferências em favor dos portos de uns contra os de outros Estados.” BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm . Acesso em 13/09/17.

²⁵³ “Art 34 - Compete privativamente ao Congresso Nacional: [...] 5º) regular o comércio internacional, bem como o dos Estados entre si e com o Distrito Federal, alfandegar portos, criar ou suprimir entrepostos;” BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm . Acesso em 13/09/17.

²⁵⁴ “Art 5º - Compete privativamente à União:[...] XIX - legislar sobre:[...] e) regime de portos e navegação de cabotagem, assegurada a exclusividade desta, quanto a mercadorias, aos navios nacionais;” BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm . Acesso em 13/09/17.

²⁵⁵ “Art 18 - É vedado à União decretar impostos que não sejam uniformes em todo o território nacional, ou que importem distinção em favor dos portos de uns contra os de outros Estados.” BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm . Acesso em 13/09/17.

²⁵⁶ “Art 34 - É vedado à União decretar impostos que não sejam uniformes em todo território nacional, ou que importem discriminação em favor dos, portos de uns contra os de outros, Estado.” BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm . Acesso em 14/09/17.

²⁵⁷ “Art 54 - Terá início no Conselho Federal a discussão e votação dos projetos de lei sobre: [...] c) regime de portos e navegação de cabotagem.”

Na Constituição de 1946 inculuiu-se praticamente o mesmo racional. À União foi reconhecida sua competência para legislar sobre o regime de portos e da navegação de cabotagem (art. 5º, XV, “i”),²⁵⁸ bem como mantido o dispositivo que trata dos impostos equiparados aos portos de diferentes Estados (agora art. 17).²⁵⁹

Pode-se perceber que até meados do século 20 a constitucionalização da matéria portuária não envolvia questões puramente econômicas ou regras para a prestação deste tipo de serviço. É verdade que a partir da Constituição de 1934 foi incluída a vedação ao tratamento tributário aos diversos portos brasileiros, localizados em diferentes Estados. Entretanto, este ponto relaciona-se mais a uma questão federalista do que econômica.

As Constituições advindas da Ditadura Militar também não inovaram na matéria aqui discutida. Quanto à Constituição de 1967, esta indicou a competência da União para legislar sobre o regime dos portos e da navegação de cabotagem, bem como a fluvial e de lacustre (art. 8º, XVII, “m”).²⁶⁰ Pouco tempo depois, a Emenda Constitucional nº 1/1969, também conhecida como Constituição de 1969, manteve as previsões da Carta anterior, no que tange à competência para legislar e à ausência de dispositivos regulando a atividade portuária.²⁶¹

A situação apenas muda em 1988, com a promulgação da Constituição Cidadã e com a disciplina da exploração dos portos brasileiros. A competência para legislar sobre a matéria permaneceu nas mãos da União (art. 22, X),²⁶² como já vinha sendo feito, ficando a

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm . Acesso em 14/09/17.

²⁵⁸ “Art 5º - Compete à União:

XV - legislar sobre:

i) regime dos portos e da navegação de cabotagem;” BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm . Acesso em 14/09/17.

²⁵⁹ “Art 17 - A União é vedado decretar tributos que não sejam uniformes em todo o território nacional, ou que importem distinção ou preferência para este ou aquele porto, em detrimento de outro de qualquer Estado.” BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm . Acesso em 14/09/17.

²⁶⁰ “Art 8º - Compete à União:

XVII - legislar sobre:

m) regime dos portos e da navegação de cabotagem, fluvial e lacustre;”

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm . Acesso em 14/09/17.

²⁶¹ BRASIL. Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm . Acesso em 15/09/2017.

²⁶² “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

X - regime dos portos, navegação lacustre, fluvial, marítima, aérea e aeroespacial;”

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm . Acesso em 15/09/17.

novidade com a redação do art. 21, XII, “f”. Com o advento deste dispositivo foi reconhecida a competência da União também para “explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: [...] os portos marítimos, fluviais e lacustres”.²⁶³

Com esta competência adicional, a partir de 1988, fica evidenciada que a prestação dos serviços portuários foi alçada a um nível de relevância nacional nunca antes visto. Como destaca Gilberto Bercovici:

“Não é difícil perceber em tal atribuição de competência certa visão de que a administração dos portos estaria atrelada à tutela de interesses que extrapolariam aqueles que seriam pertinentes aos demais entes federativos, principalmente por conta da abrangência territorial envolvida na atividade. Segundo tal concepção, a coordenação da atividade em um setor que constitui uma etapa essencial da cadeia logística e da infraestrutura do país deveria ficar a cargo da União, o ente federativo responsável por zelar pelo interesse nacional.”²⁶⁴

Dessa forma, ao ser compreendida a relevância do setor portuário do ponto de vista econômico do país torna-se esperado que a União tenha ganhado posição de notoriedade para o direcionamento da exploração deste tipo de serviço.²⁶⁵

A previsão constitucional presente na redação do art. 21, XII, “f”, da Constituição de 1998, também possibilita o argumento de que o setor portuário abarcaria a prestação dos serviços portuário sob dois regimes, o público, quando pensamos em concessão e permissão, e o privado, quando visualizamos a figura da autorização.

Vale ainda pontuar que estes títulos habilitantes para a exploração de atividades portuárias – dada a relevância de suas respectivas abordagens para o presente trabalho – serão tratados no quarto capítulo.

Tendo sido mencionadas as principais normas infraconstitucionais que versavam sobre as atividades portuárias, até o advento da atual Lei dos Portos, bem como a previsão

²⁶³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em; http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm . Acesso em 15/09/17.

²⁶⁴ BERCOVICI, Gilberto. *Direito Econômico Aplicado: Estudos e Pareceres*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2016. p. 216.

²⁶⁵ Conforme já destacado ao longo deste trabalho a relevância do setor portuário é tamanha para a economia brasileira, que esta atividade deve ser analisada de forma ampla: “Assim, quem atualmente fala de portos e meios de exploração da respectiva atividade econômica – como se dá no art. 21 da Constituição brasileira -, não está a tratar só de transporte, mas também de linhas de produção e gerenciamento de estoques, armazenagem, custos, informações etc.” MOREIRA, Egon Bockmann. *Portos Brasileiros e seus regimes jurídicos*. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.) *Portos e seus regimes jurídicos: a Lei nº 12.815/2013 e seus desafios*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 42.

desta matéria ao longo das Constituições Brasileiras, podemos a seguir abordar esta legislação mais recente.

3.3 A ATUAL LEI DOS PORTOS: SUAS INOVAÇÕES E EXPECTATIVAS

Antes de adentrar neste subitem é importante delimitar que esta parcela do trabalho não tem a pretensão de constituir-se como uma “lei comentada” ou como apanhado de comentários aos respectivos dispositivos legais. A proposta se divide em três breves etapas: relembrar o porquê se fez necessário revisitar a legislação então vigente (aspecto que já foi mencionado ao longo da dissertação); destacar as inovações mais relevantes; e, trazer as expectativas do setor para esta nova configuração.

Conforme tratado anteriormente, a normativa pregressa, que disciplinava as atividades portuárias (Lei nº 8.630/1993), já se propunha a trazer maior competição e eficiência ao setor. Tanto isso é verdade que a redação legal de 1993 previu a presença de agentes privados na atuação do setor por meio dos terminais de uso privativo. Ocorre que, a legislação à época não especificava objetivamente como poderia ser feito o transporte de cargas de terceiros por meio deste tipo de terminal, o que poderia ter – de fato – estimulado a competição.²⁶⁶

Aliada à ausência de maior detalhamento legal que constituísse um ambiente com mais segurança e jurídica e maleabilidade para os modelos de negócio, “a falta de investimentos no setor portuário demonstrou a impossibilidade de preservação de um modelo baseado na exclusividade dos terminais públicos, já que este gerava incentivos à ineficiência dos operadores portuários.”²⁶⁷

Com o advento da atual Lei dos Portos, nº 12.815/2013 – regulamentada pelo Decreto nº 8.033/2013 – esta carência de clareza é afastada com o fim da distinção entre

²⁶⁶ Sobre a aprovação da Lei nº 8.630/1993 vale destacar: “[c]omo se extrai da exposição de motivos desta proposição, a intenção em se inaugurar um novo Marco Regulatório para o setor portuário era fomentar a criação de um ambiente *concorrencial* – intra e extra porto -, com vista a contribuir para o aporte de investimentos privados na modernização da infraestrutura portuária [...]” MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Verás de. *A nova regulação portuária*. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 27.

²⁶⁷ SCHIRATO, Vitor Rhein. *As infraestruturas privadas no novo marco setorial de portos*. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.) *Portos e seus regimes jurídicos: a Lei nº 12.815/2013 e seus desafios*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 330.

cargas próprias e cargas de terceiros.²⁶⁸⁻²⁶⁹ Dessa forma, os agentes atuantes em terminais de uso privativo não mais teriam que se preocupar com o atendimento ao critério de transporte preponderantemente próprio previsto no art. 35, II, do Decreto nº 6.620/2003, que disciplinava a Lei nº 8.030/1993.

Além disso, outro ponto de extrema relevância foi o reconhecimento da assimetria de regimes. Dessa forma, afastada a limitação dos autorizatários em movimentar preponderantemente carga própria, viabilizou-se factualmente a possibilidade de inserir concorrência nos portos brasileiros.

É evidente que a Lei nº 12.815/2013 trouxe várias outras novas redações ao ambiente regulatório portuário, entretanto, essas duas questões se destacam na análise do novo marco legal pela doutrina especializada, conforme será exposto na sequência.²⁷⁰

Como aponta Gilberto Bercovici:

“A nova Lei dos Portos (Lei n. 12.815/2013), dentre outras modificações, vem justamente eliminar a distinção entre terminais portuários de uso exclusivo e terminais portuários de uso privativo misto (denominados apenas ‘terminal de uso privado’, de acordo com o seu artigo 2º, IV), possibilitando, assim, que empresas privadas explorem o serviço público portuário sem licitação, em concorrência direta com os portos públicos [...]”²⁷¹

No mesmo sentido, manifestou-se Egon Bockmann Moreira ao ponderar que a supressão da “diferenciação normativa entre terminais ‘de uso público’ e ‘de uso privado’, que outrora vigia em função do tipo de carga a ser movimentada (*rectius*: em razão do titular da carga)” possivelmente fosse a maior inovação trazida com a inauguração do novo marco setorial dos portos brasileiros.²⁷²

²⁶⁸ BRASIL. Lei 12.815, de 5 de junho de 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112815.htm. Acesso em 20/09/17.

²⁶⁹ BRASIL. Decreto nº 8.033, de 27 de junho de 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/Decreto/D8033.htm. Acesso em 20/09/17.

²⁷⁰ Neste sentido: “A Lei nº 12.815/2013 oxigenou a regulação portuária, que há muito tempo, desde o aparecimento da categoria dos terminais portuários privativos de uso exclusivo e uso misto, sufocava-se nessa questão.” MAYER, Giovanna. Notas sobre o regime dos portos brasileiros. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.) *Portos e seus regimes jurídicos*: a Lei nº 12.815/2013 e seus desafios. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 75.

²⁷¹ BERCOVICI, Gilberto. *Direito Econômico Aplicado*: Estudos e Pareceres. São Paulo: Editora Contracorrente, 2016. p. 226.

²⁷² MOREIRA, Egon Bockmann. Portos Brasileiros e seus regimes jurídicos. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.) *Portos e seus regimes jurídicos*: a Lei nº 12.815/2013 e seus desafios. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 67.

Na mesma oportunidade, o autor logo acima referenciado destaca que as expressões antes utilizadas para distinção das cargas movimentadas foram substituídas por outras duas locuções chave para a leitura da regulação portuária atual. Sob a redação da presente Lei dos Portos, o foco passa para a dialética entre “porto organizado” e “terminal de uso privado”. Assim, se antes o que implicava em submissões a diferentes ônus regulatórios consistia na proveniência da carga a ser transportada, agora o que demarca a sujeição a níveis de diferente regulação envolvem a localização do terminal.²⁷³

Tendo em vista a relevância desses novos conceitos trazidos pela atual Lei dos Portos – “porto organizado” e “terminal de uso privado” -, aponta-se que estes serão objeto de análise mais detalhada no capítulo quarto do presente trabalho. Por ora, é relevante atentar para a alteração do critério de distinção na prestação dos serviços portuários.²⁷⁴

Além dessas questões tidas como sendo merecedoras de maior destaque, há outras previsões relevantes da atual Lei dos Portos que serão aqui pontuadas.

Conforme apontado acima, a Lei nº 12.815/2013 foi regulamentada pelo Decreto nº 8.033/2013, e, por meio deste, tivemos a alteração de uma das competências da ANTAQ: a de poder concedente. Tendo em vista que esta discussão já foi abordada no capítulo dois do presente trabalho (subitem 2.2.1), apenas cabe lembrar que o novo marco setorial dos portos também buscou centralizar o poder decisório nas mãos da União e não mais nas da Agência.

Outra novidade inserida na Lei nº 12.815/2013, trata-se da possibilidade de antecipar a prorrogação dos contratos dos terminais arrendados, conforme consta a partir do art. 57, Capítulo IX – Disposições Finais e Transitórias. A figura da prorrogação já existia na legislação anterior (Lei nº 8.630/1993 e Decreto nº 6.620/2008), sendo, portanto a possibilidade de efetiva-la antes do final do contrato a inovação legal de fato.

²⁷³ MOREIRA, Egon Bockmann. Portos Brasileiros e seus regimes jurídicos. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.) *Portos e seus regimes jurídicos: a Lei nº 12.815/2013 e seus desafios*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 68.

²⁷⁴ Sobre o abandono do uso das expressões “uso público” e “uso privativo”: “[o]s terminais anteriormente denominados como sendo de uso público são agora designados implicitamente pela legislação como terminais arrendados. Já a figura do terminal de ‘uso privativo’ deixou de existir. A lei agora trata dos ‘terminais de uso privado, que são objeto de uma autorização pelo poder público e se localizam fora da área do porto organizado. Destinam-se à movimentação de cargas em geral, pouco importando qual é a sua titularidade.” PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach. O novo marco regulatório do setor portuário brasileiro. In: PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach. *Direito portuário brasileiro: lei 12.815, porto organizado, poligonal, arrendamento e autorização, arbitragem*. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 51.

Por fim, outra adição interessante à nova regulação dos portos, e que a Lei nº 12.815/2013, além de ter trazido dispositivos que possibilitam objetivamente a competição, esta também alçou o estímulo à concorrência como uma de suas diretrizes, conforme se confere no trecho abaixo:

“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:

V - estímulo à concorrência, incentivando a participação do setor privado e assegurando o amplo acesso aos portos organizados, instalações e atividades portuárias.” (sem grifos no original)

Por mais que a legislação anterior (Lei nº 8.630/1993) disciplinasse sobre a obrigatoriedade de respeitar as normas de defesa da concorrência (art. 30, §1º, VI), não havia a previsão de comando explícito em favor da competição no setor.²⁷⁵ Isto demonstra a limitação da legislação anterior. Esta, apesar de ser elaborada para dar novos rumos aos serviços portuários, não dispôs das ferramentas adequadas para tal. A preocupação relacionada a questões concorrenciais apontava mais num sentido de evitar práticas irregulares ou até ilegais do ponto de vista econômico.

É apenas 20 anos mais tarde que se assume a urgência de remodelar a regulação do setor, a fim de propiciar um ambiente mais competitivo e eficiente. Ao ser a concorrência alçada à categoria de diretriz do novo marco setorial, resta positivada – ao menos do ponto de vista legal – a mudança de paradigma almejada para o setor.

E em conjunto com esta questão mais principiológica, a atual Lei dos Portos também tentou modificar o racional por trás dos serviços portuários ao extinguir a diferenciação de cargas e inaugurar nova delimitação de atividades – agora passando a ser esta geográfica. Evidente que o sucesso da nova legislação depende de critérios mais objetivos e da conformação de que as premissas legais instituídas encontram-se corretas.

Além da precisão legal, é necessário que a sua regulamentação – esta a cargo do Decreto nº 8.033/2013, já alterado em 2015 e 2017 - e que a regulação a ser elaborada e

²⁷⁵ “Art. 30. Será instituído, em cada porto organizado ou no âmbito de cada concessão, um Conselho de Autoridade Portuária.

§ 1º Compete ao Conselho de Autoridade Portuária:

VI - zelar pelo cumprimento das normas de defesa da concorrência;”.

BRASIL. Lei nº 8.630, de 25 de fevereiro de 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8630.htm . Acesso em 20/09/17.

implementada pela ANTAQ e pelo poder concedente, na prática trabalhem em favor das intenções da nova lei.

É interessante destacar que a busca por investimentos e inovações no setor portuário não é decorrência apenas de termos esta parcela da nossa infraestrutura reconhecidamente como sendo deficitária, é preciso também considerar que há uma previsão de aumento de demanda pelos serviços desse setor.

Neste sentido, vale destacar que no contexto póstumo da aprovação da atual Lei dos Portos, a então SEP, em apresentação no 23º Congresso Latino americano de Portos, apontou a expectativa de aumento – entre 2012 e 2030 – em 150% a demanda por infraestrutura portuária no Brasil.²⁷⁶

Esta exposição é relevante, pois elenca os principais objetivos do novo marco regulatório para o ambiente portuário, foram eles: (i) eliminar as barreiras de entrada (incluindo a questão da expansão da infraestrutura dos portos e o fim da distinção de cargas); (ii) obter redução de custos (menor tarifa como critério de licitação e regulação de outros tipos de custos); (iii) implementar mais eficiência nos terminais; (iv) melhorar a gestão dos portos.²⁷⁷

Pelo resumo acima exposto das expectativas concebidas pelos agentes públicos quanto da publicação da Lei nº 12.815/2013 pode-se afirmar que as mudanças esperadas e necessárias não são poucas, muito menos fáceis de serem alcançadas.

Tendo isto em mente, o quarto (e último) capítulo do presente trabalho volta-se a uma análise mais apurada da concorrência na regulação portuária, bem como a coleta de dados que permitam identificar os avanços que ocorreram após essa alteração normativa.

Quanto ao terceiro capítulo, destaca-se que este se voltou ao mapeamento das bases legais e constitucionais brasileiras da matéria portuária. Pode-se perceber que ao longo dos séculos, a normatização (incluídas aqui normas constitucionais e infraconstitucionais) da prestação dos serviços portuários foi alterada, deixando para trás o foco na segurança e

²⁷⁶ SECRETARIA NACIONAL DOS PORTOS. *Apresentação XXIII Congreso Latinoamericano de Puertos*. Secretário-executivo, Antônio Henrique Silveira. Puerto Iguazu, Argentina. 27 de agosto de 2014. Disponível em: <http://www.portosdobrasil.gov.br/home-1/apresentacoes/20140827XXICongresoLAdePuertos2.pptx> . Acesso em 18/09/17.

²⁷⁷ SECRETARIA NACIONAL DOS PORTOS. *Apresentação XXIII Congreso Latinoamericano de Puertos*. Secretário-executivo, Antônio Henrique Silveira. Puerto Iguazu, Argentina. 27 de agosto de 2014. Disponível em: <http://www.portosdobrasil.gov.br/home-1/apresentacoes/20140827XXICongresoLAdePuertos2.pptx> . Acesso em 18/09/17.

soberania nacional para adotar postura centrada na compreensão do papel logístico – e, portanto, econômico – que os portos brasileiros desempenham.

Da mesma forma, é essencial reconhecer que a concorrência neste setor passou a ser vista como possível de ser implementada, tendo sido transformada em diretriz pela atual Lei dos Portos.²⁷⁸

Assim sendo, encerra-se o presente capítulo com a constatação de que a regulação portuária no Brasil já demonstrou ter vivenciado modificações relevantes, no sentido de buscar efetivar as inovações que são necessárias ao setor e demandadas pela sociedade moderna.

²⁷⁸ “Como em todos os demais setores de infraestrutura brasileira, por muito tempo a regulação dos portos brasileiros atendeu a uma racionalidade – econômica e jurídica – própria do século XIX (ou anteriores a ele). Durante séculos, eles foram regulados em vista de seus próprios interesses: era a atividade portuária, em regime de exclusividade, o centro das atenções de toda a regulação setorial. Isso tornou o setor historicamente hostil à livre concorrência. Houve, inclusive, quem dissesse que os portos sempre são o ambiente de inquebrantável monopólio natural: os investimentos são tão altos e o retorno de tão longo prazo, que se torna proibida a instalação de concorrência. Ou que a concorrência prejudicaria os portos públicos e suas instalações de interesse público (trazendo prejuízos para a soberania nacional).” MOREIRA, Egon Bockmann. *Portos Brasileiros e seus regimes jurídicos*. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.) *Portos e seus regimes jurídicos: a Lei nº 12.815/2013 e seus desafios*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 73.

4 CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO NO SETOR PORTUÁRIO

4.1 COMENTÁRIO GERAL: O QUE ESPERAR DA CONCORRÊNCIA NA REGULAÇÃO DOS PORTOS?

A presença desse subitem, logo ao início do quarto capítulo, se presta para a apresentação de algumas considerações que são tidas como relevantes para a leitura dos pontos que seguem.

Conforme mencionado no primeiro capítulo, muitas situações de monopólio foram desconstruídas ou mitigadas ao longo dos anos, auxiliadas pelo avanço da tecnologia e da mudança de perspectivas em relação à intervenção do Estado na economia.

Mesmo assim, é importante examinar que a inserção da concorrência em setores que antes não se acreditava que fosse possível aconteceu também porque foi identificada a viabilidade fática na existência de múltiplos prestadores.

O que se pretende ponderar é que a concorrência não demanda apenas uma previsão legal ou uma diretriz governamental para que ela seja inserida na prestação de um serviço que é considerado essencial à população, como é o caso dos serviços públicos, mas que ela seja viável em termos práticos.

Dessa forma, mesmo que a atual Lei dos Portos tenha como um de seus objetivos e a sua redação voltada à promoção e à concretização da concorrência é preciso ter em mente que no setor dos portos esperar pela presença de infinitos concorrentes é algo utópico.

A prestação de serviços portuários, conforme sabido, demandam altos e constantes investimentos em infraestrutura, mas não só. Esses dependem também de um local específico, estratégico, o qual pode ser entendido como um espaço físico muitas vezes limitado. Há, portanto, uma restrição geográfica, tendo em vista à impossibilidade estrutural de serem inseridos tantos agentes quanto aqueles que atendam os requisitos legais para a prestação dos serviços portuários.

Tanto isto é verdade que a própria Lei nº 12.815/2013 e o Decreto nº 8.033/2013 incorporaram este racional quando disciplinaram os procedimentos de chamamento e anúncio público para a expedição de autorizações portuárias, os quais serão comentados adiante. Existe, portanto, na própria lei a ideia de limitação quanto à possibilidade de entrada de incontáveis agentes.

O que se pontua, portanto, é que a concorrência no setor portuário é uma concorrência específica, particular, longe de poder ser considerada uma concorrência perfeita.²⁷⁹ Sabe-se que esta é inclusive uma situação que praticamente existe apenas na teoria, mas o comparativo é relevante para que possa ser visualizado que a concorrência no setor portuário se aproxima mais de uma concorrência imperfeita.²⁸⁰

É verdade que em outros setores da economia é possível que a demanda desperte um crescimento contínuo na oferta, num ambiente que muito se aproxima da concorrência perfeita. Para Fábio Nusdeo, o mercado internacional de commodities seria um bom exemplo desse cenário, tendo em vista que há homogeneidade dos produtos negociados, os vendedores e os compradores não possuem parcela determinante do mercado e existe acesso imediato às informações importantes.²⁸¹

Conforme pontuado anteriormente, no que tange aos serviços portuários, estaríamos mais próximos da concorrência imperfeita. Nesta existe um número significativo de prestadores, mas por outros quesitos que não apenas o conjunto expressivo de agentes não é possível identificar o grau máximo de concorrência. Do nosso entendimento, esses “outros quesitos” no ambiente dos serviços portuários seriam principalmente os altos investimentos necessários e a questão da localização geográfica.

Isto não significa dizer que a concorrência não deve ser prevista e promovida em na regulação do setor portuário brasileiro. Muito pelo contrário, esse setor ainda tem um longo caminho pela frente em termos de atração de maior número de agentes e investimentos.

²⁷⁹ Sobre o conceito de concorrência perfeita, destacam-se as palavras de Fábio Nusdeo: “É fácil verificar o quanto um regime como este representa muito mais uma abstração do que uma situação encontrada na realidade. Trata-se obviamente de um modelo útil enquanto apresenta as condições ideais de funcionamento de uma economia de mercado e permite elaborar um padrão de referência para a análise de situações concretas. A concorrência perfeita representa na ciência econômica o que o vácuo ou a ausência de atrito representam na física, isto é, situações teóricas cujo conhecimento revela-se necessário para melhor apreensão do que se passa na prática.” NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: ao direito econômico*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 271-272.

²⁸⁰ No que diz respeito à concorrência imperfeita, Fábio Nusdeo ensina que: “Esse regime se caracteriza como o anterior pela existência de um número bastante grande de compradores e vendedores. Caem, porém, os demais requisitos do regime a concorrência perfeita, particularmente o da homogeneidade dos produtos negociados no mercado e o da sua atomização. Como compradores e vendedores não se encontram atomizados nem atuam exclusivamente em função dos preços, objetivamente fixados por um mercado único, a procura não se apresenta fluida, mas sim viscosa, ou seja, determinados consumidores estão jungidos a determinados fornecedores, seja em função de sua localização física, seja pela preferência de determinada marca, seja em virtude de publicidade, ou por qualquer outro motivo.” NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: ao direito econômico*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 273.

²⁸¹ NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: ao direito econômico*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 272.

São, dessa forma, compreendidas como louváveis as modificações promovidas no setor que objetivam aumentar a competição e por meio dessa obter melhorias na infraestrutura em si e nos serviços finais prestados. Apenas deve-se ponderar que a presente pesquisa tem como objeto um setor complexo e que é esperado que a regulação da concorrência também siga esse tom.

4.2 OS REGIMES JURÍDICOS NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS PORTUÁRIOS E A ASSIMETRIA REGULATÓRIA

Tendo sido feito um apanhado da trajetória normativa do setor portuário brasileiro, bem como apresentada a atual Lei dos Portos, no capítulo anterior, é chegado o momento de aprofundar-se nas discussões acerca dessa nova regulação.

Conforme demonstrado no primeiro capítulo do presente trabalho, há diversas manifestações doutrinárias que ressaltam a possibilidade de termos a prestação de serviços públicos fora do regime de direito público. Não existiria, inclusive, nenhuma regra constitucional que determinasse a aplicação de um regime específico para a exploração dos serviços públicos.²⁸²

Assim sendo, seria possível a prestação de serviços públicos também na modalidade do regime de direito privado.²⁸³ Destaca-se, entretanto, que não se está aqui a afirmar que o serviço portuário sempre será considerado um serviço público ou que o fato de haver a sua prestação via regime privado (i.g. autorização) implicaria reconhecimento de que nesta formatação estaríamos tratando de uma atividade econômica regulada.

²⁸² Sobre o assunto, Carlos Ari Sundfeld se manifestou anos atrás: “Quanto a mim, não consigo, ao examinar a Constituição, localizar onde estaria a definição desse regime único; o que encontro, em sucessivas passagens, é a previsão de que cabe às leis disciplinar os direitos e deveres de prestadores, de usuários e do Poder Público.” SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às agências reguladoras. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 33-34.

²⁸³ “[...] conclui-se, pois, que o regime jurídico privado da prestação da atividade não desnatura o caráter de serviço público, desde que não seja considerado atividade puramente econômica. Uma atividade sob esse regime, pois, se caracterizaria como serviço público impróprio, já que não deixaria de possuir características de serviço público (pois atenderia às necessidades dos cidadãos que estão sob princípios do serviço público), mas regido principalmente pelo direito privado, o que aumenta a autonomia da vontade, esta, porém, bastante limitada (resultado da extensa regulamentação). A obrigação de atender os cidadãos de forma satisfatória, da mesma forma se a Administração exercesse a atividade, é, nesse caso, decorrente de lei.” KANAYAMA, Rodrigo Luís. A polêmica acerca do regime jurídico do serviço público. In: COSTALDELLO, Angela Cassia (coord). *Serviço Público*. Curitiba: Juruá, 2005. p. 207.

O ponto é compreender que a prestação de um serviço público via regime privado é sim viável e tem sido reconhecida factualmente e doutrinariamente. A discussão sobre os títulos habilitantes para a atuação no setor portuário e o que eles representam (prestação de um serviço público ou uma atividade econômica regulada) será abordada mais adiante neste capítulo.

Sendo, neste momento afastadas essas questões, voltamos à Lei dos Portos e os regimes previstos por ela.

Como sabido, a identificação de ineficiência nos portos brasileiros e de pontos na regulação anteriormente vigente que exigiam mudanças, acabaram por resultar em uma nova lei que pretende estimular a concorrência e a eficiência na prestação desses serviços.

Para que isso fosse possível, o legislador ordinário apostou na reforma da regulação portuária e reafirmou a existência de dois regimes jurídicos, o privado e o público, introduzindo dessa vez a competição efetiva entre os dois – questão que será abordada mais adiante.

Aqui é válido pontuar que uma análise menos aprofundada poderia questionar a novidade por detrás dessa mudança, afinal, a figura da autorização já era prevista anteriormente e, portanto, o regime privado já existia na Lei nº 8.630/1993. Neste sentido:

“O regime jurídico do serviço portuário, como desenhado pela atual normatização, configura um sistema jurídico complexo, resultante da mescla de dois regimes: de direito público e de direito privado. Esta completude e dualidade de regimes não é nova, pois já se mostrava presente no conjunto normativo setorial anterior e mesmo antes dele.”²⁸⁴

A novidade da Lei nº 12.815/2013, nessa seara, correspondeu ao critério estabelecido para a definição dos títulos habilitantes para atuação nos portos e, conseqüentemente, para a determinação do regime jurídico aplicável.

Anteriormente, a imposição do regime jurídico a ser observado se dava a partir da análise da finalidade do terminal, se este era público ou privativo. Conforme já mencionado, a diferenciação da origem das cargas transportadas era essencial para a determinação do regime jurídico. Caso a atividade envolvesse majoritariamente a manipulação de carga

²⁸⁴ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti; Lima, Cristiana Maria Melhado Araujo. Diferenças entre terminais portuários de uso público e de uso privado. In: PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach. *Direito portuário brasileiro: lei 12.815, porto organizado, poligonal, arrendamento e autorização, arbitragem*. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 158.

própria, tratava-se de terminal de uso privativo e, portanto, havia a observância do regime privado. Por outro lado, se as cargas movimentadas fossem de terceiros, estar-se-ia diante de um arrendamento portuário, e, portanto, de um regime público.

Como a atual Lei dos Portos extinguiu a diferenciação das cargas quanto a sua origem, houve a previsão de novo critério para o estabelecimento do regime jurídico da atividade: o geográfico.²⁸⁵ O legislador ordinário determinou que seria eleita uma determinada área do porto na qual seria observado o regime público – a área do Porto Organizado –, cabendo a parcela restante ao regime privado.

De forma objetiva, destaca-se que:

“ [a] Lei 12.815/2013 estabelece dois regimes jurídicos distintos para a outorga de exploração dos serviços: (a) regime de concessão e arrendamento de bem público, aplicável a instalações portuárias situadas no porto organizado (art.1º, §1º); e (b) o regime de autorização, para instalações portuárias localizadas fora da área do porto organizado (art. 1º, §2º).”²⁸⁶

Diante da construção didática que vem sendo feita ao longo deste trabalho, é essencial ponderar que no setor portuário o regime público e o regime privado não são vistos com os contornos clássicos e estáticos habitualmente atribuídos a estes regimes.

É quando se afastam as crenças que decorrem do conceito clássico de serviço público (a obrigatória submissão ao regime de direito público, por exemplo) que se identificam as particularidades da Lei nº 12.815/2013.²⁸⁷

²⁸⁵ “A Lei 12.815 instituiu o critério geográfico para definir o regime jurídico a que se submete a exploração da atividade portuária. O critério anterior, da titularidade da carga, deixou de ser determinante para a identificação do regime jurídico a que se submete a atividade.” KLEIN, Aline Lícia. O porto organizado como bem público e a delimitação da sua área. In: PEREIRA Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach (coord.). *Direito Portuário Brasileiro: lei 12.815/13, porto organizado, poligonal, arrendamento e autorização, arbitragem*. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 397.

²⁸⁶ LAMBAUER, Roberto Zilch. Autorização para exploração de terminal portuário na nova lei dos portos. *Revista Trimestral de Direito Público: RTDP*, Belo Horizonte, n. 62, p. 106-128, jul./set. 2015. p. 107.

²⁸⁷ “A novidade do regime da prestação do serviço público no regime pós-privatizações não são as concessões/permisões/autorizações, as quais foram utilizadas desde o Estado percebeu que não poderia prestar diretamente todas as atividades. Tampouco consistem na descaracterização das atividades que são consideradas serviços públicos – elas são as mesmas há vinte anos. A nova configuração dos serviços públicos é o seu regime jurídico: setorial, que concilie o interesse público com o interesse privado e que possa utilizar de institutos do direito privado para o atingimento de coletivas. Não há um regime de prestação de serviço público, mas vários regimes. Não há apenas três formas de prestação de serviços públicos (diretamente ou mediante concessão ou permissão), mas várias outras.” MAYER, Giovanna. Notas sobre o regime dos portos brasileiros. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.) *Portos e seus regimes jurídicos: a Lei nº 12.815/2013 e seus desafios*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 90.

Dessa forma, pode-se afirmar que a atual Lei dos Portos é um exemplo de norma em que os conceitos de regimes jurídicos se enlaçam, havendo, inclusive reflexos do regime público na autorização, instrumento de outorga do regime privado, para atuação no setor.

Reitera-se que a Constituição Federal, em seu art. 22, X, estabelece a competência do legislador ordinário para que este discipline o regime de exploração dos portos.²⁸⁸ Assim, por mais que os regimes eleitos para a prestação dos serviços portuários possam trazer consigo características incomuns, ou até entendidas como controversas por parte da doutrina, cumpre sempre ter em mente que esta é uma atribuição constitucionalmente atribuída ao legislador ordinário.²⁸⁹

Há, portanto, no setor portuário brasileiro a previsão de ambos regimes, público e privado, os quais serão determinados de acordo não mais com a finalidade do terminal, mas pelo critério geográfico do Porto Organizado.

O estabelecimento de dois regimes diversos, conforme mencionado anteriormente, constitui hipótese de assimetria regulatória também no setor portuário, opção regulatória que já foi empregada há tempos em outros setores – telecomunicações e energia elétrica, por exemplo.

Conforme pontuado no item 1.5.4 do presente trabalho a assimetria regulatória seria um instrumento a serviço da competição, tendo em vista que a intenção da atual Lei dos Portos é incentivar a concorrência na oferta dos serviços portuários, observando e respeitando as particularidades dos títulos habilitantes correspondentes a cada regime.

A premissa da assimetria é, portanto, que uma mesma atividade fim seja prestada por diferentes agentes os quais terão de observar ônus e bônus em diferentes intensidades. Relevante mencionar que não é apenas a letra da lei (Lei nº 12.815/2013) que disciplina estas variáveis, mas também a regulação elaborada pela ANTAQ.

²⁸⁸ “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

X - regime dos portos, navegação lacustre, fluvial, marítima, aérea e aeroespacial;” BRASIL. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 15/09/17.

²⁸⁹ Neste sentido: “[...] o art. 21, XII, ‘f’, da CRFB confere à União a possibilidade de exploração da infraestrutura portuária diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, reservando uma margem de discricionariedade ao legislador ordinário para instituir diversos regimes exploratórios de acordo com as especificidades das atividades que serão prestadas;”. GARCIA, Flavio Amaral; FREITAS, Rafael Vêras de. Portos brasileiros e a nova assimetria regulatória: os títulos habilitantes para a exploração da infraestrutura portuária. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.) *Portos e seus regimes jurídicos: a Lei nº 12.815/2013 e seus desafios*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 239.

Vale rememorar que, a antiga Lei dos Portos (Lei nº 8.630/1993) já trazia, em tese, assimetria regulatória, mas devido às limitações decorrentes da origem da carga transportada restava questionável a existência de concorrência. Neste sentido, parte da doutrina especializada aponta que a lei de 1993 não teria deixado clara a possibilidade de competição efetiva entre os agentes que atuavam no setor sob ambos os regimes, público e privado.²⁹⁰ A Lei nº 12.815/2013, por origem, afasta essa dúvida ao excluir a diferenciação de cargas.

Apesar do esclarecimento trazido pela nova legislação e o seu manifesto objetivo de promover a concorrência é importante considerar que o desenvolvimento desta não é automático. É preciso que na prática a assimetria de regimes ocorra de forma a viabilizar a prestação dos serviços portuários de modo a não prejudicar uma categoria em face da outra, a partir do estabelecimento de ônus regulatórios que não são na realidade assimétricos.

Tendo isto em vista, em momento futuro serão analisados os títulos habilitantes previstos para a prestação dos serviços portuários, bem como a regulação setorial executada pela ANTAQ, tendo como base sempre a concepção de que estamos tratando de um setor regulado com assimetria de regimes.

4.2.1 Da relevância da determinação da Área do Porto Organizado

Como visto acima, o critério geográfico da disposição do porto passa ser de extrema relevância a partir da Lei nº 12.815/2013, tendo em vista que é a delimitação da área do Porto Organizado que dita o regime jurídico de prestação dos serviços portuários.

Segundo a atual Lei dos Portos, o porto organizado é “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” (art. 2º, I).²⁹¹

²⁹⁰ Neste sentido manifestaram-se: SCHIRATO, Vitor Rhein. As infraestruturas privadas no novo marco setorial de portos. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.) *Portos e seus regimes jurídicos: a Lei nº 12.815/2013 e seus desafios*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 325-343; GARCIA, Flavio Amaral; FREITAS, Rafael Verás de. Portos brasileiros e a nova assimetria regulatória: os títulos habilitantes para a exploração da infraestrutura portuária. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.) *Portos e seus regimes jurídicos: a Lei nº 12.815/2013 e seus desafios*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 221-261.

²⁹¹ BRASIL. Lei 12.815, de 5 de junho de 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2013/lei/112815.htm. Acesso em 28/10/17.

Já a área do porto organizado é aquela “delimitada por ato do Poder Executivo que compreende as instalações portuárias e a infraestrutura de proteção e de acesso ao porto organizado” (art. 2º, II).²⁹²

Interessante pontuar que todas as definições que constam do art. 2º da Lei nº 12.815/2013 envolvem o conceito de porto organizado, evidenciando-se a importância da delimitação de sua área. Dessa forma, a entrada de novos agentes privados, e seus respectivos investimentos, que desejem obter autorizações para atuar no setor, estariam limitados à área externa ao Porto Organizado.

No caso dos Terminais de Uso Privado, a definição legal estipula que este será “instalação portuária explorada mediante autorização e localizada fora da área do porto organizado” (art. 2, IV).²⁹³ Resta claro que é a área atribuída ao Porto Organizado que delimitará a categoria de contrato que será assinado (concessão, arrendamento ou autorização) pelo poder concedente, bem como o regime aplicável (público ou privado).

Mais uma vez o comparativo com a antiga lei é válido dado que a expressão “porto organizado” também era utilizada no antigo marco regulatório de exploração dos portos brasileiros. Entretanto, a área do porto organizado relacionava-se a questões operacionais do porto.²⁹⁴

É relevante destacar que o conceito novo de porto organizado trouxe consigo a inserção da expressão “bem público”. O legislador ordinário quando redigiu esta definição explicitou o caráter público do Porto Organizado, o qual têm dois vieses.²⁹⁵

O primeiro envolveria o conceito de bem público do ponto de vista jurídico, o que implicaria que aquela área delimitada pelo Poder Executivo consistir-se-ia como propriedade pública e, portanto, demandaria a observância do regime de direito público com todas as particularidades que isto implica.

²⁹² BRASIL. Lei 12.815, de 5 de junho de 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2013/lei/112815.htm. Acesso em 28/10/17.

²⁹³ BRASIL. Lei 12.815, de 5 de junho de 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2013/lei/112815.htm. Acesso em 28/10/17.

²⁹⁴ Lei nº 8.630/1993, art. 1, §1º, I: “Porto Organizado: o construído e aparelhado para atender às necessidades da navegação, da movimentação de passageiros ou da movimentação e armazenagem de mercadorias, concedido ou explorado pela União, cujo tráfego e operações portuárias estejam sob a jurisdição de uma autoridade portuária;” BRASIL. Lei 8.630 de 25 de fevereiro de 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18630.htm. Acesso em 28/10/17.

²⁹⁵ FREITAS, Rafael Verás de. Portos brasileiros e a nova assimetria regulatória: os títulos habilitantes para a exploração da infraestrutura portuária. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). *Portos e seus regimes jurídicos: a Lei nº 12.815/2013 e seus desafios*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 242-243.

Já o segundo envolve o racional do bem público, *coletivo*, diante da caracterização econômica, o qual significa que o bem pode ser fruído por todos. No âmbito do organismo portuário essa noção de coletivo relaciona-se com a ideia de compartilhamento de infraestrutura (e.g. art. 23, Decreto nº 8.033/2013).²⁹⁶

Tendo em vista o que foi exposto neste item, resta evidente que a decisão do Poder Executivo quando da delimitação da área do Porto Organizado é extremamente relevante. Isto decorre da influência que esta escolha tem na determinação dos regimes que serão observados para a prestação dos serviços portuários.

4.3 OS TÍTULOS HABILITANTES PARA A EXPLORAÇÃO DA INFRAESTRUTURA PORTUÁRIA

A atual Lei dos Portos e o Decreto que a regulamenta (Decreto nº 8.033/2013) disciplinaram os títulos habilitantes para a exploração da infraestrutura portuária, os quais são aplicados de acordo com a localização do serviço a ser prestado. Se este está localizado dentro da área do Porto Organizado, trata-se de uma concessão ou um arrendamento; se está fora dessa delimitação é o caso de uma autorização, conforme prevê a letra da lei:

“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. [...]”²⁹⁷

Nos subitens que seguem, serão abordados esses três instrumentos legais para a prestação de serviços portuários, sendo destacados seus principais aspectos. Vale considerar, que o setor abordado no presente trabalho rege-se pela regra da assimetria regulatória, o que permite dizer que os agentes que nele atuam podem fazê-lo a partir de títulos habilitantes

²⁹⁶ “Art. 23. 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 e mediante justa indenização.” BRASIL, Decreto nº 8.033 de 27 de junho de 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2013/decreto/D8033.htm . Acesso em 20/09/17.

²⁹⁷ BRASIL. Lei 12.815, de 5 de junho de 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2013/lei/112815.htm . Acesso em 20/09/17.

diversos. Isto quer dizer que, ao menos em tese, estes atraem ônus e benefícios regulatórios diferentes.

E ademais dos regramentos previstos na Lei nº 12.815/2013 e no Decreto nº 8.033/2013 é relevante pontuar a regulação setorial estipulada pela ANTAQ.

Tendo isto em mente, passamos para a abordagem dos títulos habilitantes disciplinados pelo novo marco legal.

4.3.1 A autorização de serviço portuário

A autorização é um dos instrumentos previstos na Lei nº 12.815/2013 para a exploração dos serviços portuários. Essa lei prevê em seu art. 8º que as autorizações servem para quatro modalidades diversas de serviços, todas elas prestadas fora da área do Porto Organizado, a saber: (i) terminal de uso privado; (ii) estação de trasbordo de carga; (iii) instalação portuária de pequeno porte; e (iv) instalação portuária de turismo.

Como mencionado, o Decreto nº 8.033/2013 regulamentou a atual Lei dos Portos, trazendo maior detalhamento das regras de exploração deste setor. No que tange às autorizações, no seu terceiro Capítulo, intitulado “Da autorização de instalações portuárias”, encontram-se, dentre outros dispositivos, aqueles que versam sobre: (i) os documentos necessários para a solicitação de autorização (art. 27); (ii) as informações a respeito dos procedimentos de chamada e de anúncios públicos (art. 29); (iii) as orientações para os casos em que há discussões sobre viabilidade locacional para a instalação portuária (art. 32); (iv) as hipóteses de dispensa da celebração de novo contrato de adesão ou da realização de novo anúncio público (art. 35); e (v) da obrigatoriedade de o contrato de adesão preservar a liberdade de preços das atividades (art. 35-A).²⁹⁸

Além das diretrizes estipuladas na Lei nº 12.815/2013 e no Decreto nº 8.033/2013, é preciso ressaltar a Resolução ANTAQ nº 3.290/2014, a qual prevê a autorização para quatro tipos de finalidades, a saber: “construção, exploração e ampliação de terminal de uso

²⁹⁸ BRASIL. Decreto nº 8.033 de 27 de junho de 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2013/Decreto/D8033.htm. Acesso em 07/11/17.

privado, de estação de transbordo de carga, de instalação portuária pública de pequeno porte e de instalação portuária de turismo.”²⁹⁹

Deve ser apontado que, diante das alterações feitas na redação do Decreto nº 8.033/2013, pelo Decreto nº 9.048/2017, a Resolução ANTAQ nº 3.290/2013 terá seu texto revisado.³⁰⁰⁻³⁰¹

Apesar de não ser a ANTAQ o Poder Concedente para a outorga das autorizações portuárias, é ela a responsável pelo procedimento. Assim sendo, a Resolução ANTAQ nº 3.290/2014 disciplina exaustivamente as etapas a serem percorridas até a assinatura do contrato de adesão. A resolução mencionada aborda a mesma temática do Decreto nº 8.033/2013, tratando de questões que vão desde o detalhamento da documentação a ser apresentada pelo interessado, passando pela extinção da autorização.

Juntas, essas são as três principais normas que tratam das autorizações no setor portuário. A partir da leitura destas, é possível identificar que as autorizações do setor portuário não se assemelham àquelas geralmente rememoradas quando se aborda este instituto jurídico. Isto decorre do procedimento estipulado na atual Lei dos Portos para que o agente privado possa atuar fora da área do Porto Organizado, dado que a obtenção deste tipo de instrumento de exploração desencadeará, em regra, uma chamada pública ou um anúncio público e, na sequência, a assinatura de um contrato de adesão (*caput* e §1º, art. 8º, Lei nº 12.815/2013).³⁰²

Além do processo para obtenção autorização e da forma do contrato ao final do trâmite, a atual Lei dos Portos também estipulou o prazo para a sua duração, vinte e cinco anos, prorrogáveis (§2º, art. 8º, Lei nº 12.815/2013).³⁰³ Vale pontuar que a previsão de

²⁹⁹ ANTAQ. Resolução nº 3.290 de 13 de fevereiro de 2014. Disponível em: <https://antag.wordpress.com/2015/10/02/3290-14/>. Acesso em 04/11/17.

³⁰⁰ BRASIL. Decreto nº 9.048 de 10 de maio de 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2015-2018/2017/Decreto/D9048.htm#art1. Acesso em: 03/12/17.

³⁰¹ ANTAQ. Decreto nº 9.048 impactos para o setor portuário. Disponível em: <http://portal.antag.gov.br/wp-content/uploads/2017/06/Palestra-Dec-9048-impactos.pdf>. Acesso em 03/12/17.

³⁰² “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: [...]

§ 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.” BRASIL. Lei 12.815, de 5 de junho de 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ ato2011-2014/2013/lei/112815.htm. Acesso em 20/09/17.

³⁰³ BRASIL. Lei 12.815, de 5 de junho de 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ ato2011-2014/2013/lei/112815.htm. Acesso em 20/09/17.

contratos de longa duração com a possibilidade de sucessivas renovações é relevante, pois passa segurança ao autorizatário para que este possa amortizar os investimentos realizados.

Na legislação anterior, Lei nº 8.630/1993, já havia a previsão da assinatura de um contrato de adesão entre o autorizatário e o Poder Concedente, bem como as cláusulas que deveriam obrigatoriamente constar nesse instrumento no *caput*, e §1º, art. 6º desta norma.³⁰⁴

No regime previsto pela nova regulação, não basta que o interessado na expedição da autorização demonstre atender aos requisitos previamente estabelecidos, como ocorre, por exemplo, para a obtenção de uma Carteira Nacional de Habilitação (“CNH”). Deverá, portanto, o interessado participar de um processo de Anúncio Público ou Chamada Pública.

O procedimento a ser instaurado dependerá de quem demonstrou o interesse para a exploração de terminal privado via autorização: (i) no caso de um agente privado ter se manifestado perante a autoridade e apresentado os documentos exigidos pela Agência, esta iniciará um processo de Anúncio Público, a fim de identificar se para aquela área existem outros agentes interessados; (ii) se for do interesse do Poder Concedente a instalação de terminal privado em determinada localidade, a Agência iniciará processo de Chamada Pública, possibilitando que os interessados apresentem seus projetos.³⁰⁵

³⁰⁴ BRASIL. Lei nº 8.630 de 25 de fevereiro de 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18630.htm. Acesso em 07/11/17.

³⁰⁵ “Art. 27. Os interessados em obter a autorização de instalação portuária poderão requerê-la à Antaq, a qualquer tempo, mediante a apresentação dos seguintes documentos, entre outros que poderão ser exigidos pela Antaq: I - declaração de adequação do empreendimento às diretrizes do planejamento e das políticas do setor portuário, emitida pelo poder concedente; II - memorial descritivo das instalações, com as especificações estabelecidas pela Antaq, que conterà, no mínimo: [...] III - título de propriedade, inscrição de ocupação, certidão de aforamento ou contrato de cessão sob regime de direito real, ou outro instrumento jurídico que assegure o direito de uso e fruição do terreno; IV - comprovação do atendimento ao disposto no art. 14 da Lei nº 12.815, de 2013; V - documentação comprobatória de sua regularidade perante as Fazendas federal, estadual e municipal da sede da pessoa jurídica e o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS; e VI - parecer favorável da autoridade marítima, que deverá responder à consulta em prazo não superior a quinze dias. § 1º Recebido o requerimento de autorização, a Antaq deverá: I - publicar em seu sítio eletrônico, em até cinco dias, a íntegra do conteúdo do requerimento e seus anexos; e II - desde que a documentação esteja em conformidade com o disposto no caput, promover, em até dez dias, a abertura de processo de anúncio público, com prazo de trinta dias, a fim de identificar a existência de outros interessados em autorização de instalação portuária na mesma região e com características semelhantes. § 2º Em relação às áreas da União necessárias à implantação da instalação portuária, a Antaq poderá admitir, para os fins do disposto no inciso III do caput, a apresentação de certidão emitida pela Secretaria do Patrimônio da União do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão que ateste que a área requerida se encontra disponível para futura destinação ao empreendedor autorizado pelo poder concedente. § 3º Na hipótese de ser admitido o processamento do pedido de autorização com base na certidão de que trata o § 2º, o contrato de adesão poderá ser celebrado pelo poder concedente com condição suspensiva de sua eficácia à apresentação, pelo interessado e em prazo a ser estabelecido no contrato, da documentação que lhe assegure o direito de uso e fruição da área.

Conforme previsto no Decreto nº 8.033/2013, com a finalização do processo de Anúncio Público ou Chamada Pública, o Poder Concedente analisa a viabilidade locacional das propostas, bem como sua pertinência em relação ao planejamento e às políticas do setor (art. 30). Nesta mesma norma, encontra-se prevista a disciplina para as hipóteses em que houver impossibilidade de serem implementadas mais de uma das propostas apresentadas devido à impossibilidade locacional, situação na qual a presença de um terminal resultaria em impedimento operacional do outro (art. 32).³⁰⁶

§ 4º A seleção do empreendedor portuário pelo poder concedente, mediante a assinatura do contrato de adesão, autoriza a Secretaria do Patrimônio da União do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão a destinar diretamente ao interessado a área correspondente, tanto a parte terrestre quanto a aquática, independentemente de contiguidade, desde que observado o disposto no parágrafo único do art. 42 da Lei nº 9.636, de 15 de maio de 1998, quando se tratar de cessão de uso.

§ 5º A apresentação de documentação em desconformidade com o disposto neste Decreto ou com as normas da Antaq ensejará a desclassificação da proposta e a convocação dos demais interessados na ordem de classificação no processo seletivo público.

Art. 28. 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.

Art. 29. O instrumento da abertura de chamada ou de anúncio públicos, cujos extratos serão publicados no Diário Oficial da União e no sítio eletrônico da Antaq, 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.

§ 1º O perfil de cargas a serem movimentadas será classificado conforme uma ou mais das seguintes modalidades:

I - granel sólido;

II - granel líquido e gasoso;

III - carga geral; ou

IV - carga containerizada.

§ 2º Todas as propostas apresentadas durante o prazo de chamada ou de anúncio públicos, que se encontrem na mesma região geográfica, deverão ser reunidas em um mesmo procedimento e analisadas conjuntamente, independentemente do tipo de carga.

§ 3º Para participar de chamada ou de anúncio públicos, os demais interessados deverão apresentar a documentação exigida no caput do art. 27.” BRASIL, Decreto nº 8.033, de 27 de junho de 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/Decreto/D8033.htm . Acesso em 13/11/17.

³⁰⁶ “Art. 30. A análise de viabilidade locacional fica delegada à Antaq.

Parágrafo único. Para os fins deste Decreto, considera-se viabilidade locacional a possibilidade da implantação física de duas ou mais instalações portuárias na mesma região geográfica que não gere impedimento operacional a qualquer uma delas.

Art. 31. Poderão ser expedidas diretamente, independente da realização de processo seletivo público, as autorizações de instalação portuária quando:

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

II - não existir impedimento locacional à implantação concomitante de todas as instalações portuárias solicitadas.

Parágrafo único. Em qualquer caso, somente poderão ser autorizadas as instalações portuárias compatíveis com as diretrizes do planejamento e das políticas do setor portuário.

Art. 32. Nos casos de inviabilidade locacional à implantação concomitante das instalações portuárias solicitadas, a Antaq deverá:

I - definir os critérios de julgamento a serem utilizados no processo seletivo público; e

II - conferir prazo de trinta dias para que os interessados reformulem suas propostas, adaptando-as à participação no processo seletivo público.

Dessa forma, sendo constatado ser inviável a outorga de autorização para mais de um interessado atuar em uma mesma área, a ANTAQ, por meio de critérios de julgamento determinados por ela, determinará que os envolvidos apresentem novamente as propostas, iniciando um processo seletivo. Ao final da análise da ANTAQ quanto ao impedimento locacional, as propostas serão novamente submetidas ao crivo do Poder Concedente (art. 32, Decreto nº 8.033/2013).

Assim, para que um particular atue sob as regras de direito privado (por uma autorização) ocorre um processo mais complexo que a mera checagem de requisitos e posterior anuência estatal, o que permite afirmar que as autorizações portuárias não se confundem com aquelas que são meramente declaratórias.

Este entendimento é defendido por Egon Bockmann Moreira, o qual entende que as autorizações mencionadas no art. 21 da Constituição Federal não são, nem poderiam ser, as mesmas autorizações mencionadas na redação de seu art. 170, parágrafo único. Para o autor, estas sim correspondem ao que se compreende como autorizações tradicionais do direito administrativo, pois se vinculam à ideia de livre iniciativa, sendo um ato administrativo unilateral e precário.³⁰⁷

Diferente é o caso da atuação de agentes privados em setores relacionados à atuação do próprio Poder Público. Como resultado de uma análise das autorizações portuária, somente poderia dizer-se que estas são constitutivas, pois ditam com especificidades a forma da atuação do particular.

Assim, ainda de acordo com Egon Bockmann Moreira seria necessário afastar-se da confusão de significados entre as figuras de autorizações mencionadas

§ 1º Eliminado o impedimento locacional após a reformulação prevista no inciso II do caput, as propostas deverão ser novamente submetidas à aprovação do poder concedente, que poderá autorizar as instalações portuárias na forma do art. 31.

§ 2º Mantido o impedimento locacional após a reformulação prevista no inciso II do caput, caberá à Antaq promover processo seletivo público para seleção da melhor proposta.

§ 3º A Antaq disciplinará os procedimentos e prazos para realização do processo seletivo público de que trata este artigo.

§ 4º Será exigida garantia de execução do autorizatário apenas no caso de realização de processo seletivo público, na forma estabelecida pelas normas da Antaq.” BRASIL, Decreto nº 8.033, de 27 de junho de 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/Decreto/D8033.htm . Acesso em 13/11/17.

³⁰⁷ MOREIRA, Egon Bockmann. Portos Brasileiros e seus regimes jurídicos. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.) *Portos e seus regimes jurídicos*: a Lei nº 12.815/2013 e seus desafios. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 60-62.

constitucionalmente (art. 21 e art. 170, parágrafo único) e aceitar que a interpretação deste instituto jurídico não precisa ser apenas aquela avinda do racional clássico.³⁰⁸

Como consequência do formato da autorização que foi construído no Novo Marco Legal, parte da doutrina acredita que o excesso de contorno dado à atividade de um agente privado, em regime privado, não são compatíveis com a ideia de uma autorização. Dessa forma, as exigências estipuladas pela regulação portuária para a obtenção e posterior exploração da autorização seriam exacerbadas.

Tendo em vista que se trata de um setor onde foi prevista a assimetria regulatória, a fim de ser estimulada a concorrência na prestação dos serviços, no item que segue esta questão será abordada com maior detalhe.

4.3.1.1 Os moldes da autorização portuária

Dado que a atual Lei dos Portos tem como um de seus objetivos incentivar a competição no setor portuário, e muito pela entrada de agentes privados, é interessante visitar algumas das ponderações que têm sido feitas pela doutrina especializada e pelo setor privado no que tange à obtenção de uma autorização.

Conforme já mencionado anteriormente, algumas formalidades referentes às autorizações já se encontravam presentes na legislação anterior (e.g formato de contrato de adesão e a presença de cláusulas indispensáveis), o que é razoável, tendo em vista que o setor portuário é um ambiente estratégico, seus serviços podem ser considerados complexos. Além desses fatores, vale lembrar que é possível que as áreas portuárias apresentem limitações geográficas, as quais podem comprometer a viabilidade de expedição de autorizações para todos os interessados que atendam aos requisitos previstos na regulação.

³⁰⁸ “Com a devida licença pelo jogo de palavras e números, é preciso dissociar as autorizações do século XIX das autorizações do art. 21 – estas, sim, apropriadas ao Direito Administrativo deste século XXI. Afinal, não mais vivemos no Estado Liberal oitocentista, em que as pessoas privadas eram definitivamente proibidas de ingressar no setor público da economia (e, se excepcionalmente o fizessem, só haveria duas modalidades a permitir essa extravagância: a concessão e a permissão de serviços públicos). Em suma, talvez seja mais adequada a interpretação constitucional a partir da própria Constituição – e não por meio de lentes cognitivas de outro séculos.” MOREIRA, Egon Bockmann. *Portos Brasileiros e seus regimes jurídicos*. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.) *Portos e seus regimes jurídicos: a Lei nº 12.815/2013 e seus desafios*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 62.

Entretanto, alguns postulam que a nova regulação dos portos excedeu-se quanto aos critérios necessários para a outorga de uma autorização a um particular, conforme se verá adiante. E muito desta crença se relaciona ao posicionamento de que as autorizações portuárias seriam a representação de um instrumento de exploração de atividade econômica regulada, o que afastaria exigências que são comumente associadas à prestação de serviços públicos.

Considerando que o presente trabalho, desde o início, se pautou na corrente que defende a possibilidade de prestação de serviços públicos sob o regime privado, e, portanto, por meio de autorização, não existiria uma resposta categórica no sentido de que toda vez que estivermos diante de uma autorização tratar-se-ia obrigatoriamente de uma atividade econômica – regulada no caso dos portos brasileiros.

Como resultado disso, restaria a dúvida se as autorizações portuárias são instrumento de exploração de uma atividade econômica regulada ou se seriam estas a instrumentalização da oferta de um serviço público por meio de um regime privado.

Diante deste questionamento, é fundamental trazer à baila as palavras de Alexandre Santos de Aragão e Carolina Barros Fidalgo. Segundo estes, diante da interpretação da constituição, a figura da autorização pode servir a ambas as hipóteses (atividade econômica ou serviço público), dado que ao legislador ordinário teria sido concedida – constitucionalmente – a discricionariedade para a determinação dos regimes de prestação dos serviços elencados no art. 21 da CF, dentre os quais se encontram os serviços portuários.³⁰⁹

Ainda segundos os autores, neste tipo de análise é preciso considerar que nem sempre o legislador ordinário usará os conceitos de direito da maneira com a qual a doutrina clássica o faz, devendo ser observado no detalhe da regulação do serviço em questão como lhe foi determinado seu regime jurídico.³¹⁰

³⁰⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de; FIDALGO, Carolina Barros. Regime jurídico da autorização portuária no Brasil: serviços públicos ou atividades privadas regulamentadas? *In*: RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno; FREITAS Rafael Verás de (Coord.). *A nova regulação da infraestrutura e da mineração: portos: aeroportos: ferrovias: rodovias*. Belo Horizonte. Fórum. p.159.

³¹⁰ Neste sentido: “Mas vale tecer uma advertência importante. Nem sempre o legislador escolherá os instrumentos jurídicos necessários à exploração de cada setor econômico observando a nomenclatura proposta pela doutrina prevalecente. Em direito, o rótulo é o que menos importa; o essencial é conhecer os termos, previstos por cada marco regulatório, que delinearão o regime jurídico de cada atividade. Em outras palavras, o importante é identificar a disciplina legalmente imposta à atividade. Não é pelo fato de a lei ou o regulamento se referir nominalmente a ‘autorização’ que, com em um passe de mágica, a atividade deixa de ser serviço público (ou monopólio público) para ser uma atividade privada.” ARAGÃO, Alexandre Santos de; FIDALGO, Carolina

E no caso dos serviços portuários, a opção do legislador ordinário não teria ficado clara, afastando a possibilidade de afirmar categoricamente qual seria a função da autorização portuária: prestação de um serviço público via regime privado ou se a exploração de atividade econômica regulada.³¹¹⁻³¹²

Assim sendo, é compreensível a postura daqueles que acreditam ser a autorização no setor portuário o instrumento de exploração de atividade econômica quando questionam se não haveria excesso de ônus regulatórios sobre os agentes privados.

Dito isso, é vital pontuar que o presente trabalho não tem como pretensão solucionar a divergência doutrinária que existe em relação às autorizações portuárias, mas analisar brevemente seu regramento, como foi feito no subitem anterior, e avaliar os pontos da atual regulação que foram levantados como questionáveis e que, por isso, poderiam se configurar como contraditórios para a competição no setor.

Um ponto que incitou discussões foi o da apresentação de garantias para a obtenção de autorização portuária, tendo sido ressaltados que as garantias previstas na regulação e poderiam onerar excessivamente o autorizatário. O art. 4º, §4º da Resolução ANTAQ nº 3.290/2014 estipula a necessidade de apresentação, pelo interessado em obter a autorização, a garantia de proposta no valor dos investimentos que se pretende realizar no terminal de uso privado.

Em relação a esta obrigação, parte da doutrina manifestou seu descontentamento. Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Rafael Verás de Freitas a apresentação de garantia

Barros. Regime jurídico da autorização portuária no Brasil: serviços públicos ou atividades privadas regulamentadas? *In*: RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno; FREITAS Rafael Verás de (Coord.). *A nova regulação da infraestrutura e da mineração: portos: aeroportos: ferrovias: rodovias*. Belo Horizonte. Fórum. p. 161-162.

³¹¹ “No caso concreto, a opção legislativa não foi clara. Muito embora se tenha, por um lado, feito alusão ao ‘uso privado’ dos terminais e se utilizado do instrumento de autorização como fundamento para a sua exploração, por outro, o legislador submeteu essa autorização a uma série de elementos típicos de serviço público [...]. Não se trata, evidentemente, de uma autorização clássica de polícia. Mas também não está claro se trata de uma forma de delegação de serviço público. **Em todo caso, nos parece que o que menos importa é o rótulo, mas perceber que a Constituição Federal atribuiu certa liberdade ao legislador federal pra disciplinar a matéria da forma que melhor atenda ao interesse público.**” (sem grifos no original). ARAGÃO, Alexandre Santos de; FIDALGO, Carolina Barros. Regime jurídico da autorização portuária no Brasil: serviços públicos ou atividades privadas regulamentadas? *In*: RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno; FREITAS Rafael Verás de (Coord.). *A nova regulação da infraestrutura e da mineração: portos: aeroportos: ferrovias: rodovias*. Belo Horizonte. Fórum. p. 177-178.

³¹² Neste sentido, destacam-se as palavras de Vitor Rhein Schirato: “Na hipótese específica do setor portuário, tem-se uma grande confusão, que leva à dificuldade de se responder o que é público e o que é privado. As infraestruturas privadas foram demasiadamente aproximadas dos serviços públicos” SCHIRATO, Vitor Rhein. *As infraestruturas privadas no novo marco setorial de portos*. *In*: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.) *Portos e seus regimes jurídicos: a Lei nº 12.815/2013 e seus desafios*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.p. 342.

de proposta não seria compatível com o regime de uma atividade privada regulada e a sua previsão teria origem a partir da Lei de Licitações (art. 31, III, Lei nº 8.666/1993).³¹³

Segundo os autores não haveria justificativas para tal previsão:

“Nem se diga que tal previsão visaria à exclusão dos chamados ‘aventureiros’ nos processo de Anúncio Público e de Chamada Pública. Para coibir a participação de tais agentes, melhor seria estabelecer requisitos de habilitação técnicas condizentes com o porte do empreendimento ou mesmo instituir um procedimento pretérito de pré-qualificação. O que se revela desproporcional é onerar todo o setor com essa garantia que não se coaduna com a lógica do regime.”³¹⁴

Ainda sobre este tema, Leonardo Coelho Ribeiro pontuou que a imposição do ônus de apresentação de garantia de proposta é incompatível com o racional do anúncio público a ser promovido pela Agência, visto que este serve para “apurar a viabilidade locacional do Terminal que o requerente quer construir e explorar, levando também em conta outros Terminais projetados para a mesma região geográfica e prevento a movimentação de um mesmo tipo de carga, por exemplo.”³¹⁵

Além da garantia de proposta, a regulação trazida pela Resolução ANTAQ nº 3.290/2014 ainda prevê a existência da garantia de execução do contrato.

Neste sentido, o art. 8º, parágrafo único da referida norma estipula a possibilidade de ser requerido ao interessado em obter a autorização, a garantia de proposta de execução do contrato do terminal de uso privado.

Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Rafael Verás de Freitas tal previsão se assemelha ao disposto no art. 56 da Lei de Licitações (Lei nº 8.666/1993), o qual teria como função assegurar a execução do contrato e evitar prejuízos ao erário público. Entretanto, os autores destacam que esta possível obrigação é exacerbada, posto que em caso de não cumprimento do contrato e surgimento de prejuízos, estes seriam suportados unicamente pelo autorizatário e não pela Administração.³¹⁶

³¹³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Verás de. *A nova regulação portuária*. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 99.

³¹⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Verás de. *A nova regulação portuária*. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 99.

³¹⁵ RIBEIRO, Leonardo Coelho. O novo marco regulatório dos portos: entre grandes objetivos e inadequadas exigência. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). *Portos e seus regimes jurídicos: a Lei nº 12.815/2013 e seus desafios*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p.131.

³¹⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Verás de. *A nova regulação portuária*. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 99-100.

De similar maneira se manifestou Leonardo Cordeiro Ribeiro, segundo o qual não haveria cabimento para tal exigência. De acordo com este autor, quaisquer descumprimentos na execução do cronograma do contrato que venham a resultar em prejuízos serão suportados integralmente pelo agente privado. Além disso, não deveria existir a preocupação com o adimplemento do particular, tendo em vista que este não se trata de um prestador de serviço público.

Para Leonardo Cordeiro Ribeiro, o regime jurídico da autorização é o privado e, portanto, o interesse público não se sobrepõe ao do particular, devendo ambos interesses estarem lado a lado. O autor ainda destaca que, os serviços prestados por um Terminal Privado tratam-se de exercício de atividade econômica, na qual o particular assume os riscos do empreendimento. Assim, seria *confuso* o Estado atribuir ao agente privado uma obrigação que é de praxe atribuída àqueles que participam de licitações.³¹⁷

Sobre o ônus regulatório da apresentação das garantias mencionadas acima, Gabrielle Santos Cordeiro afirma que estas, juntamente com outras obrigações previstas na nova regulação dos portos encarecem os custos dos empreendimentos, o que desaceleraria os investimentos nos Terminais Privados. Tal constatação iria contra a própria intenção do Governo com a aprovação da Lei nº 12.815/2013, o qual tem como uma de suas justificativas impulsionar os investimentos privados no setor.³¹⁸

Em relação aos entendimentos acima expostos, vale comentar que por um lado entende-se que a exigência de garantias a uma autorização poderia ser interpretada como desproporcional e até capaz de encarecer o procedimento para a obtenção desta desestimulando a entrada de os novos agentes – algo ruim para a promoção de concorrência no setor.

Por outro lado, não parece de todo desarrazoado que exista uma preocupação do regulador no que diz respeito à prestação do serviço portuário, principalmente quando consideramos que o agente que teve expedida a autorização em seu nome pode ter sido o único habilitado em virtude de limitações locais. Nesse segundo cenário, a

³¹⁷ RIBEIRO, Leonardo Coelho. O novo marco regulatório dos portos: entre grandes objetivos e inadequadas exigências. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). *Portos e seus regimes jurídicos: a Lei nº 12.815/2013 e seus desafios*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 132-134.

³¹⁸ CORDEIRO, Gabrielle Santos. Desafios jurídicos ao investimento da iniciativa privada em terminais de uso privado. In: RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno; FREITAS Rafael Verás de (Coord.). *A nova regulação da infraestrutura e da mineração: portos: aeroportos: ferrovias: rodovias*. Belo Horizonte. Fórum. p. 190-191.

concorrência também correria o risco de ser prejudicada, posto que a atuação de fato por um maior número de agentes privados é justamente um dos objetivos do atual marco legal.

Ainda sobre essa discussão, vale destacar que, recentemente, quando foi alterada parte da redação do Decreto nº 8.033/2013, a questão dos ônus relacionados à apresentação de garantias recebeu alterações. Ao art. 32 do referido decreto foi adicionado novo parágrafo, no qual consta que a exigência da garantia de execução somente ocorrerá “no caso de realização de processo seletivo público, na forma estabelecida pelas normas da Antaq”.

Diante da alteração promovida nesse ponto do Decreto nº 8.033/2013, percebe-se que a possibilidade de ser exigida a apresentação de garantia de execução foi afastada para os casos em que não há uma disputa entre os interessados a obter a autorização. Fato que pode ser interpretado como sinal de que há uma preocupação em aproveitar da melhor forma possível um local que pode ser limitado geograficamente. Afinal, se for possível autorizar uma série de agentes para uma mesma área a incapacidade eventual de parte deles em honrar a execução do contrato não seria de todo preocupante.

Ainda sobre o tema das garantias, segundo a própria ANTAQ, essa alteração, dentre outras que foram operadas na regulamentação da atual Lei dos Portos desde o início da sua vigência, implicará na já mencionada revisão da Resolução ANTAQ nº 3.290/2014.³¹⁹

De toda forma, a confirmação se as garantias exigidas de fato oneram muito os interessados e desestimulam a promoção da concorrência apenas poderá ser verificada ao longo dos anos ao ser analisado se o número de autorizações expedidas tem aumentado ou não.

Vale ainda mencionar outro ponto da regulamentação da autorização portuária que incita discussões: o prazo para início das atividades. A redação original do art. 26, §1º do Decreto nº 8.033/2013 estipulava que “o início da operação da instalação portuária deverá ocorrer no prazo de três anos, contado da data de celebração do contrato de adesão, prorrogável uma única vez, por igual período, a critério do poder concedente”.

A Associação de Terminais Portuários Privados (“ATP”) quando das discussões que tratavam da revisão do referido decreto manifestou-se pela necessidade de ser revisto tal

³¹⁹ ANTAQ. *Decreto nº 9.048/2017 impactos para o setor portuário*. Disponível em: <http://portal.antaq.gov.br/wp-content/uploads/2017/06/Palestra-Dec-9048-impactos.pdf>. Acesso em 03/12/17.

dispositivo.³²⁰ A obrigação de serem as atividades executadas nos terminais de uso privado iniciadas num prazo específico não foi afastada, mas houve modificação na redação, passando este de três anos para cinco.

Interessante pontuar que há entendimento no sentido de ser tal ônus compreensível. Assim se posicionaram Caio Cesar Figueiroa e André de Castro Carvalho quanto ponderaram que, apesar deste refletir a forte intensidade da regulação estatal no que tange às autorizações,

“O modelo coibiria riscos derivados por poder econômico como no caso em de concorrentes adquirirem a autorização tão somente com o intuito de bloquear o acesso ao concorrente direto de construir terminal em torno de suas proximidades. Ao mesmo tempo, este modelo permite evitar o jogo de ‘especulação das autorizações, dando a oportunidade para a criação de um mercado paralelo para comercialização destes títulos.”³²¹

Mais uma vez, ao que parece, a imposição de uma obrigação relacionada à figura da autorização, por mais que não seja comum ao ideário que envolve este instituto, parece que a preocupação do regulador é justamente garantir que o autorizatário de fato oferte os serviços e que não tenha apenas obtido a autorização por questões estratégicas ou obscuras.

Vale ainda pontuar que a redação do Decreto nº 8.033/2013, após a alteração promovida em 2017, prevê que o prazo para o início das operações pode ser prorrogado, sem indicar pré-definidamente qual seria esse período. A nosso ver, essa medida confere uma maleabilidade ao agente privado, o qual, se necessário, poderá pleitear à autoridade a prorrogação do início de suas atividades de forma a atender suas necessidades.

A partir dos entendimentos veiculados nesse item, pretendeu-se demonstrar que não há um entendimento pacífico sobre a razoabilidade das características atribuídas à autorização portuária no atual marco legal.

Apesar disso, do ponto de vista deste trabalho, o que é relevante – independente dos rótulos dados aos instrumentos de exploração dos serviços portuários – é indagar, neste capítulo, se as escolhas do legislador ordinário foram capazes de viabilizar maior entrada de agentes privados no setor e, portanto, estimularam a concorrência.

³²⁰ ASSOCIAÇÃO DE TERMINAIS PORTUÁRIOS PRIVADOS - ATP. *Relatório anual 2016*. Disponível em: <http://www.portosprivados.org.br/files/RELATORIO-ATP.pdf>. Acesso em 03/12/17.

³²¹ FIGUEIROA, Caio Cesar; CARVALHO, André Castro. A nova lei de portos e a valorização da concorrência nos serviços públicos. In: PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach. *Direito portuário brasileiro: lei 12.815, porto organizado, poligonal, arrendamento e autorização, arbitragem*. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 253.

Nos próximos subitens serão tratados os demais instrumentos previstos legalmente para exploração dos portos brasileiros: as concessões e os arrendamentos.

4.3.2 A concessão do Porto Organizado

De acordo com o que já foi indicado neste trabalho, a concessão é uma das formas previstas constitucionalmente para a exploração dos portos brasileiros (art. 21, XII, 'f', da CF).

A atual Lei dos Portos prevê em seu art. 1º, §1º que a exploração indireta do porto organizado e das instalações nele localizadas ocorrerá via concessão ou arrendamento – que será tratado a seguir – do bem público. As características desses dois instrumentos de exploração portuária encontram-se disciplinados juntos no Capítulo II, Seção I “Da Concessão de Porto e do Arrendamento de Instalação Portuária.”³²²

Além da Lei nº 12.815/2013, o Decreto nº 8.033/2013 disciplina as concessões portuárias. Fora estas normas específicas, a ANTAQ igualmente compõe a regulação deste tipo de instrumento de exploração dos portos. Entretanto, vale rememorar, que às licitações das concessões portuárias são também aplicadas, mesmo que subsidiariamente, a outras três leis, conforme se encontra previsto no art. 66 da lei nº 12.815/2013: (i) Lei nº 12.462/2011, que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas; (ii) Lei nº 8.987/1995, a qual disciplina sobre as concessões e permissões para prestação de serviços públicos; e (iii) Lei nº 8.666/1993, mais conhecida como Lei de Licitações.

No que diz respeito à atual Lei dos Portos, a redação de seu art. 4º estipula que a concessão se dará a partir da realização de licitação e posterior assinatura de contrato. Essa lei também dispõe, em seu art. 5º, as cláusulas que são de presença obrigatória nos contratos de concessão, os quais vão desde a delimitação do objeto aos critérios para a avaliação da qualidade do serviço prestado.

Já os critérios para a avaliação das propostas apresentadas na licitação estão previstos, de forma mais breve, no art. 6 da Lei nº 12.815/2013, constando que poderão ser analisados – isolada ou de forma combinada – a maior capacidade de movimentação, a

³²² BRASIL. Lei 12.815, de 5 de junho de 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112815.htm . Acesso em 14/11/17.

menor tarifa ou o menor tempo de carga. Este dispositivo ainda faculta que o edital inclua outros elementos de avaliação.

A mesma temática é abordada com maior detalhe pelo Decreto nº 8.033/2013, no art. 9º. A lógica de aplicação dos critérios segue a regra prevista na Lei nº 12.815/2013, podendo os mesmos ser aplicados sozinhos ou combinados, a saber: (i) maior capacidade de movimentação; (ii) menor tarifa; (iii) menor tempo de movimentação de carga; (iv) maior valor de investimento; (v) menor contraprestação do poder concedente; (vi) melhor proposta técnica de acordo com os critérios estabelecidos; (vii) maior valor de outorga.

Segundo Giovanna Mayer, a inclusão destes novos itens na avaliação das propostas evidenciaria a intenção do legislador em incluir o critério da eficiência, o que estaria de acordo com a proposta de superar os gargalos deste setor da infraestrutura brasileira.³²³

Outro ponto relevante da disciplina das concessões na atual Lei dos portos é a previsão de seu art. 7º, no qual consta a possibilidade da ANTAQ, em caráter excepcional, disciplinar a utilização, por qualquer interessado, das instalações portuárias que sejam exploradas pela concessionária. Isto é claro, mediante a remuneração adequada do titular do contrato.

Além destes pontos, cumpre destacar que a concessão não envolve apenas a exploração da área do Porto Organizado, mas inclui-se também no objeto deste contrato a assunção de funções administrativas por parte do concessionário, conforme previsto no Decreto nº 8.033/2013 em seu art. 20.³²⁴

Dessa forma, a concessão demanda, além da prestação dos serviços portuário, a gestão da infraestrutura e a garantia de fornecimento de suporte e das utilidades que sejam consideradas necessárias para a execução da atividade de transporte marítimo ou hidroviário.

³²³ Sobre a inserção do critério de eficiência em relação aos contratos de concessão portuária ainda destaca-se que: “Pode-se concluir, portanto, que há um critério legal de eficiência da prestação de serviço portuário. Tais critérios não devem servir apenas para balizar a contratação; devem ser a diretriz na prestação de serviço.” MAYER, Giovanna. Notas sobre o regime dos portos brasileiros. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.) *Portos e seus regimes jurídicos: a Lei nº 12.815/2013 e seus desafios*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 104-105.

³²⁴ “Art. 20. 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 portuárias, vedada a sua exploração direta; ou
III - o desempenho, total ou parcial, das funções de administração do porto, vedada a exploração das instalações portuárias.” BRASIL, Decreto nº 8.033, de 27 de junho de 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2013/Decreto/D8033.htm . Acesso em 13/11/17.

Vale ainda destacar que o concessionário ainda será o responsável pela interação com os arrendatários ³²⁵

Além disso, é pertinente trazer a reflexão de Floriano de Azevedo Marques Neto sobre as concessões portuárias. Para o autor, neste setor os interesses envolvidos são complexos, dado que ultrapassam aqueles oriundos do concessionário e do Poder Concedente. Como sabido, os serviços portuários não tem como usuário direto o cidadão, este é impactado indiretamente “na medida em que colhe os benefícios de um comércio internacional pujante tanto no prisma das exportações (geração de emprego, renda, atividade econômica) como no das importações (mais diversidade de produtos, mais competição entre fornecedores, contenção inflacionária).”³²⁶

Desta forma, cumpre ter em mente quando se trata das concessões dos portos brasileiros que as decisões tomadas reverberam na sociedade como um todo, devendo, portanto, o aspecto global da eficiência do setor ser continuamente acompanhado. Mas não somente. Se os benefícios decorrentes do desenvolvimento dos portos brasileiros beneficiam a população como um todo, certamente resultados negativos a prejudicam de igual maneira. Assim sendo, a atuação dos concessionários igualmente deve ser acompanhada a fim de evitar a propagação de prejuízos à sociedade.

Por fim, no que tange à concessão, vale pontuar que a alteração promovida na redação do Decreto nº 8.033/2013, pelo Decreto nº 9.048/2017, incluiu o aumento da duração dos contratos, passando de 25 (vinte e cinco) para 35 (trinta e cinco) anos e a possibilidade das prorrogações ocorrerem sucessivas vezes até que seja atingido o prazo máximo de 70 (setenta) anos.³²⁷

4.3.3 O arrendamento portuário

O arrendamento portuário encontra-se previsto na Lei nº 12.815/2013, em seu art. 1, §1º como uma das hipóteses de exploração indireta do Porto Organizado. Ainda segundo

³²⁵ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Concessões portuárias. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.) *Portos e seus regimes jurídicos*: a Lei nº 12.815/2013 e seus desafios. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 266.

³²⁶ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Concessões portuárias. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.) *Portos e seus regimes jurídicos*: a Lei nº 12.815/2013 e seus desafios. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 272.

³²⁷ BRASIL. Decreto nº 9.048 de 10 de maio de 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2015-2018/2017/Decreto/D9048.htm#art1 . Acesso em 03/12/17.

a referida norma, o arrendamento pode ser definido como uma cessão de área e infraestrutura públicas, que sejam localizadas dentro do Porto Organizado, para exploração por prazo determinado (art. 2º, XI).³²⁸

Uma rápida análise da atual Lei dos Portos evidencia a similaridade de tratamento entre os arrendamentos e as concessões. A Lei nº 12.815/2013, em seu Capítulo II “Da exploração dos portos e instalações portuárias”, na Seção I, disciplina estes dois instrumentos legais conjuntamente, em decorrência de esses serem muito próximos.

Dessa maneira, para a formalização do arrendamento é também necessária a prévia realização de licitação e posterior assinatura de contrato (art. 4º, Lei nº 12.815/2013). A regulação, assim como apontado no subitem que trata da concessão, estipula previamente quais são as cláusulas indispensáveis para o contrato de arrendamento (art. 5º, Lei nº 12.815/2013).

Assim, destaca-se que no art. 5º, encontram-se, por exemplo, previsões sobre as tarifas a serem aplicadas e seus critérios de revisão e reajuste (art. 5º, IV), reversibilidade dos bens (art. 5º, VIII), direitos e garantias do contratado – inclusive no que tange a futuras necessidades de alteração e expansão da atividade - (art. 5º, IX)

Vale pontuar que nas licitações para os arrendamentos, a escolha da melhor proposta segue o mesmo racional da concessão (art. 6º, Lei nº 12.815/2013). Por consequência, os critérios de eficiência, mencionados no subitem anterior deste trabalho (e.g. maior capacidade de movimentação, menor tarifa, menor tempo para movimentar carga) também são aplicados aos interessados em obter um arrendamento portuário.

A atual Lei dos Portos também estipulou para esse instrumento de exploração portuária a possibilidade de ser disciplinado pela ANTAQ o uso, em caráter excepcional, por qualquer interessado, das instalações arrendadas. Esta previsão salvaguarda o direito do cedente ser remunerado adequadamente (art. 7º, Lei nº 12.815/2013). Pertinente comentar que não se encontra definido na referida lei ou no Decreto nº 8.033/2013 o que seria considerável uma “remuneração adequada”.

³²⁸ BRASIL. Lei 12.815, de 5 de junho de 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/12815.htm . Acesso em 14/11/17.

Ademais dos regramentos previstos na Lei nº 12.815/2013, o Decreto nº 8.033/2013 traz maiores detalhamentos do arrendamento, a partir de seu art. 5ª, também em conjunto com as regras para as concessões portuárias.³²⁹

Em relação à duração dos contratos de arrendamento, o referido Decreto prevê que estes poderão ter como prazo até 35 anos, prorrogáveis, respeitado o limite máximo de 70 (setenta anos), conforme previsto na redação do art. 19. Ainda sobre duração dos contratos, consta nessa norma, a possibilidade de prorrogação antecipada dos contratos de arrendamento que tenham sido firmados sob a vigência da legislação anterior, a critério do Poder Concedente (art. 19-A).

Assim como indicado do item anterior, onde foi tratada a concessão portuária, o referido prazo contratual máximo e a possibilidade de serem promovidas sucessivas prorrogações até limite permitido são resultados da alteração promovida na redação do Decreto nº 8.033/2013, pelo Decreto nº 9.048/2017.³³⁰

No âmbito da ANTAQ, especificamente, devem ser mencionadas a existência de duas normas que versam sobre os arrendamentos portuários, são elas: (i) a Resolução ANTAQ nº 3.220/2014 e (ii) a Resolução Normativa ANTAQ nº 07/2016. A primeira delas tem como “objeto estabelecer procedimentos para a elaboração de projetos de arrendamentos e definir a metodologia de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de arrendamento de áreas e instalações portuárias nos portos organizados.”³³¹ Já a segunda, aprova a norma que “regula a exploração de áreas e instalações portuárias sob gestão da Administração do Porto, no âmbito dos Postos Organizados”.³³²

Apesar da referência feita a essas duas normas oriundas da ANTAQ, é preciso destacar que após as alterações promovidas no Decreto nº 8.033/2013, pelo Decreto nº 9.048/2017, a própria Agência já manifestou a necessidade de serem promovidas revisões.³³³

³²⁹ BRASIL. Decreto nº 8.033 de 27 de junho de 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/Decreto/D8033.htm. Acesso em 16/11/17.

³³⁰ BRASIL. Decreto nº 9.048 de 10 de maio de 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Decreto/D9048.htm#art1. Acesso em 03/12/17.

³³¹ ANTAQ. Resolução nº 3.220 de 8 de janeiro de 2014. Disponível em: <https://antag.wordpress.com/2015/10/02/3220-14/>. Acesso em 16/11/17.

³³² ANTAQ. Resolução Normativa nº 07 de 31 de maio de 2016. Disponível em: <https://antag.wordpress.com/2016/06/02/resolucao-normativa-no-07-2016/>. Acesso em 20/11/17.

³³³ ANTAQ. *Decreto nº 9.048/2017 impactos para o setor portuário*. Disponível em: <http://portal.antag.gov.br/wp-content/uploads/2017/06/Palestra-Dec-9048-impactos.pdf>. Acesso em 03/12/17.

Por fim, no quesito de normativas aplicáveis aos arrendamentos portuários pontua-se que às licitações aplicam-se, mesmo que subsidiariamente, a outras três leis, conforme se encontra previsto no art. 66 da lei nº 12.815/2013: (i) Lei nº 12.462/2011, que intuiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas; (ii) Lei nº 8.987/1995, a qual disciplina sobre as concessões e permissões para prestação de serviços públicos; e (iii) Lei nº 8.666/1993, mais conhecida como Lei de Licitações.

Tendo sido apresentadas as normas que disciplinam o arrendamento portuário e mencionadas as similaridades presentes na Lei nº 12.815/2013 e no Decreto nº 8.033/2013 em relação às concessões portuárias, vale destacar que apesar de serem estes dois instrumentos a representação de cessão onerosa pra exploração indireta de bem público, no caso do arrendamento portuário a cessão é de área parcial, nesse sentido:

“Dentro da Área do Porto Organizado pode haver vários tipos de formas de prestação de serviço. A mais notória e conhecida é a concessão de serviço público, vinculada a determinadas instalações e terrenos. No entanto, pode ocorrer – e geralmente ocorre – de a concessão não abarcar toda a área do porto organizado, ou mesmo de o concessionário não querer explorar determinada área que lhe competia. Abre-se espaço, portanto, para os terminais privativos ou arrendamentos. As áreas do porto organizado não utilizadas pelo concessionário principal podem ser exploradas mediante arrendamento. Esse é o título que autoriza o uso do bem público. Essa utilização do bem público pode ocorrer para a instalação de armazéns ou para a construção de terminais privados.” (sem grifos no original)³³⁴

O arrendamento portuário volta-se, portanto, ao aproveitamento de área localizada dentro do Porto Organizado que não esteja sendo aproveitada.

Ainda sobre este instrumento de exploração portuária, é interessante trazer o entendimento da doutrina especializada em relação à sua natureza. Dados os contornos previstos na presente regulamentação, são diversas as interpretações no sentido de serem os arrendamentos portuários, na prática, uma espécie de subconcessão.

Apenas para contextualizar, a subconcessão é um instituto previsto no art. 26 da Lei de Concessões (Lei nº 8.987/1995), a partir do qual o poder concedente permite que o

³³⁴ MAYER, Giovanna. Notas sobre o regime dos portos brasileiros. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.) *Portos e seus regimes jurídicos: a Lei nº 12.815/2013 e seus desafios*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 105.

concessionário delegue a execução do serviço em tela ou apenas parte dele para um terceiro.³³⁵

Neste sentido, é relevante trazer a reflexão de Marçal Justen Filho sobre os arrendamentos portuários. Para o autor o arrendamento é, rigorosamente, um instrumento para cessão onerosa de bem público que visa à exploração por um particular para fins privados. O bem arrendado pode ser visto de duas formas, como sendo instrumental para a prestação de serviços públicos ou como sendo necessário para a prestação do serviço público. Para demonstrar a diferença entre as duas finalidades deste instrumento, “considere-se o arrendamento de um terminal público, para prestação de atividades portuárias sob regime de serviço público, que não se confunde com o arrendamento de um imóvel na área portuária pra a implantação de um restaurante.”³³⁶

Assim, quando se observa a atual Lei dos Portos e constata-se que há previsão de mesmo regime jurídico para concessões e arrendamentos resta a impressão de que estamos a tratar do primeiro exemplo dado por Marçal Justen Filho, ou seja, da prestação de um serviço público como se fosse uma subconcessão.

De igual maneira se manifestam Dinorá Adelaide Musetti Grotti e Cristiana Maria Melhado Araujo Lima:

“A natureza jurídica do arrendamento é semelhante à da subconcessão de serviço público, restando este reforçado pelos novos dispositivos que traçam um mesmo regime jurídico aos arrendamentos de bem público e concessões do porto organizado, sem vislumbrarmos grandes reflexos na introdução do termo ‘bem público’ à denominação do instituto.”³³⁷

E igualmente neste sentido, postula Floriano de Azevedo Marques Neto:

“Apesar das mudanças legislativas, sigo entendendo que o arrendamento portuário mais se aproxima de uma figura especial de subconcessão do que do instituto jurídico de mesmo nome existente no direito privado. O caráter

³³⁵ “Art. 26. É admitida a subconcessão, nos termos previstos no contrato de concessão, desde que expressamente autorizada pelo poder concedente.

§ 1º A outorga de subconcessão será sempre precedida de concorrência.

§ 2º O subconcessionário se sub-rogará todos os direitos e obrigações da subconcedente dentro dos limites da subconcessão.” BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987compilada.htm. Acesso em 06/01/18.

³³⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. O regime jurídico das atividades portuárias e seus reflexos sobre a delimitação do porto organizado. In: PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach. *Direito portuário brasileiro: lei 12.815, porto organizado, poligonal, arrendamento e autorização, arbitragem*. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 301.

³³⁷ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti; Lima, Cristiana Maria Melhado Araujo. Diferenças entre terminais portuários de uso público e de uso privado. In: PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach. *Direito portuário brasileiro: lei 12.815, porto organizado, poligonal, arrendamento e autorização, arbitragem*. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p.164.

de subconcessão fica ainda mais claro quando cotejamos a definição legal de concessão portuária com a de arrendamento portuário, pois ambas são definidas como ‘cessão’, mas a primeira é a cessão do todo (porto organizado), enquanto que a segunda é a ‘cessão’ da parte: ‘infraestruturas públicas localizadas dentro do porto organizado.’³³⁸

Dessa forma, resta apresentada a figura do arrendamento portuário, o qual consta como um dos três instrumentos legais de exploração portuária, sendo cabível no caso de cessão de parte da área do Porto Organizado e, portanto, atraente da incidência das regras pertinentes ao regime público.

4.4 A REGULAÇÃO FEITA PELA ANTAQ

Conforme abordado no item 2.2.1 do presente trabalho a ANTAQ é a agência reguladora especializada na questão portuária no Brasil. Sua criação deu-se pela Lei nº 10.233/2001 e tem como um de seus propósitos promover a concorrência no setor.

Apesar da sua relevância, cabe lembrar mais uma vez que não é competência da Agência formular as políticas a serem implementadas nos portos brasileiros. Além disso, vale a lembrança de que a Lei nº 12.815/2013 e o Decreto nº 8.033/2013 retiraram importante prerrogativa das mãos da ANTAQ, a de figurar como Poder Concedente nos contratos firmados com os agentes atuantes na exploração indireta do setor.

Assim, de acordo com a lei de sua criação, a Agência é responsável pela promoção dos mais variados estudos (e.g. estudos de demanda e estudos para definição de tarifas), apresentação de proposta de plano geral de outorgas, elaborar e alterar as normas e regulamentos que dispõem sobre a prestação dos serviços e à exploração da infraestrutura envolvida, elaborar editais e instrumentos de convocação para os procedimentos de licitação e para as seleção para concessão, arrendamento ou autorização e fiscalizar o funcionamento e a prestação dos serviços, bem como a execução dos contratos.

Especificamente no âmbito da proteção e estímulo da concorrência, questão que será vista mais adiante, a Lei nº 10.233/2001, em seu art. 27, IV, na qual são listadas as atribuições da ANTAQ destaca que esta deverá: “elaborar e editar normas e regulamentos

³³⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Concessões portuárias. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.) *Portos e seus regimes jurídicos: a Lei nº 12.815/2013 e seus desafios*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 265.

relativos à prestação de serviços de transporte e à exploração da infraestrutura aquaviária e portuária, garantindo isonomia no seu acesso e uso, assegurando os direitos dos usuários e fomentando a competição entre os operadores;”³³⁹

Dessa forma, contata-se que desde a criação da ANTAQ, a formulação de uma regulação que preserve os direitos dos usuários e que, ao mesmo tempo, possa fomentar a concorrência entre os operadores, é uma obrigação legal. Neste sentido, destacam-se as palavras de Bernardo Strobel Guimarães e Mariana Almeida Kato:

“Como visto, o espectro de responsabilidades e competências da ANTAQ é bastante amplo – devendo atuar na proteção do mercado (e, conseqüentemente, na proteção da concorrência dele) em todos os aspectos do setor portuário. [...] Mas implica também o desenvolvimento de normas que tornem o funcionamento do setor portuário mais saudável. O que necessariamente impõe o acompanhamento dos preços e tarifas praticados, do atendimento aos usuários, da concorrência intra e extra portos e da propositura de medidas que visem a inibir falhas encontradas no setor e estimular práticas mais saudáveis de um modo geral.”³⁴⁰

No âmbito interno da organização da ANTAQ, é interessante destacar a presença de uma superintendência específica para as questões regulatórias. O Regimento Interno da Agência, aprovado pela Resolução ANTAQ nº 3.585/2014, disciplina a partir de seu art. 52 a Superintendência de Regulação, a qual se divide em três gerências: Gerência de Regulação Portuária, Gerência de Regulação da Navegação Marítima e Gerência de Regulação da Navegação Interior.³⁴¹

Entre as competências previstas à Superintendência de Regulação encontram-se (art.52):

“I – planejar, coordenar, analisar e submeter à Diretoria Colegiada da ANTAQ as matérias relacionadas com a elaboração e revisão de normas inerentes aos procedimentos de outorga, fiscalização e estudos, utilizando, sempre que couber, a metodologia de análise do impacto regulatório (AIR), bem como as atribuições de suas respectivas Gerências;
II – analisar as contribuições advindas das audiências públicas;
III – promover a integração com os órgãos relacionados com a defesa da ordem econômica e com demais autoridades afins à atividade portuária e de navegação marítima e interior interestadual e internacional;

³³⁹ BRASIL. Lei nº 10.233 de 5 de junho de 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10233.htm. Acesso em: 18/11/17.

³⁴⁰ GUIMARÃES, Bernardo Strobel; KATO, Mariana Almeida. Arrendamentos portuários: licitações proteção à concorrência e o direito dos arrendatários. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.) *Portos e seus regimes jurídicos*: a Lei nº 12.815/2013 e seus desafios. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 205.

³⁴¹ ANTAQ. Resolução nº 3.585 de 18 de agosto de 2014. Disponível em: <http://portal.antaq.gov.br/wp-content/uploads/2017/11/Regimento-Atual-Res.-Norm-13-e-4191.pdf>. Acesso em 17/11/17.

IV – elaborar, atualizar e revisar as normas de competência da ANTAQ, incluindo, sempre que couber, a análise do impacto regulatório; V – prover as Autoridades Portuárias de instrumentos para o acompanhamento do desempenho econômico-financeiro dos operadores portuários, integradamente com a Superintendência de Fiscalização e Coordenação das Unidades Regionais; e VI – elaborar e encaminhar a Agenda Regulatória Bienal da ANTAQ, em consonância com as superintendências afetas.”³⁴²

Sobre as atribuições acima listadas, vale destacar no inciso primeiro a previsão de realização de Análise de Impacto Regulatório (AIR), sempre que possível, quando da elaboração ou revisão de normas. Esta previsão é relevante, visto que a AIR funciona como embasamento para a adoção de uma medida regulatória por parte da Agência.

Segundo Rafael Vêras de Freitas e Sérgio Guerra este instrumento “tem os positivos efeitos de reduzir o número de exigências regulatórias repetidas; gerar previsibilidade das futuras regulações; contribui para avaliação da necessidade da própria intervenção regulatória; logo, se constitui como um procedimento que traz eficiência ao processo de tomada de decisão do regulador”.³⁴³

Tendo sido lembradas as competências gerais da ANTAQ do ponto de vista da produção de normas para a regulação da exploração das atividades portuárias, bem como apresentada, brevemente, a estrutura regulatória da Agência, será na sequência comentada a relação desta com a promoção da concorrência.

4.4.1 A postura da ANTAQ em relação à promoção da concorrência no setor

Como sabido, a infraestrutura portuária brasileira não é reconhecida por sua eficiência. Apesar de serem os portos figuras fundamentais para o comércio do país, conforme destacado no início deste trabalho, ainda são apontadas deficiências no setor.

³⁴² ANTAQ. Resolução nº 3.585 de 18 de agosto de 2014. Disponível em: <http://portal.antaq.gov.br/wp-content/uploads/2017/11/Regimento-Atual-Res.-Norm-13-e-4191.pdf>. Acesso em 17/11/17.

³⁴³ FREITAS, Rafael Vêras de; GUERRA, Sérgio. O modelo institucional do Setor Portuário: os institutos da Análise de Impacto Regulatório (AIR) e da Conferência de Serviços como mecanismos de equalização do controle político sobre as agências reguladoras. In: RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno; FREITAS Rafael Verás de (Coord.). *A nova regulação da infraestrutura e da mineração: portos: aeroportos: ferrovias: rodovias*. Belo Horizonte. Fórum. p. 95-119.

No contexto do advento da atual Lei dos Portos, a qual se iniciou com a aprovação da Medida Provisória nº 595/2012, foi defendida a importância estratégica do modal portuário e segundo a Exposição de Motivos apresentada junto à Medida Provisória este seria responsável por 95% (noventa e cinco por cento) do fluxo de comércio exterior do Brasil. Ainda segundo a Exposição de Motivos, seria relevante aperfeiçoar o marco regulatório, a fim de garantir maior competição no setor.³⁴⁴

Considerando este contexto e a previsão que consta na Lei nº 10.233/2001, art. 27, IV, a qual estipula como um dos deveres da ANTAQ a formulação de normas e regulamentos que fomentem a competição, resta registrada a importância da atuação da Agência.³⁴⁵

No já mencionado Regimento Interno da Agência (Resolução ANTAQ nº 3.585/2014), a temática da promoção da concorrência surge algumas vezes (art. 3º, II, “c”, art. 4º, IV e XLIV e art. 60 XXII).³⁴⁶

³⁴⁴ BRASIL. Medida Provisória nº 595, de 6 de dezembro de 2012, Exposição de Motivos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/Exm/EMI-12-A-SEP-PR-MF-MT-AGU-Mpv-595-12.doc. Acesso em 18/11/17.

³⁴⁵ Além da importância da ANTAQ honrar suas responsabilidades de fomentar a concorrência entre os operadores, vale lembrar que a Agência igualmente tem o compromisso legal de preservar a competição também em etapa anterior à exploração dos serviços portuários em si, trata-se do momento da licitação. Assim, é essencial que a ANTAQ igualmente adote medidas a fim de estimular a disputa entre os agentes interessados em atuar sob as regras do direito público. Neste sentido: “Porém, em uma perspectiva mais específica (de disciplina normativa de todo o setor portuário) é competência exclusiva da ANTAQ adotar, em seus procedimentos licitatórios e na celebração dos contratos e normas, instrumentos que estimulem a concorrência (Lei nº 10.233/2001, art. 28, II). Daí ser a ANTAQ que, no âmbito regulatório setorial, é a responsável imediata pela concorrência como medida de proteção do setor portuário e efetivação das normas regulatórias por ela expedidas com vistas assegurar a prestação do serviço público em conformidade ao exigido por lei.” GUIMARÃES, Bernardo Strobel; KATO, Mariana Almeida. Arrendamentos portuários: licitações proteção à concorrência e o direito dos arrendatários. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.) *Portos e seus regimes jurídicos: a Lei nº 12.815/2013 e seus desafios*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p.204-205.

³⁴⁶ “Art. 3º A ANTAQ tem por finalidades: [...]

II - regular, supervisionar e fiscalizar as atividades de prestação de serviços de transportes aquaviários e de exploração da infraestrutura portuária e aquaviária, exercida por terceiros, com vistas a: [...]

c) arbitrar conflitos de interesse e impedir situações que configurem competição imperfeita ou infração da ordem econômica.”;

“Art. 4º À ANTAQ compete: [...]

IV - exercer o poder normativo relativamente à prestação de serviços de transporte e à exploração da infraestrutura aquaviária e portuária, garantindo isonomia no seu acesso e uso, assegurando os direitos dos usuários, fomentando a competição entre os operadores e intensificando o aproveitamento da infraestrutura existente; [...]

XLIV - exercer, relativamente aos transportes aquaviários, as competências legais em matéria de controle, prevenção e repressão das infrações contra a ordem econômica, ressalvadas as cometidas aos órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC;”;

“Art. 60. Às Unidades Regionais compete, em suas respectivas áreas de jurisdição: [...]

XXII - identificar a prática de infração à ordem econômica e à livre competição, apurando os fatos e identificando os infratores;”

ANTAQ. Resolução nº 3.585 de 18 de agosto de 2014. Disponível em: <http://portal.antaq.gov.br/wp-content/uploads/2017/11/Regimento-Atual-Res.-Norm-13-e-4191.pdf>. Acesso em 17/11/17.

Entretanto, é apenas no art. 4º, IV, que se identifica a previsão de uma atuação regulatória voltada ao exercício do poder normativo da Agência para o fomento da competição entre os operadores, trazendo uma redação muito similar a do art. 27, IV. As demais previsões tratam de funções fiscalizadoras e punitivas diante da identificação de alguma infração aos princípios da ordem econômica que possam vir a se caracterizar como ofensa à competição.

A fim de tentar identificar nas ações normativas da Agência registros de promoção da concorrência, foi realizada pesquisa junto ao sistema integrado de pesquisa online disponibilizado pela ANTAQ, o “Sophia”.³⁴⁷ Por meio desta ferramenta, são passíveis de consulta todos os atos normativos publicados pela Agência. Tendo em vista a infinidade de resultados possíveis e considerando que este não é foco do presente trabalho, as buscas foram limitadas a partir das opções de delimitações existentes, sendo aplicado o filtro para a seleção das normas em vigor, excluindo assim aquelas já revogadas.

Foram eleitas quatro palavras chave para serem pesquisadas: (i) “concorrência”; (ii) “competição”; (iii) “competitividade”; e (iv) “fomento”.

Na primeira etapa de buscas, no campo intitulado “norma” foi selecionada a opção “Resolução Normativa”. Em relação aos vocábulos “competitividade” e “fomento” a pesquisa resultou em “nenhum registro encontrado”. Já para as expressões “concorrência” e “competição” houve a listagem de pouquíssimos resultados, não sendo nenhum deles relevantes.

Na segunda etapa da pesquisa, no campo intitulado “norma” foi selecionada a opção “Resolução”. Para a palavra chave “fomento”, o resultado foi igual ao anterior: “nenhum registro encontrado”. No caso da expressão competitividade, foram indicados resultados, sem que estes fossem considerados relevantes.

Diferente da primeira etapa, no segundo momento da pesquisa a busca pelo vocábulo “concorrência” trouxe 57 (cinquenta e sete) resultados e pelo vocábulo “competição” trouxe 135 (cento e trinta e cinco). Tendo em vista o número de normas em vigor que apontaram a presença dessas duas palavras chaves – “competição” e “concorrência” -, e considerando que o sistema “Sophia” da ANTAQ não viabiliza a aplicação de filtros que possam especificar ainda mais a pesquisa, optou-se por escolher uma

³⁴⁷ ANTAQ. *Sophia*. Disponível em: <http://sophia.antaq.gov.br> . Acesso em 18/11/17.

amostragem de 3 (três) normas mais recentes para cada uma destas, a fim de exemplificar como têm sido endereçadas estas questões.

Das resoluções selecionadas que possuem a expressão “concorrência”, relatam-se os seguintes resultados: (i) Resolução ANTAQ nº 5.168/2016, a qual a palavra concorrência surge apenas como espécie de validação de uma operação societária;³⁴⁸ (ii) Resolução ANTAQ nº 5.032/2016, “que dispõe sobre os direitos e deveres dos usuários, dos agentes intermediários e das empresas que operam nas navegações de apoio marítimo, apoio portuário, cabotagem e longo curso, e estabelece infrações administrativas” e que prevê a proibição de condutas que possam prejudicar a concorrência por parte dos operadores, bem como a penalidade prevista;³⁴⁹ e (iii) Resolução ANTAQ nº 5.010/2016, “que estabelece os novos procedimentos e critérios para a reversibilidade de bens nos Portos Organizados” e, na qual, a concorrência surge como procedimento para a venda de bens da União.³⁵⁰

No que diz respeito às resoluções selecionadas que possuem a expressão “competição”, relatam-se os seguintes resultados: (i) Resolução ANTAQ nº 5.630/2017, que prevê que a Superintendência de Regulação poderá atuar inclusive de ofício, para impedir

³⁴⁸ “Art. 1º Declarar em conformidade e concretizada a 3ª etapa da reorganização societária da empresa TCP Terminal de Contêineres de Paranaguá S.A., por ocasião da formalização do 10º Termo Aditivo ao Contrato de Arrendamento nº 20/98, considerando as análises técnicas levadas a cabo pela ANTAQ, que envolveu, dentre outros aspectos, os relativos à saúde financeira da Sociedade de Propósito Específico SPE TCP Participações S.A. e ao enquadramento concorrencial da operação.” ANTAQ. Resolução nº 5.168 de 20 de dezembro de 2016. Disponível em: http://sophia.antaq.gov.br/asp/download.asp?codigo=22850&tipo_midia=2&iIndexSrv=1&iUsuario=0&obra=19235&tipo=2&iBanner=0&iIdioma=0. Acesso em 19/11/17.

³⁴⁹ “Art. 5º Os transportadores marítimos e os agentes intermediários devem abster-se de práticas lesivas à ordem econômica por meio de atos sob qualquer forma manifestados, independentemente de culpa, que tenham por objeto ou possam produzir os efeitos, ainda que não alcançados, de limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa, dominar mercado relevante, aumentar arbitrariamente os lucros, ou exercer de forma abusiva posição dominante.” [...]

“Art. 7º As EBN de apoio marítimo e portuário devem abster-se de práticas lesivas à ordem econômica por meio de atos sob qualquer forma manifestados, independentemente de culpa, que tenham por objeto ou possam produzir os efeitos, ainda que não alcançados, de limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa, dominar mercado relevante, aumentar arbitrariamente os lucros, ou exercer de forma abusiva posição dominante.” [...]

“Art. 28. Constituem infrações administrativas de natureza grave: [...]

V - exercer prática comercial restritiva, cometer infração à livre concorrência ou outras infrações descritas no art. 5º ou art. 7º, respeitando o limite previsto na legislação específica sobre a matéria: multa de até R\$ 600.000,00 (seiscentos mil reais);” ANTAQ. Resolução nº 5.032 de 14 de outubro de 2016. Disponível em: http://sophia.antaq.gov.br/asp/download.asp?codigo=22355&tipo_midia=2&iIndexSrv=1&iUsuario=0&obra=18898&tipo=2&iBanner=0&iIdioma=0. Acesso em 19/11/17.

³⁵⁰ “Art. 19. A venda efetuar-se-á mediante concorrência, leilão ou convite, nas seguintes condições:

I - por concorrência, em que será dada maior amplitude à convocação, para bem avaliado até o limite previsto em lei; com publicação de resumo do edital no Diário Oficial da União, por 3 (três) vezes no mínimo, com intervalo de 7 (sete) dias; e prazo para a realização do certame, contado da primeira publicação, no mínimo, de 30 (trinta) dias; ANTAQ. Resolução nº 5.010 de 30 de setembro de 2016. Disponível em: http://sophia.antaq.gov.br/asp/download.asp?codigo=22219&tipo_midia=2&iIndexSrv=1&iUsuario=0&obra=18804&tipo=2&iBanner=0&iIdioma=0. Acesso em 19/11/17.

reajuste ou revisão de preço caso constatem-se indícios de competição imperfeita;³⁵¹ (ii) Resolução ANTAQ nº 4.262/2015, a qual estipula que o transporte nas navegações de cabotagem e longo curso e a operação nas navegações de apoio marítimo e apoio portuário será prestado em ambiente de livre e aberta competição;³⁵² e (iii) Resolução ANTAQ nº 3.708/2014, a qual correspondia a proposta de norma (posteriormente convertida na Resolução Normativa ANTAQ nº 07/2016) e resguardava o direito da ANTAQ de avaliar previamente transferências de controle societário ou de titularidade de arrendamento com vistas a preservar a competição.³⁵³

Evidente que o mapeamento acima comentado trata-se apenas de uma limitada amostragem das normas produzidas pela ANTAQ, a partir do qual se pretendeu compreender como a Agência aplicava sua prerrogativa de editar normas e regulamentos que fomentem a concorrência.

Mesmo que restrita, a pesquisa permite algumas conclusões: (i) a ANTAQ prevê a fiscalização de condutas prejudiciais à concorrência, bem como o diálogo institucional com o CADE; (ii) à ANTAQ é reconhecido o poder de análise diante de situações de alterações

³⁵¹ “Art. 4º Incluir os incisos XV e XVI ao art. 14 do Anexo da Resolução nº 1.274-ANTAQ, de 2009, que passa a vigorar com a seguinte redação: [...]”

XVI - enviar à ANTAQ, até o dia 30 de junho, as seguintes informações coletadas, por linha de navegação de travessia, referentes ao período de 1º de janeiro a 31 de dezembro do ano anterior, conforme a seguir especificado: [...]

c) a Planilha de Dados Operacionais, conforme modelo exposto no Anexo “G” desta resolução.

§1º A Superintendência de Regulação poderá, por iniciativa do interessado ou de ofício, suspender cautelarmente, em ato justificado, o reajuste ou revisão de preço comunicados, caso constatado indícios de situações que configurem competição imperfeita ou infração da ordem econômica, ou dúvida relevante sobre a efetiva transferência aos usuários dos custos e os benefícios econômicos pelos investimentos realizados, em regime de eficiência.” ANTAQ. Resolução nº 5.630 de 6 setembro de 2017. Disponível em: http://sophia.antaq.gov.br/asp/download.asp?codigo=24758&tipo_midia=2&iIndexSrv=1&iUsuario=0&obra=20688&tipo=2&iBanner=0&iIdioma=0 . Acesso em: 19/11/17.

³⁵² “Art. 14. O transporte nas navegações de cabotagem e longo curso e a operação nas navegações de apoio marítimo e apoio portuário pela empresa brasileira de navegação será exercida em regime de liberdade de preços dos serviços, tarifas e fretes e em ambiente de livre e aberta competição, conforme disposto nos artigos 43 e 45 da Lei nº 10.233, de 05 de junho de 2001, cabendo à ANTAQ reprimir toda prática prejudicial à competição, aos usuários, bem como o abuso do poder econômico.

Parágrafo único. A Agência, ao tomar conhecimento de fato que configure ou possa configurar infração à ordem econômica, deverá comunicá-lo ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE do Ministério da Justiça ou à Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, conforme o caso.” ANTAQ. Resolução nº 4.262 de 31 de julho de 2015. Disponível em: http://sophia.antaq.gov.br/asp/download.asp?codigo=18994&tipo_midia=2&iIndexSrv=1&iUsuario=0&obra=16407&tipo=2&iBanner=0&iIdioma=0 . Acesso em: 19/11/17.

³⁵³ “Art. 33. Com vistas à preservação da competição e manutenção das condições legais, regulamentares e contratuais, a transferência de controle societário ou titularidade do arrendamento somente poderá ocorrer mediante prévia análise da ANTAQ e expressa aprovação do poder concedente e desde que o novo titular atenda aos requisitos técnicos, econômicos e jurídicos estabelecidos pela ANTAQ. [...]” ANTAQ. Resolução nº 3.708/2014 de 17 de outubro de 2014. Disponível em: http://sophia.antaq.gov.br/asp/download.asp?codigo=16176&tipo_midia=2&iIndexSrv=1&iUsuario=0&obra=14291&tipo=2&iBanner=0&iIdioma=0 . Acesso em: 19/11/17.

societárias que possam comprometer ou mitigar a competição (no caso visto, dos arrendamentos); e (iii) a ANTAQ, em sua regulação específica, estipula a necessidade de um ambiente de concorrência saudável.

Entretanto, estas e outras previsões normativas não são garantias de que estas ações estão sendo adotadas ou estão sendo adotadas de forma correta. Tendo isto em vista, o desafio é que a Agência mantenha-se ativa na postura de fomentadora da competição, dentro dos limites de sua competência, tanto no monitoramento dos serviços prestados pelos operadores do setor, quanto no constante aprimoramento de suas normas.

Deve também ser considerado que a ANTAQ é apenas uma das autoridades que intervém no setor portuário. Neste sentido, vale a lembrança de que a Agência, a partir do advento da nova regulação portuária, não configura mais como Poder Concedente, sendo este papel hoje do Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil (art.1º, parágrafo único, Decreto nº 8.033/2013).

Ainda nesta temática do papel da ANTAQ na promoção da concorrência, é relevante trazer o apontamento feito por Osvaldo Agripino de Castro Junior no âmbito do Porto Organizado. Conforme registrado pelo autor, a função de estimular a competição nesta área específica cabe à autoridade portuária, conforme previsto no art. 36, VI, do Decreto nº 8.033/2013.³⁵⁴

Entretanto, segundo o autor, isto não significaria dizer que a Agência estaria isenta de agir cooperativamente na identificação de condutas anticompetitivas, para inclusive, posterior atuação especializada do CADE, o que reforça as previsões normativas fiscalizadoras da Agência.³⁵⁵

³⁵⁴ “Art. 36. Será instituído em cada porto organizado um conselho de autoridade portuária, órgão consultivo da administração do porto.

§ 1º Compete ao conselho de autoridade portuária sugerir: [...]

VI - medidas que visem estimular a competitividade;” BRASIL. Decreto nº 8.033 de 27 de junho de 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/D8033.htm . Acesso em 18/11/17.

³⁵⁵ “Por sua vez, no âmbito do porto organizado sustenta-se que a autoridade administrativa para fazer a regulação econômica é a autoridade portuária. Ela pode sugerir medidas para aumentar a competitividade dentro do porto organizado, enquanto, para questões anticoncorrenciais fora do porto organizado e no setor de transporte aquaviário, esta competência é do CADE, uma vez que não há esta competência específica na Lei nº 10.233/2001, conforme o seu art. 31. Esse argumento, contudo, não isenta a Antaq de zelar pela capacitação dos seus servidores e desenvolver, por meio de cooperação com o CADE, em face das características e especificidades do setor regulado, pela identificação das condutas atentatórias (ilícitas) à concorrência.” CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. *Direito portuário e a nova regulação*. São Paulo: Aduaneiras, 2015. p. 229-230.

Por fim, postula-se interessante comentar que a ANTAQ tem indicado, publicamente, o aumento da competição do setor portuário como um dos fundamentos a serem seguidos no planejamento portuário.³⁵⁶

4.4.2 Breves comentários sobre as resoluções da ANTAQ

Neste subitem serão brevemente comentadas as resoluções na ANTAQ que foram consideradas relevantes para o presente trabalho, tanto por terem sido mencionadas ao longo das pesquisas doutrinárias realizadas e documentos públicos da própria Agência, quanto pela temática em si.³⁵⁷ Pontua-se que as normativas selecionadas são todas posteriores à Lei nº 12.815/2013.

Desde logo, cumpre ser ressaltado que a ANTAQ já se manifestou no sentido de que parte de suas normas deverão ser revistas de forma a acompanhar as mudanças promovidas na redação do Decreto nº 8.033/2013 por meio do Decreto nº 9.048/2017.³⁵⁸

Dentre as normas que já foram apontadas como sendo de necessária alteração se encontram: Resolução ANTAQ nº 3.290/2014, Resolução ANTAQ nº 3.274/2014 e Resolução Normativa ANTAQ nº 07/2016. Assim sendo, é possível que os comentários sobre as resoluções da Agência, que serão feitos na sequência resem prejudicados por alterações e até revogações futuras.

Serão aqui abordadas quatro normativas, a saber: (i) Resolução ANTAQ nº 3.274/2014, que “dispõe sobre a fiscalização da prestação dos serviços portuários e

³⁵⁶ ANTAQ. *A ANTAQ e seus instrumentos de regulação e fiscalização*. Disponível em: <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=5&cad=rja&uact=8&ved=0ahUK Ewi56bTsysbXAhULgZAKHdFECfcQFgg7MAQ&url=http%3A%2F%2Fportal.tcu.gov.br%2Fflumis%2Fportal%2Ffile%2FfileDownload.jsp%3FfileId%3D8A8182A158DA390A0158DF1A13CE3C41&usg=AOvVaw0eebk6KO78yMJccSEMF-A3>. Acesso em 18/11/17.

³⁵⁷ Como por exemplo, na apresentação elaborada pela ANTAQ para evento no Tribunal de Contas da União. ANTAQ. *TCU – Diálogo Público: desenvolvimento da infraestrutura nacional desafios para o controle e para a fiscalização*. Disponível em: <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=5&cad=rja&uact=8&ved=0ahUK Ewi56bTsysbXAhULgZAKHdFECfcQFgg7MAQ&url=http%3A%2F%2Fportal.tcu.gov.br%2Fflumis%2Fportal%2Ffile%2FfileDownload.jsp%3FfileId%3D8A8182A158DA390A0158DF1A13CE3C41&usg=AOvVaw0eebk6KO78yMJccSEMF-A3>. Acesso em 18/11/17.

³⁵⁸ ANTAQ. *Decreto nº 9.048/2017 impactos para o setor portuário*. Disponível em: <http://portal.antaq.gov.br/wp-content/uploads/2017/06/Palestra-Dec-9048-impactos.pdf>. Acesso em 03/12/17.

estabelece infrações administrativas”;³⁵⁹ (ii) Resolução ANTAQ n° 3.290/2014, a qual “dispõe sobre a autorização para a construção, exploração e ampliação de terminal de uso privado, de estação de transbordo de carga, de instalação portuária pública de pequeno porte e de instalação portuária de turismo”;³⁶⁰ (iii) Resolução Normativa ANTAQ n° 07/2016, a qual “aprova a Norma que regula a exploração de áreas e instalações portuárias sob gestão da Administração do Porto, no âmbito dos Portos Organizados”;³⁶¹ e (iv) Resolução ANTAQ n° 3.707/2014, “aprova a proposta de norma que regula a prestação de serviço portuário em bases não discriminatórias e a utilização excepcional de áreas e instalações portuárias concedidas, arrendadas ou autorizadas [...]”.³⁶²

A Resolução ANTAQ n° 3.274/2014 é uma norma extensa e que se destina às autoridades portuárias, arrendatárias e autorizatárias. Dentre os assuntos nela disciplinados ressaltam-se: (i) direitos e deveres dos usuários (art. 2º); (ii) condições mínimas para os serviços prestados (art. 3º); (iii) condutas a serem observadas pelos prestadores de serviços portuários (art. 4º e seguintes); (iv) infrações e sanções administrativas (art. 26º e seguintes); (v) infrações comuns aos agentes (art.32); e (vi) responsabilidade dos administradores e controladores (art. 38º e seguintes).

Dos dispositivos presentes na Resolução ANTAQ n° 3.274/2014, interessante ressaltar que a Agência disciplinou no art. 32º as infrações que são previstas a todos os agentes, independente do instrumento de exploração detido. Neste constam 41 (quarenta e uma) infrações administrativas passíveis de repreensão, as quais vão deste “não assegurar a oferta de serviços, de forma indiscriminada e isonômica a todos os usuários [...]” (art. 32, XXIII) a deixar de encaminhar informações à ANTAQ relativas às cargas movimentadas (art. 32, XL, ‘a’).

A Resolução ANTAQ n° 3.274/2014, figura, assim, como um exemplo de semelhança quanto aos ônus regulatórios impostos a agentes que atuam em assimetria de regimes. Essa conclusão é possível a partir da constatação de que as infrações previstas aos

³⁵⁹ ANTAQ. Resolução n° 3.274 de 06 de fevereiro de 2014. Disponível em: <https://antag.wordpress.com/2015/10/02/3274-14/>. Acesso em 20/11/17.

³⁶⁰ ANTAQ. Resolução n° 3.290 de 13 de fevereiro de 2014. Disponível em: <https://antag.wordpress.com/2015/10/02/3290-14/>. Acesso em 19/11/17.

³⁶¹ ANTAQ. Resolução Normativa n° 07 de 31 de maio de 2016. Disponível em: <https://antag.wordpress.com/2016/06/02/resolucao-normativa-no-07-2016/>. Acesso em 20/11/17.

³⁶² ANTAQ. Resolução n° 3.707 de 17 de outubro de 2014. Disponível em: <https://antag.wordpress.com/2015/10/05/3707-14/>. Acesso em 20/11/17.

concessionários, arrendatários e autorizatários são as mesmas. Há, portanto, uma uniformidade de expectativas quanto às ações dos diferentes prestadores.

Pertinente destacar ainda em relação à Resolução nº 3.274/2014 que as multas previstas podem chegar a valores significativos, como, por exemplo, R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais). Entretanto, ressalta-se que a referida resolução já foi revisitada e modificada pela Resolução Normativa ANTAQ nº 02/2015, a qual, dentre outras medidas, excluiu os montantes mínimos para imposição de multa, mantendo os valores máximos passíveis de aplicação.³⁶³

A menção à Resolução ANTAQ nº 3.290/2014 é relevante, pois nela são disciplinadas as autorizações para exploração de serviços portuários. A redação é completa e acaba por regular muitos dos comandos que já se encontravam previstos na Lei nº 12.815/2013 e no Decreto nº 8.033/2013.

Dentre os direcionamentos previstos na Resolução acima mencionada, encontram-se aqueles que versam sobre as seguintes temáticas: (i) procedimento de anúncio público e chamada pública (art. 5º e seguintes); (ii) procedimento de processo seletivo público (art. 13º e seguintes); (iii) acesso em caráter excepcional (art. 29º); (iv) transferência de titularidade (art. 30º); e (v) adaptação dos contratos anteriores à nova regulação (art. 38º).

Da leitura da Resolução ANTAQ nº 3.290/2014 algumas de suas previsões parecem destoar do ideário que envolve a palavra autorização e, portanto, de um racional de regras aplicáveis num regime privado. São, por exemplo: o art. 24º, que trata da necessidade de submeter à avaliação prévia da ANTAQ investimentos não previamente estipulados no contrato de adesão; o art. 26º, no qual consta limite temporal para o início da operação de uma atividade portuária; e o art. 44º, que obriga o autorizatário a observar regras de modicidade e publicidade das tarifas e preços praticados.³⁶⁴

³⁶³ ANTAQ. Resolução Normativa nº 02 de 13 de fevereiro de 2015. Disponível em: <https://antag.wordpress.com/2015/09/10/resolucao-normativa-02-13-02-2015/>. Acesso em 20/11/17.

³⁶⁴ “Art. 24 A autorização terá o prazo de até 25 (vinte e cinco) anos, prorrogável por períodos sucessivos, desde que a atividade portuária seja mantida e o autorizatário promova os investimentos necessários para a expansão e a modernização das instalações portuárias.
§1º A alteração do perfil de cargas movimentadas não configura a descontinuidade da atividade portuária nos termos do caput, devendo ser observado o disposto no artigo 32 desta Norma.
§2º A modernização das instalações portuárias terá como objetivo garantir a adequação do projeto às melhores práticas de serviço e segurança operacional.
§3º A realização de investimentos não previstos nos contratos de adesão deverá ser precedida de comunicação à ANTAQ, que analisará o pleito e, quando resultar em aumento da capacidade, submeterá à aprovação do poder concedente.

De fato, esses dispositivos trazem obrigações que não são comumente esperadas quando se trata de autorização. Disciplinar a necessidade de obter aval prévio para executar investimentos que não estavam inicialmente previstos ou então ordenar sobre quando deverá o autorizatário iniciar suas atividades condicionam o espírito de livre iniciativa do autorizatário, mas cumpre lembrar o que já foi mencionado sobre o racional das autorizações portuárias: estas não são meramente declaratórias, são instrumentos de outorga diferenciados.

Ademais, estas regras já haviam sido estipuladas quando da ação do legislador ordinário na formulação da nova regulação dos portos, não sendo possível dizer que teria sido a ANTAQ criadora de tais regras aos autorizatários. Assim sendo, por mais que algumas obrigações possam vir a ser interpretadas como estranhas aos contornos – clássicos – das autorizações é preciso de pronto observar se estas são condutas estabelecidas pela atuação normativa da ANTAQ ou se foram diretrizes superiores a sua esfera de atuação.

Apesar de esta segunda hipótese às vezes ser o fator determinante para a determinação de uma obrigação, deve-se ter em mente que a ANTAQ existe justamente para regular o setor portuário. Essa é, portanto, sua função.

No que diz respeito aos arrendamentos portuários, é importante abordar a Resolução Normativa ANTAQ nº 07/2016, acima já referenciada, posto que disciplina a exploração de áreas localizadas no Porto Organizado. A redação da norma é completa e

§4º O autorizatário deverá encaminhar à ANTAQ, anualmente, para comprovação da expansão e da modernização das instalações portuárias, relatórios de acompanhamento operacional, com informações sobre a infra e superestrutura disponibilizada no terminal portuário.”

“Art. 26 O início da operação de instalação portuária deverá ocorrer em até 3 (três) anos, contados a partir da celebração do contrato de adesão, prorrogável uma única vez, por igual período, a critério do poder concedente, mediante pedido justificado do autorizatário e apresentação de documentação comprobatória da exequibilidade de novo cronograma.

§1º O autorizatário deverá remeter à ANTAQ, semestralmente, por meio de correspondência protocolizada em sua sede, em formato físico e digital, relatório de acompanhamento do projeto, contendo descritivo da evolução da obra (cronograma físico-financeiro sintético), acompanhado de registro fotográfico.

§2º O relatório de acompanhamento a que se refere o §1º deste artigo deverá ser assinado pelo responsável legal da pessoa jurídica e pelo Responsável Técnico, com a respectiva Anotação de Responsabilidade Técnica – ART ou Registro de Responsabilidade Técnica – RRT, conforme o caso, contendo o nome do responsável técnico, sua assinatura e número de registro no CREA.

§3º Eventuais procedimentos fiscalizatórios da ANTAQ não afasta a exigência de que trata o §1º deste artigo.”

“Art. 44. O autorizatário deve observar as disposições legais e regulamentares da ANTAQ, notadamente as relativas à execução da operação portuária, à modicidade e publicidade das tarifas e preços praticados, à prestação de serviço adequado e à efetividade dos direitos dos usuários, assim como os termos e as condições expressas ou decorrentes do contrato de adesão, sob pena de seu descumprimento implicar a cominação de sanções administrativas, nos termos da norma que disciplina o processo administrativo sancionador da ANTAQ.” ANTAQ. Resolução nº 3.290 de 13 de fevereiro de 2014. Disponível em: <https://antag.wordpress.com/2015/10/02/3290-14/>. Acesso em 19/11/17.

endereça com detalhamento diretrizes já estipuladas na Lei nº 12.815/2013 e no Decreto nº 8.033/2013, dos assuntos presentes destaca-se: (i) avaliação da viabilidade técnica (art. 7º); (ii) processo de licitação (art. 8º e seguintes); (iii) controle prévio de alterações societárias com vistas a preservar a competição (art. 22º); (iv) instituto da passagem (art. 36º e seguintes); e (v) movimentação ou armazenagem de cargas e movimentação de passageiros em caráter emergencial (art.54).

Além dessas temáticas, é interessante mencionar, que assim como é previsto na Resolução ANTAQ nº 3.290/2014, que trata das autorizações, há também para os arrendatários o compromisso de atender à modicidade e publicidade de tarifas e preços, tendo como objetivo a prestação de um serviço adequado e que respeite os direitos dos usuários, sob pena de aplicação de sanções administrativas.³⁶⁵

Por fim, cumpre abordar a Resolução ANTAQ nº 3.707/2014, igualmente já referenciada, que apesar de ter sido aprovada em 2014 trata-se de proposta de norma, não tendo sido identificada a publicação de sua versão final. De acordo com a redação desta resolução, o texto seria submetido à Audiência Pública, a qual, segundo informações disponibilizadas no site da Agência não estaria em andamento.³⁶⁶⁻³⁶⁷ Segundo informações publicadas pela ATP, esta resolução teria sido arquivada no âmbito da ANTAQ.³⁶⁸

A proposta de norma presente na Resolução ANTAQ nº 3.707/2014 tem como objetivo regular a prestação de serviço portuário de forma não discriminatória, bem como a utilização de áreas e instalações que tenham sido concedidas, arrendadas ou autorizadas, o que evidencia seu caráter de amplo alcance. Das temáticas presentes nesta resolução ressaltam-se: (i) conceito de “serviço adequado” (art. 2º, X); (ii) disciplina sobre recusa na

³⁶⁵ “Art. 51. O arrendatário e os pactuantes de contratos de uso temporário, passagem, transição, cessão de uso onerosa, cessão de uso não onerosa e autorização de uso deverão observar as disposições legais e regulamentares da ANTAQ, notadamente as relativas à execução da operação portuária, à modicidade e publicação das tarifas e preços praticados, à prestação do serviço adequado e à efetividade dos direitos dos usuários, assim como os termos e as condições expressas ou decorrentes dos respectivos contratos, sob pena de seu descumprimento implicar a cominação de sanções administrativas, nos termos da norma que disciplina o processo administrativo sancionador da ANTAQ.” ANTAQ. Resolução Normativa nº 07 de 31 de maio de 2016. Disponível em: <https://antag.wordpress.com/2016/06/02/resolucao-normativa-no-07-2016/> . Acesso em 20/11/17.

³⁶⁶ ANTAQ. *Audiência Pública*. Disponível em: <http://antag.gov.br/Portal/AudienciaPublica.asp> . Acesso em 20/11/17.

³⁶⁷ Segundo informações da Associação Brasileira de Terminais Portuários, a Audiência Pública para a discussão da proposta de norma contida na Resolução ANTAQ nº 3.707/2014 estaria suspensa. ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS TERMINAIS PORTUÁRIOS – ABTP. *Relatório anual 2016*. Disponível em: <http://www.abtp.com.br/downloads/Relatororio-Anual-ABTP-2016-Reduzido.pdf> ..Acesso em 20/11/17.

³⁶⁸ ASSOCIAÇÃO DE TERMINAIS PORTUÁRIOS PRIVADOS - ATP. *Relatório anual 2016*. Disponível em: <http://www.portosprivados.org.br/files/RELATORIO-ATP.pdf> . Acesso em 03/12/17.

prestação do serviço (art. 4º e seguintes); e (iii) utilização em caráter emergencial (art. 9º e seguintes).

Mesmo havendo indícios de tal resolução não será posta em prática, ao menos não no atual contexto, acredita-se ser relevante a sua menção, em virtude das críticas que a rodearam. Como comentário geral da Resolução ANTAQ nº 3.707/2014 manifesta-se que esta é uma proposta de normativa que se dirige a agentes que atuam por meio de instrumentos de exploração de serviços portuários diversos (concessão, arrendamento e autorização) e que, portanto, estipula regras idênticas num setor em que há assimetria regulatória.

Tendo isto em vista, vale revisitar as ponderações feitas anteriormente quando foi abordada a autorização portuária no novo marco legal. Para aqueles que partem do racional clássico das autorizações, podem soar estranhas as previsões que versem sobre preços ou que obriguem a atuação do autorizatário.³⁶⁹ Entretanto, como foi mencionado o entendimento de Egon Bockmann Moreira em momento anterior deste trabalho, as autorizações portuárias não são meramente declaratórias, e sim constitutivas. São, portanto, “autorizações que obrigam, que instruem como deve ser desenvolvida a atividade”.³⁷⁰

³⁶⁹ Neste sentido, destacam-se alguns dos dispositivos presentes na Resolução ANTAQ nº 3.707/2014:
 “Art. 4º Os serviços portuários explorados pelas concessionárias, arrendatárias e autorizatárias serão prestados aos usuários em bases não discriminatórias, observados os parâmetros de prestação de serviço adequado contidos na legislação pertinente e nos contratos de concessão, arrendamento e adesão.
 §1º A ANTAQ poderá, motivadamente, determinar obrigações às concessionárias, às arrendatárias e às autorizatárias, observadas as limitações operacionais e técnicas existentes, sempre que houver:
 I – recusa ilegítima de prestação de serviço; e
 II – prática de preços, tarifas portuárias ou tarifas de serviço discriminatórias ou abusivas. [...]”
 Art. 8º São instrumentos de promoção do atendimento não discriminatório a usuários, sem prejuízo de outros previstos nos contratos de concessão, arrendamento ou adesão:
 I – a manutenção de nível mínimo de operação portuária em períodos de ociosidade; e
 II – o oferecimento de quotas de movimentação a usuários, mediante oferta pública, observados os preços e tarifas praticados na instalação portuária concedida, arrendada ou autorizada. [...]”
 Art. 9º Qualquer interessado, em caráter excepcional, poderá contratar a utilização de áreas e instalações portuárias exploradas pela concessionária, pela arrendatária ou pela autorizatária, assegurada a remuneração adequada ao titular do contrato.
 §1º A contratação de que trata o caput será efetivada quando a instalação portuária estiver operando aquém de sua capacidade estática ou dinâmica, sem que haja uma justificativa operacional ou conforme constar no respectivo contrato.
 §2º O uso das instalações portuárias na forma do caput deverá sempre objetivar sua otimização, evitando descontinuidade, subaproveitamento ou ineficiência na operação portuária, conforme inciso I, artigo 3º da Lei nº 12.815/2013.”

³⁷⁰ MOREIRA, Egon Bockmann. *Portos Brasileiros e seus regimes jurídicos*. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.) *Portos e seus regimes jurídicos: a Lei nº 12.815/2013 e seus desafios*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 62.

4.5 DA ENTÃO SECRETARIA DE PORTOS DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA - SEP

Sendo abordadas as questões relacionadas à atuação da ANTAQ, será objeto deste item a então SEP. Este órgão já foi mencionado, de forma breve no presente trabalho, mais especificamente no segundo capítulo.

Logo de início, cumpre ressaltar que à época da inclusão do presente tópico como parte do trabalho de pesquisa aqui desenvolvido o contexto regulatório era outro. Desde a publicação da atual Lei dos Portos, em 2013, a estrutura de poder em torno deste setor sofreu alterações. Portanto, o objetivo deste tópico transformou-se na realidade em uma atualização sobre a SEP.

O Decreto nº 8.033/2013, que regulamenta a Lei nº 12.815/2013, trazia na redação de seu art. 1º, parágrafo único, a previsão de que o Poder Concedente seria exercido por intermédio da SEP. Ocorre que, por mudanças estruturais do Governo, em meados de 2016 a SEP foi extinta e incorporada ao Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil.

A alteração deu-se a partir da Medida Provisória nº 726/2016, posteriormente convertida na Lei nº 13.341/2016.³⁷¹⁻³⁷² Como consequência desta alteração o texto do Decreto nº 8.033/2013 sofreu ajustes na sequência, a partir da publicação do Decreto nº 9.048/2017. Este, dentre outras inovações, inaugurou a previsão legal de que o Poder Concedente seria exercido a partir de então pela União, por intermédio do Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil.³⁷³

Vale igualmente comentar que o Decreto nº 9.048/2017, por conta da extinção da SEP, incorporou as devidas alterações no texto do Decreto nº 8.033/2016 de forma a ajustar a redação quanto às referências à antiga Secretaria.

Ressalte que foram localizadas manifestações à época da extinção da SEP, as quais traziam impressões de parte dos representantes do setor portuário. Não se identificou por meio destas uma unanimidade de posicionamento quanto ao fim da Secretaria. De fato, ao que parece, houve expressões de preocupação com as alterações iniciadas com a Medida

³⁷¹ BRASIL. Medida Provisória nº 726 de 12 de maio de 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2015-2018/2016/Mpv/mpv726.htm. Acesso em 25/11/2017.

³⁷² BRASIL. Lei nº 13.341 de 29 de setembro de 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2015-2018/2016/Lei/L13341.htm. Acesso em 25/11/17.

³⁷³ BRASIL. Decreto nº 9.048 de 10 de maio de 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2015-2018/2017/Decreto/D9048.htm#art1. Acesso em 25/11/17.

Provisória nº 726/2016, dado que se acreditava ser a SEP uma expressão do reconhecimento da importância do setor portuário para o Governo.³⁷⁴

Vale ainda pontuar que, após a extinção da SEP, foi inaugurada a Secretaria Nacional de Portos, dentro da estrutura própria do Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil. O Decreto nº 9.000/2017, em seu art. 22 traz as competências desta Secretaria, das quais se destacam: (i) propor, implementar e monitorar a política nacional do setor de portos (art. 22, II); (ii) elaborar e propor ao Ministro do Estado a aprovação dos planos de outorgas voltados para exploração da infraestrutura e da oferta de serviços do setor portuário (art.22, IV); e (iii) propor ao Ministério do Estado a celebração dos contratos para exploração dos serviços portuários (concessão, arrendamento e autorização).³⁷⁵

Da leitura das atribuições da Secretaria Nacional de Portos, percebe-se que esta possui uma ação propositiva e muito vinculada ao crivo do Ministério. De toda forma, independente da relevância, na prática, dada à Secretaria dentro da organização desse órgão é inegável que assuntos relevantes, como por exemplo, a propositura da celebração de contratos, encontram-se sob sua esfera de atuação.

4.6 BALANÇO FINAL: AVANÇOS ALCANÇADOS ATÉ O MOMENTO

Neste último item, pretende-se reunir dados sobre os avanços identificados no setor portuário, desde o início da vigência da atual Lei dos Portos. Ressalta-se que as informações a seguir apresentadas foram coletadas a partir de fontes diversas, incluídas aqui pesquisas junto à ANTAQ, associações privadas e relatórios internacionais.

Além disso, vale mencionar que este ponto corresponde a uma parcela do que foi desenvolvido ao longo da execução deste trabalho, não havendo, portanto, a pretensão de ser exaurido o levantamento de dados do setor ou os resultados alcançados.

Entretanto, antes de serem apresentadas estas informações, acredita-se ser necessário pontuar a alteração do texto do Decreto nº 8.033/2013, o qual regulamenta a Lei nº 12.815/2015. Apesar desta mudança já ter sido comentada em outros momentos, não pode

³⁷⁴ TERRA. *Os impactos do corte de ministérios de Temer*. Disponível em: <https://www.terra.com.br/noticias/brasil/os-impactos-do-corte-de-ministerios-de-temer.1f371a38b19a16e15685a83ee8c57043oamuey9r.html> Acesso em 25/11/17.

³⁷⁵ BRASIL. Decreto nº 9.000 de 8 de março de 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9000.htm . Acesso em 03/12/17.

ser desconsiderado que as alterações inauguradas pela redação do Decreto nº 9.048/2017 desencadearam expectativas no setor portuário.³⁷⁶

Inclusive, uma das reclamações relacionadas à obtenção de autorização para exploração de serviços portuários, a exigência de apresentação de garantia de execução, a qual foi pontuada por parte da doutrina especializada como sendo um possível entrave para a realização de investimentos, teve sua apresentação limitada apenas aos casos em que ocorrer processo seletivo.³⁷⁷

À época da publicação do Decreto nº 9.048/2017, foram ressaltadas positivamente algumas mudanças na regulamentação da Lei nº 12.815/2013, como, por exemplo: (i) aumento do prazo para os contratos de concessão e arrendamento de vinte e cinco anos para trinta e cinco;³⁷⁸ (ii) oportunidade de ampliação das áreas dos arrendamentos portuários sem que seja necessária a comprovação de inviabilidade técnica ou econômica de ser realizada licitação de novo arrendamento;³⁷⁹ e (iii) possibilidade de ampliação de área dos Terminais de Uso Privado.³⁸⁰

A própria ANTAQ, em material desenvolvido para abordar as mudanças trazidas pelo Decreto nº 9.048/2017, listou como sendo objetivos da revisão: (i) atrair novos

³⁷⁶ Neste sentido destaca-se a manifestação de Rafael Wallbach Schwind: “De modo geral, o decreto 9.048 contemplou modificações bastante positivas ao setor portuário. A ampliação das hipóteses de prorrogação dos contratos de arrendamento e de aumento da área dos terminais arrendados eram aguardadas pelo setor. Foram salutares também as previsões destinadas a dar maior maleabilidade e flexibilidade aos contratos de arrendamento, possibilitando investimentos e alteração de áreas. Estima-se que as modificações analisadas deverão impulsionar maiores investimentos privados nos portos, que são estratégicos para o desenvolvimento da economia.” SCHWIND, Rafael Wallbach. *Modificações na regulamentação do setor portuário – o decreto 9.048*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI259726,41046-Modificacoes+na+regulamentacao+do+setor+portuario+o+decreto+9048>. Acesso em 26/11/17.

³⁷⁷ “Art. 32. Nos casos de inviabilidade locacional à implantação concomitante das instalações portuárias solicitadas, a Antaq deverá:
I - definir os critérios de julgamento a serem utilizados no processo seletivo público; e
II - conferir prazo de trinta dias para que os interessados reformulem suas propostas, adaptando-as à participação no processo seletivo público. [...]”
§ 4º Será exigida garantia de execução do autorizatário apenas no caso de realização de processo seletivo público, na forma estabelecida pelas normas da Antaq. (Incluído pelo Decreto nº 9.048, de 2017)” BRASIL. Decreto nº 8.033 de 27 de junho de 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2013/Decreto/D8033.htm. Acesso em 26/11/17.

³⁷⁸ VALOR ECONÔMICO. “Novo decreto amplia o prazo para investimento de operador portuário.” Disponível em: <http://www.valor.com.br/brasil/4960304/novo-decreto-amplia-o-prazo-para-investimento-de-operador-portuario>. Acesso em 26/11/17.

³⁷⁹ SCHWIND, Rafael Wallbach. *Modificações na regulamentação do setor portuário – o decreto 9.048*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI259726,41046-Modificacoes+na+regulamentacao+do+setor+portuario+o+decreto+9048>. Acesso em 26/11/17.

³⁸⁰ LEVY, Ricardo Pagliari; FARIA, Renata de Almeida; POLITANSKI Renata. *Alterações na regulamentação da Lei dos Portos devem atrair investimentos*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI260515,81042-Alteracoes+na+regulamentacao+da+Lei+dos+Portos+devem+atrair>. Acesso em: 26/11/17.

investimentos; (ii) criar meios legais para a adequação dos antigos arrendatários às novas regras; e (iii) simplificar os procedimentos de outorga para a autorização de instalação privada.”³⁸¹

O posicionamento da Agência é relevante, pois demonstra o comprometimento desta em promover uma regulação mais apurada e que possa diminuir os entraves para a entrada de novos agentes. A nosso ver a busca pela dos procedimentos para a expedição de novas autorizações é particularmente acertada, tendo em vista que esta pode ser uma medida a tornar mais atraente o setor e, portanto, capaz de impulsionar a concorrência.

O que se pretende a partir deste brevíssimo comentário sobre as alterações promovidas desde 2013, é que a regulação do setor portuário não é estática e dado que o Decreto nº 8.033/2013 teve parte de seus dispositivos reescritos há relativamente pouco tempo, ainda podem vir a serem identificados resultados diversos quanto os avanços alcançados.

Feito este recorte, serão agora expostos os avanços que já foram constatados no setor. Para isto, inicia-se com a exposição dos dados divulgados pela ANTAQ, os quais inclusive são utilizados por associações para a elaboração de relatórios próprios. Desta forma, mesmo sendo consultados relatórios publicados por associações – dentre aquelas que compartilham este tipo de documento – as informações relacionadas indicam como fonte a própria ANTAQ.³⁸² Assim sendo, serão relatados apenas os dados provenientes da Agência.³⁸³

No que diz respeito divulgação das estatísticas do setor pela ANTAQ, destaca-se que os resultados são sintetizados por meio de apresentações disponibilizadas online, as quais trazem dados anuais e parciais.³⁸⁴ Tendo em vista que no presente momento, o relatório

³⁸¹ ANTAQ. *Decreto nº 9.048/2017 impactos para o setor portuário*. Disponível em: <http://portal.antaq.gov.br/wp-content/uploads/2017/06/Palestra-Dec-9048-impactos.pdf>. Acesso em 26/11/17

³⁸² Para a elaboração do presente tópico foram consultados os sites das seguintes associações: (i) Associação de Terminais Portuários Privados; (ii) Associação Brasileira dos Terminais Portuários; (iii) Associação Brasileira de Terminais e Recintos Alfandegários; (iv) Associação Brasileira dos Terminais de Contêineres de Uso Público; (v) Associação Brasileira de Terminais de Líquidos.

³⁸³ Vale destacar que a Associação de Terminais Portuários Privados e a Associação Brasileira dos Terminais Portuários divulgam ao público, em seus sites oficiais relatórios em que são reportados os dados divulgados pela ANTAQ, a saber, respectivamente: (i) ASSOCIAÇÃO DE TERMINAIS PORTUÁRIOS PRIVADOS - ATP. *Relatórios/estudos 2016*. Disponível em: <http://www.portosprivados.org.br/index.php/publicacoes/relatorios-estudos/2017-01-04-13-23-06>. Acesso em 03/12/17. (ii) ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS TERMINAIS PORTUÁRIOS – ABTP. *Relatório anual*. Disponível em: <http://www.abtp.org.br/site/publicacoes-relatorio-anual.php>. Acesso em 03/12/17.

³⁸⁴ ANTAQ. *Estatísticas*. Disponível em: <http://portal.antaq.gov.br/index.php/estatisticas/>. Acesso em 26/11/17.

anual de 2017 não está finalizado, os comentários a seguir têm como base relatório anual de 2016.³⁸⁵

Dos números divulgados, acredita-se ser importante reproduzir o gráfico a seguir, no qual são indicadas as movimentações de cargas em portos e em terminais de uso privado, incluindo dados anteriores à atual Lei dos Portos:

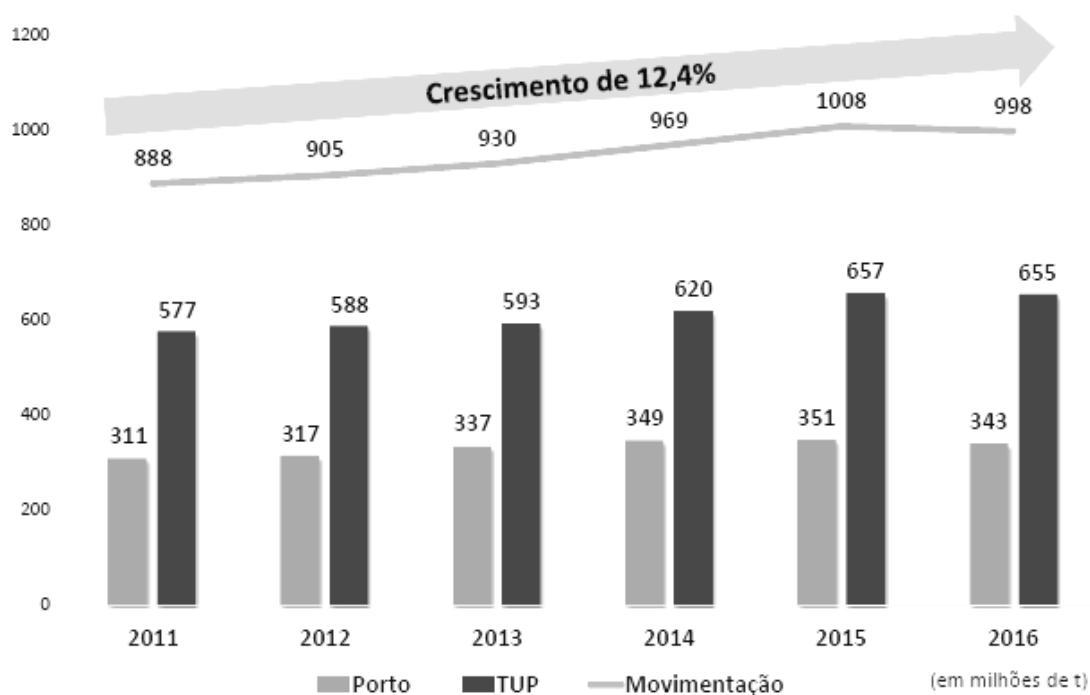


Figura 1 – “Movimentação de Cargas em Portos e TUPs: 2011-2016”
Fonte: ANTAQ

Conforme pode ser visto, nos últimos anos, excetuada uma pequena queda entre 2015 e 2016, é possível identificar o aumento de cargas movimentadas nos portos e terminais de uso privado (indicados na figura acima como “TUP”).

Outro dado muito relevante é a relação da quantidade de terminais privados no Brasil, principalmente que estes representam uma das formas de injeção de investimentos privados no setor esperada a partir da reformulação da regulação dos portos em 2013. O relatório anual de 2016 assim aponta:

³⁸⁵ ANTAQ. *Desempenho do Setor Aquaviário 2016 – Oportunidades e Melhorias Portuárias – Indicadores – Cargas – Navegação*. Disponível em: <http://portal.antaq.gov.br/wp-content/uploads/2017/03/Apresenta%C3%A7%C3%A3o-do-Anu%C3%A1rio-Estat%C3%ADstico-2016.pdf>. Acesso em 26/11/17

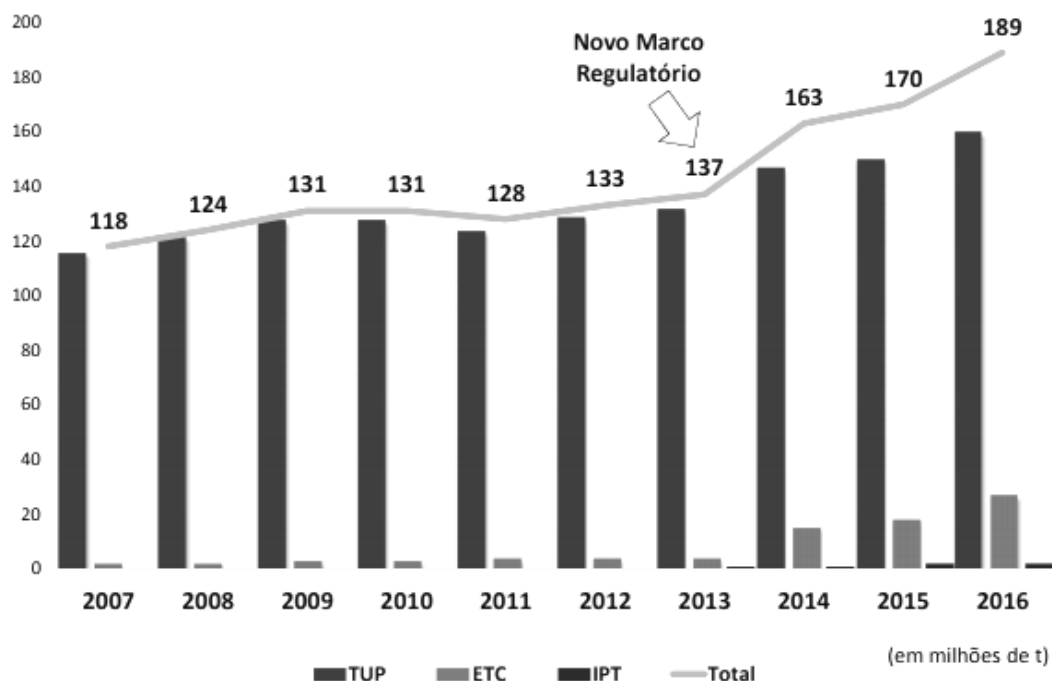


Figura 2 “Novo Marco Legal: Crescimento no número de Terminais Privados”
 Fonte: ANTAQ

Inegável o crescimento identificado no número de terminais de uso privado (indicados na figura acima como “TUP”) após a aprovação da atual Lei dos Portos. As demais informações dizem respeito às estações de transbordo de carga (“ETC”) e às instalações portuárias de turismo (“IPT”).

Vale também observar, que nos anos anteriores houve certa estabilidade na quantidade dos terminais de uso privado. Como a própria ANTAQ destaca, em conjunto com o gráfico acima reproduzido, o fim da vedação para a movimentação de cargas de terceiros para os terminais de uso privado e a maior segurança jurídica conferida aos investidores contribuíram para um aumento de 38% (trinta e oito) no número de instalações privadas autorizadas após o novo marco legal.

Por fim, em relação às estatísticas anuais de 2016, relatam-se os dados referentes à produtividade média de contêineres movimentados por hora, os quais servem como indicativo do ganho de eficiência dos terminais. Ressalte-se que a ANTAQ limitou a avaliação aos 10 (dez) terminais que apresentaram maior movimentação, conforme se vê abaixo:

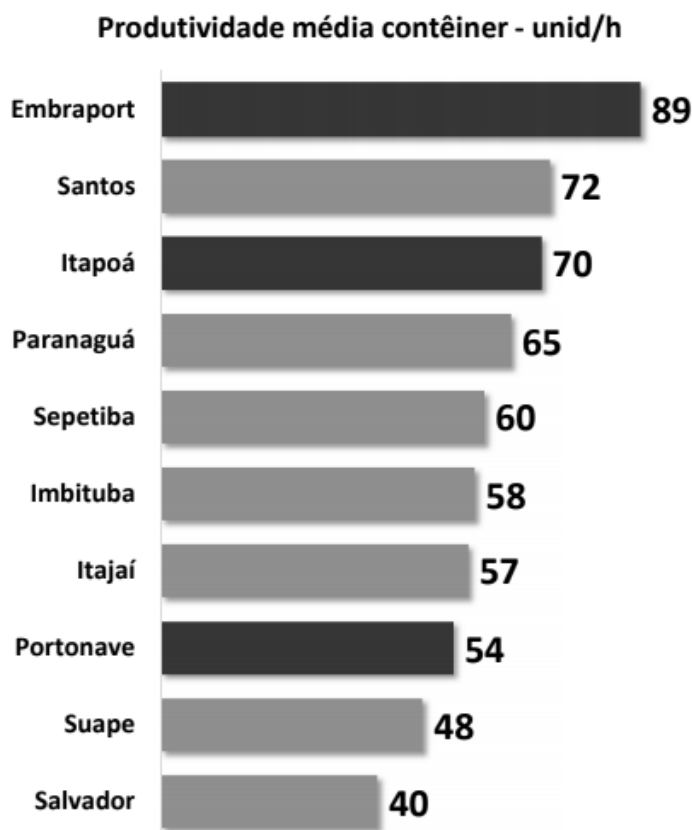


Figura 3 – “Produtividade Média de Contêineres (unid/h)”
Fonte: ANTAQ

Pontua-se que em conjunto com o gráfico acima relacionado, a ANTAQ expôs que os 10 (dez) terminais que mais movimentam contêineres, no intervalo dos anos de 2013 e 2016, apresentaram ganho de produtividade de 39,9% (trinta e nove vírgula nove).

Apesar de os números apresentados pela ANTAQ serem positivos, é preciso observar o desempenho do Brasil quando comparado com outros países. Um importante relatório é o *The Global Competitiveness Report*, produzido pelo *World Economic Forum*, por meio do qual são divulgados dados relevantes sobre a competitividade dos países listados.³⁸⁶

Observe-se que não se trata de uma análise quanto à concorrência existente nestas localidades, mas quais países seriam mais competitivos. Esta avaliação ocorre por meio da

³⁸⁶ O Fórum Econômico Mundial se descreve como um órgão comprometido a melhorar a situação mundial, sendo uma organização internacional para a cooperação entre agentes públicos e privados. Destaca-se que o Fórum foi estabelecido em 1971 como uma fundação sem fins lucrativos e que se encontra sediado em Genebra, na Suíça. Além disso, vale pontuar que este órgão é não se encontra vinculado a interesses especiais. WORLD ECONOMIC FORUM. *Our mission*. Disponível em: <https://www.weforum.org/about/world-economic-forum>. Acesso em 01/12/17.

checagem de vários elementos, que vão desde a qualidade da saúde e da educação até o desenvolvimento do mercado financeiro. Além desses quesitos, a infraestrutura dos países também é apreciada, sendo, inclusive, fracionada em setores como o portuário.

Tendo isto em vista, serão mencionados os resultados divulgados nos anuários de 2014-2015, 2015-2016, 2016-2017 e de 2017-2018, no que tange à competitividade do Brasil na classificação da infraestrutura geral e da infraestrutura portuária.

Começando pelo *Global Competitiveness Report* de 2014-2015, no qual foram avaliadas 144 (cento e quarenta e quatro) economias, vislumbra-se o Brasil classificado na 76^a (septuagésima sexta) posição no quesito infraestrutura geral e na 122^a (centésima vigésima segunda) no que tange à qualidade da infraestrutura portuária.³⁸⁷

Sobre o *Global Competitiveness Report* de 2015-2016, destaca-se que foram avaliadas 140 (cento e quarenta) economias, tendo sido o Brasil indicado como o 74^o (septuagésimo quarto) colocado na classificação quanto à infraestrutura geral e o 120^o (centésimo vigésimo) ranqueado quanto à qualidade da infraestrutura portuária.³⁸⁸

No *Global Competitiveness Report* de 2016-2017, foram avaliadas 138 (cento e trinta e oito) economias, sendo possível identificar certo avanço em relação aos números do relatório anterior. Na classificação de infraestrutura, no aspecto geral, o Brasil foi situado na 72^a (septuagésima segunda) posição e quanto à qualidade da infraestrutura portuária foi o 114^o (centésimo décimo quarto) colocado.³⁸⁹

O *Global Competitiveness Report* de 2017-2018 é a classificação mais recente, tendo sido neste avaliados 137 (cento e trinta e sete) economias.³⁹⁰ No quesito infraestrutura do ponto de vista geral, o Brasil foi categorizado como 73^o (septuagésimo terceiro) colocado, enquanto que no quesito qualidade da infraestrutura portuária foi 106^o (centésimo sexto).

A partir dos dados acima relacionados, é possível afirmar, que o Brasil tem demonstrado melhoras quanto à qualidade da infraestrutura portuária. Mesmo que estas sejam consideradas tímidas, para um país que possui o 10^o (décimo) maior mercado global,

³⁸⁷ WORLD ECONOMIC FORUM. *The Global Competitiveness Report 2014-2015*. Disponível em: http://www3.weforum.org/docs/WEF_GlobalCompetitivenessReport_2014-15.pdf. Acesso em 01/12/17.

³⁸⁸ WORLD ECONOMIC FORUM. *The Global Competitiveness Report 2015-2016*. Disponível em: http://www3.weforum.org/docs/gcr/2015-2016/Global_Competitiveness_Report_2015-2016.pdf. Acesso em 01/12/17.

³⁸⁹ WORLD ECONOMIC FORUM. *The Global Competitiveness Report 2016-2017*. Disponível em: <https://www.weforum.org/reports/the-global-competitiveness-report-2016-2017-1>. Acesso em 01/12/17.

³⁹⁰ WORLD ECONOMIC FORUM. *The Global Competitiveness Report 2017-2018*. Disponível em: <https://www.weforum.org/reports/the-global-competitiveness-report-2017-2018>. Acesso em 01/12/17.

não pode ser ignorado que após o início da vigência da atual Lei dos Portos o Brasil avançou 16 (dezesseis) posições na classificação elaborada pelo *World Economic Forum*.³⁹¹

Evidente que este resultado não significa que os gargalos existentes na infraestrutura brasileira ou que os problemas do setor portuário estejam solucionados. Muito pelo contrário. Apesar do avanço identificado, os resultados do Brasil ainda são muito modestos, principalmente para um país que depende tanto do modal portuário para o sucesso de suas transações comerciais com países geograficamente distantes. Nesse sentido vale o exemplo de 2016, ano em que carne brasileira ocupou a terceira categoria de produto gerador de maior renda com exportação e teve como principais destinos: (i) China; (ii) Hong Kong; (iii) Arábia Saudita; e (iv) Rússia.³⁹²

Apenas a título ilustrativo, cabe comparar a quantidade de contêineres movimentados no Porto de Santos e no Porto de Rotterdam, localizado nos Países Baixos. A escolha deste segundo porto decorre do fato de ter sido os Países Baixos reconhecidos como primeiros colocados no critério qualidade de infraestrutura portuária do *The Global Competitiveness Report* de 2017-2018.³⁹³

Segundo os dados da ANTAQ, o Porto de Santos, no ano de 2016, foi responsável na categoria de contêineres pela movimentação de 1.544.939 (um milhão, quinhentos e quarenta e quatro mil novecentos e trinta e nove) unidades, incluído os vazios e os carregados.³⁹⁴

Em contrapartida, para fins de comparação, segundo o site oficial do Porto de Rotterdam, em 2016, neste foram movimentados, 7.413.548 (sete milhões, quatrocentos e treze mil e quinhentos e quarenta e oito) e unidades de contêineres, também incluídos os vazios e os carregados.³⁹⁵

É evidente que deve ser considerado que os dados expostos acima envolvem cenários diversos, posto que cada país e cada porto possuem suas particularidades. É

³⁹¹ De acordo com os dados veiculados no *The Global Competitiveness Report 2017-2018*. Disponível em: <https://www.weforum.org/reports/the-global-competitiveness-report-2017-2018>. Acesso em 01/12/17.

³⁹² ANTAQ. *Desempenho do Setor Aquaviário 2016 – Oportunidades e Melhorias Portuárias – Indicadores – Cargas – Navegação*. Disponível em: <http://portal.antaq.gov.br/wp-content/uploads/2017/03/Apresenta%C3%A7%C3%A3o-do-Anu%C3%A1rio-Estat%C3%ADstico-2016.pdf>. Acesso em 26/11/17.

³⁹³ WORLD ECONOMIC FORUM. *The Global Competitiveness Report 2017-2018*. Disponível em: <https://www.weforum.org/reports/the-global-competitiveness-report-2017-2018>. Acesso em 01/12/17.

³⁹⁴ ANTAQ. *Anuário*. Disponível em: <http://web.antaq.gov.br/Anuario/>. Acesso em: 02/12/17.

³⁹⁵ PORT OF ROTTERDAM. *Facts and figures*. Disponível em: <https://www.portofrotterdam.com/en/file/20163/download?token=fpJA2nMK>. Acesso em 02/12/17.

inegável, inclusive, que o Brasil, comparado aos Países Baixos possui, indiscutivelmente, o desafio de sua extensão territorial, além de inúmeras outras questões.

Entretanto, isso não afasta a intenção de demonstrar que a comparação entre a infraestrutura portuária brasileira e a outros países revela – e estimula – que as melhoras no setor devem ser constantes.

CONCLUSÃO

Percorridos os quatro capítulos propostos para o endereçamento do presente trabalho, é possível agora apresentar sua conclusão.

Conforme pontuado anteriormente, a intenção desta pesquisa foi a de analisar a concorrência na regulação no setor portuário brasileiro, discussão reavivada em vista das significativas modificações trazidas pela Lei nº 12.815/2013, e seu regulado o Decreto nº 8.033/2013.

Diante desse objetivo, elegeu-se como ponto de partida a revisão do conceito de serviço público no Brasil. Como foi exposto no primeiro capítulo, a definição desse instituto passou por profundas alterações desde que os preceitos da Escola do Serviço Público foram adotados por significativa parcela da doutrina especializada no Brasil.

Assim, pretendeu-se demonstrar como os elementos associados à escola francesa – até então muitas vezes tidos como intransferíveis – suavizaram-se diante do enfrentamento de situações fáticas que exigiam novas soluções por parte dos juristas e do Poder Público em si. A crença de que o serviço público demandaria obrigatoriamente a sua prestação pelo próprio Estado e sob um regime especial passou a ser questionada ao longo das décadas perante as alterações promovidas no âmbito constitucional e, mais adiante, no âmbito das diversas regulações específicas de setores chave.

Acredita-se que o trajeto doutrinário percorrido foi necessário para estabelecer uma importante premissa deste trabalho: a de que os serviços públicos podem ser prestados por particulares e sob as regras de um regime privado.

Esta nova perspectiva quanto ao conceito de serviço público relacionou-se com as mudanças observadas na forma como o Estado atuou na economia ao longo dos séculos. Evidente que alterações desta magnitude não ocorreram subitamente, sendo apresentada no segundo capítulo a evolução mais recente da presença estatal.

Nesse processo, identificou-se que muitas vezes a atuação do Estado na execução direta de determinadas atividades não foi sinônimo de bons serviços ou de boa gestão dos recursos públicos. A crise fiscal que acometeu o Brasil após a definição do Estado Social, principalmente a partir de 1980, bem como o início do processo de desestatização fundamentam tal ponto de vista.

Como consequência desse momento histórico, na fase conhecida como do Estado Regulador, percebe-se um novo modelo de atuação econômica. O Estado retirou-se da linha de frente na prestação de parte dos serviços públicos, sem ter, entretanto, deixado de intervir no mercado. Há, dessa forma, a alteração de postura do Estado, o qual passa a desempenhar a função de regular as atividades que tiveram sua exploração transferida aos particulares.

Entre as novas alternativas implementadas pelo Estado para atuar na economia, destaca-se a regulação pela concorrência, a partir da qual se reconhece como sendo benéfica para a prestação de um serviço público a entrada de novos agentes. Não a inserção da competição de maneira abrupta ou irresponsável, mas aquela que considera as particularidades e limitações de cada setor.

É nesse cenário de mudanças que diversas agências reguladoras foram criadas, tendo essas um papel de destaque na relação entre o Estado e a economia. A elas foram conferidas independência de gestão e de financiamento, com o fim de preservar a sua autonomia na gerência dos setores sob responsabilidade de cada uma.

A exploração da infraestrutura portuária e a prestação dos serviços portuários se inserem também nesse contexto. Identificou-se, neste trabalho, dois momentos relevantes da sua reorganização após os processos de desestatização: (i) a publicação da antiga Lei dos Portos, Lei nº 8.630/1993; e (ii) o advento, vinte anos mais tarde, da Lei nº 12.815/2013.

A antiga Lei dos Portos, curiosamente também conhecida à época como “Lei de Modernização dos Portos”, já trazia como objetivos a modernização dos serviços portuários e a mitigação das deficiências existentes. Procurou-se atender à necessidade, escancarada pela estagnação que vinha sofrendo o setor, de ser viabilizado o acesso – e investimentos – dos agentes privados à exploração desta infraestrutura.

Entretanto, conforme pontuado no terceiro capítulo, os anseios projetados não foram atingidos, mantendo-se constantes as críticas em relação à ineficiência desse setor.

Por mais que a Lei nº 8.630/1993 previsse que os serviços portuários pudessem ser prestados por particulares, incluídos aqui os autorizatários, não havia competição entre os agentes atuantes, o que comprometeu os resultados esperados. Como sabido, este tipo de serviço demanda altíssimos e constantes investimentos, os quais não ocorreram ou não foram devidamente adequadamente diante de um quadro de não concorrência.

Sob a vigência dessa Lei, aos autorizatários era vedado o transporte de cargas de terceiros, o que prejudicava a concorrência por impedir que esses atendessem as demandas

de outros interessados. A restrição foi de alguma forma relativizada pela redação do Decreto nº 6.620/2008, por meio do qual passou a ser possível o transporte de cargas de terceiros pelos terminais de uso privativo, desde que esta função fosse desempenhada de forma eventual e subsidiária. Entretanto, a alteração não foi suficiente para estimular a concorrência na prestação dos serviços portuários, muito menos para atrair novos investimentos na quantidade esperada.

Após vinte anos de vigência da Lei n.º 8.630/1993, o setor foi novamente redesenhado a partir do advento da Lei nº 12.815/2013.

Entre as alterações promovidas por este novo regramento, acredita-se que a extinção da diferenciação entre carga própria e carga de terceiros é a mais relevante. A partir dessa mudança na prestação dos serviços portuários, os autorizatários passaram a poder competir com os outros agentes no setor, posto que a movimentação majoritária de carga própria não era mais obrigatória. A determinação quanto ao regime jurídico aplicável deixou de ser a origem da carga e passou a ser a área na qual o serviço é prestado: se dentro ou fora da delimitação do Porto Organizado.

Conforme se constatou pela análise da legislação e da doutrina neste trabalho, as fronteiras dos regimes público e privado na atual Lei dos Portos acabam muitas vezes por se entrelaçar, mesmo diante da incidência de assimetria regulatória. Como resultado há certa dubiedade quanto à natureza dos regimes jurídicos e a finalidade seus respectivos instrumentos, principalmente relacionado à figura da autorização portuária – se esta é viabilizadora da prestação de um serviço público ou de uma atividade econômica regulada.

Diante disso, no quarto capítulo buscou-se não apenas expor as características dos títulos habilitantes para exploração dos serviços portuários, mas também pontuar as discussões levantadas pela doutrina quanto à categorização da figura da autorização portuária.

Nesse levantamento, foi encontrado, muitas vezes, o debate de qual teria sido a intenção do legislador ordinário ao instituir a assimetria regulatória entre os agentes atuantes sob o regime público e sob o regime privado.

A conclusão aqui alcançada é de que muitas vezes os conceitos utilizados são apenas rótulos eleitos por aqueles que elaboram normas, escolhas que não são necessariamente feitas com o mesmo rigor da doutrina especializada. Essa situação, apesar de não transmitir certeza se estamos diante de uma autorização para a prestação de um

serviço público ou de uma atividade econômica regulada, não é um problema em si mesmo. Isso decorre da leitura da Constituição Federal, que concedeu ao legislador ordinário a competência para disciplinar os regimes para a exploração dos portos brasileiros.

Tendo em vista que a nova regulação dos serviços portuários busca aumentar a concorrência do setor justamente a partir da entrada de novos agentes privados, o essencial aqui é que as obrigações impostas não inviabilizem a entrada e atuação dos interessados

A partir desse racional, não se entende serem indiscutivelmente prejudiciais a existência de semelhanças entre as exigências previstas aos sujeitos atuantes sob diferentes regimes, desde que estas não impeçam o advento e a permanência de novos sujeitos.

Com vistas a atingir esse objetivo, a assimetria regulatória prevista pela Lei nº 12.815/2013 representa uma ferramenta importante para submeter agentes diferentes a ônus regulatórios diversos. Isso seria relevante para tornar atrativo e até viável, em termos econômicos, a entrada no setor de serviços portuários por novos entrantes.

Como parece a diferenciação das cargas transportadas, levou à importante alteração promovida pela Lei nº 12.815/2013: a inclusão do estímulo à concorrência como diretriz a ser observada na exploração dos portos organizados e instalações portuárias.

Cumprir destacar que as modificações realizadas na regulação das atividades portuárias refletem as expectativas existentes em relação ao setor. No cenário de alteração da legislação, ficou clara a intenção de atrair mais agentes privados e maiores investimentos. E isso por dois motivos. O primeiro, e mais óbvio, a cura da ineficiência dos portos brasileiros, e, o segundo, por ter sido identificada a projeção de aumento da demanda por este tipo de serviço.

A concretização desses objetivos, porém, pode encontrar alguma dificuldade nas particularidades inerentes ao setor portuário que podem tornar imperfeita a concorrência nele, o que não significa que a competição nos portos brasileiros não deva ser perseguida. No quarto capítulo, expôs-se que os altos investimentos e as limitações geográficas e logísticas para a implantação de instalações portuárias podem mitigar a expansão da competitividade.

Considerando esses anseios e também o fato de a nova regulação do setor portuário ser datada de 2013, na última seção do trabalho buscou-se averiguar a presença de resultados positivos. Vale pontuar que o levantamento de dados idealizado inicialmente restou em parte prejudicado, posto que as informações compartilhadas pelas associações de terminais são

muitas vezes provenientes da própria ANTAQ. Dessa forma, o comparativo que se pretendia fazer entre os dados oficiais (i.g. do governo) e dos particulares não foi possível. Além dos números da Agência, foram analisados os resultados da classificação da infraestrutura portuária brasileira no *The Global Competitiveness Report*.

De um lado, a ANTAQ divulgou dados indicando o aumento do número de terminais de uso privado, o crescimento das cargas transportadas e a melhoria da eficiência da movimentação de contêineres por hora.

De outro, o relatório internacional referenciado mostrou que o Brasil galgou posições no ranking de qualidade da infraestrutura portuária. Em 2014-2015, ocupava a 122ª (centésima vigésima segunda) posição, estando atualmente classificado como o 106º (centésimo sexto).

Pelo que foi mapeado, é possível afirmar que os serviços portuários brasileiros demonstram ter melhorado – dentro dos aspectos analisados – nos últimos anos, o que não significa dizer que se atingiu um ponto de excelência. Cumpre ponderar, porém, que um país com as dimensões geográficas e com um mercado consumidor do tamanho do Brasil demanda resultados muito superiores no quesito qualidade da infraestrutura portuária.

É claro que não se espera que todas as dificuldades deste setor sejam sanadas em pouco tempo. Por isso, é essencial que o acompanhamento e atualização das normas específicas sejam constantes, a fim de atender as necessidades de aprimoramento que venham a ser identificadas.

Nesse sentido, o papel da ANTAQ é relevante, tendo em vista que sua atribuição é regular o setor portuário. Por mais que a Agência não figure mais como poder concedente, e não seja ela responsável por ditar as diretrizes do setor, ainda sim é importante sua atuação, principalmente: (i) no diálogo com a sociedade e com os agentes atuantes no setor; e (ii) na atualização das suas normas.

A regulação não é, nem deve ser, portanto, estática. Prova disso é que o Decreto nº 8.033/2013, que regulamenta a Lei nº 12.812/2013, passou no ano de 2017 por modificações interessantes, tendo inclusive endereçado, mesmo que parcialmente, questões que haviam sido apontadas como problemáticas (e.g. aumento do prazo para o início das atividades pelos autorizatários e restrição dos casos em que é necessária a apresentação de garantia de execução pelos autorizatários).

Por tudo que foi exposto, acredita-se que o estado atual da regulação do setor portuário permite a existência de concorrência e, ao menos, na letra da lei, tem assumido o compromisso de fomentar a competição entre os agentes. Neste sentido, os dados levantados também contribuem para afirmar que é possível identificar a presença de maior número de agentes privados na prestação dos serviços portuários. Segundo a ANTAQ, desde o advento da Lei nº 12.815/2013 até 2016, o número das instalações privadas autorizadas aumentou 38% (trinta e oito).

Entretanto, não pode ser ignorado que ainda existe um longo caminho a ser percorrido para que a infraestrutura portuária brasileira seja de fato festejada. Dessa forma, o trabalho de monitoramento e aprimoramento da regulação setorial, e de diálogo com as autoridades e agentes envolvidos, deverá ser constante, a fim de mitigar possíveis falhas e verificar se na prática a concorrência como foi desenhada na regulação dos portos permanece viável e sobretudo, economicamente viável.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUILLAR, Fernando Herren. *Direito Econômico: do direito nacional ao direito supranacional*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

ANTAQ. A ANTAQ. Disponível em: <http://portal.antaq.gov.br/index.php/institucional/antaq/>. Acesso em 08/07/17.

ANTAQ. *A ANTAQ e seus instrumentos de regulação e fiscalização*. Disponível em: <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=5&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKewi56bTsysbXAhULgZAKHdFECfcQFgg7MAQ&url=http%3A%2F%2Fportal.tcu.gov.br%2Fflumis%2Fportal%2Ffile%2FfileDownload.jsp%3FfileId%3D8A8182A158DA390A0158DF1A13CE3C41&usg=AOvVaw0eebk6KO78yMJccSEMF-A3>. Acesso em 18/11/17.

ANTAQ. *Anuário*. Disponível em: <http://web.antaq.gov.br/Anuario/>. Acesso em: 02/12/17.

ANTAQ. *Apresentação do Anuário Estatístico 2015*. Disponível em: <http://portal.antaq.gov.br/wp-content/uploads/2017/03/Apresenta%C3%A7%C3%A3o-do-Anu%C3%A1rio-Estat%C3%ADstico-2015.pdf>. Acesso em: 18/06/16.

ANTAQ. *Apresentação do Anuário Estatístico 2016*. Disponível em: <http://portal.antaq.gov.br/wp-content/uploads/2017/03/Apresenta%C3%A7%C3%A3o-do-Anu%C3%A1rio-Estat%C3%ADstico-2016.pdf>. Acesso em: 31/12/17.

ANTAQ. *Audiência Pública*. Disponível em: <http://antaq.gov.br/Portal/AudienciaPublica.asp>. Acesso em 20/11/17.

ANTAQ. *Decreto nº 9.048/2017 impactos para o setor portuário*. Disponível em: <http://portal.antaq.gov.br/wp-content/uploads/2017/06/Palestra-Dec-9048-impactos.pdf>. Acesso em 03/12/17.

ANTAQ. *Desempenho do Setor Aquaviário 2016 – Oportunidades e Melhorias Portuárias – Indicadores – Cargas – Navegação*. Disponível em: <http://portal.antaq.gov.br/wp-content/uploads/2017/03/Apresenta%C3%A7%C3%A3o-do-Anu%C3%A1rio-Estat%C3%ADstico-2016.pdf>. Acesso em 26/11/17

ANTAQ. *Estatísticas*. Disponível em: <http://portal.antaq.gov.br/index.php/estatisticas/>. Acesso em 26/11/17.

ANTAQ. Resolução Normativa nº 02 de 13 de fevereiro de 2015. Disponível em: <https://antag.wordpress.com/2015/09/10/resolucao-normativa-02-13-02-2015/>. Acesso em 20/11/17.

ANTAQ. Resolução Normativa nº 07 de 31 de maio de 2016. Disponível em: <https://antag.wordpress.com/2016/06/02/resolucao-normativa-no-07-2016/>. Acesso em 20/11/17.

ANTAQ. Resolução nº 3.220 de 8 de janeiro de 2014. Disponível em: <https://antag.wordpress.com/2015/10/02/3220-14/>. Acesso em 16/11/17.

ANTAQ. Resolução nº 3.274 de 06 de fevereiro de 2014. Disponível em: <https://antag.wordpress.com/2015/10/02/3274-14/>. Acesso em 20/11/17.

ANTAQ. Resolução nº 3.290 de 13 de fevereiro de 2014. Disponível em: <https://antag.wordpress.com/2015/10/02/3290-14/>. Acesso em 04/11/17.

ANTAQ. Resolução nº 3.585 de 18 de agosto de 2014. Disponível em: <http://portal.antag.gov.br/wp-content/uploads/2017/11/Regimento-Atual-Res.-Norm-13-e-4191.pdf> . Acesso em 17/11/17.

ANTAQ. Resolução nº 3.707 de 17 de outubro de 2014. Disponível em: <https://antag.wordpress.com/2015/10/05/3707-14/>. Acesso em 20/11/17.

ANTAQ. Resolução nº 3.708/2014 de 17 de outubro de 2014. Disponível em: http://sophia.antag.gov.br/asp/download.asp?codigo=16176&tipo_midia=2&iIndexSrv=1&iUsuario=0&obra=14291&tipo=2&iBanner=0&iIdioma=0. Acesso em: 19/11/17.

ANTAQ. Resolução nº 4.262 de 31 de julho de 2015. Disponível em: http://sophia.antag.gov.br/asp/download.asp?codigo=18994&tipo_midia=2&iIndexSrv=1&iUsuario=0&obra=16407&tipo=2&iBanner=0&iIdioma=0. Acesso em: 19/11/17.

ANTAQ. Resolução nº 5.010 de 30 de setembro de 2016. Disponível em: http://sophia.antag.gov.br/asp/download.asp?codigo=22219&tipo_midia=2&iIndexSrv=1&iUsuario=0&obra=18804&tipo=2&iBanner=0&iIdioma=0. Acesso em 19/11/17.

ANTAQ. Resolução nº 5.032 de 14 de outubro de 2016. Disponível em: http://sophia.antag.gov.br/asp/download.asp?codigo=22355&tipo_midia=2&iIndexSrv=1&iUsuario=0&obra=18898&tipo=2&iBanner=0&iIdioma=0. Acesso em 19/11/17.

ANTAQ. Resolução nº 5.168 de 20 de dezembro de 2016. Disponível em: http://sophia.antaq.gov.br/asp/download.asp?codigo=22850&tipo_midia=2&iIndexSrv=1&iUsuario=0&obra=19235&tipo=2&iBanner=0&iIdioma=0. Acesso em 19/11/17.

ANTAQ. Resolução nº 5.630 de 6 setembro de 2017. Disponível em: http://sophia.antaq.gov.br/asp/download.asp?codigo=24758&tipo_midia=2&iIndexSrv=1&iUsuario=0&obra=20688&tipo=2&iBanner=0&iIdioma=0. Acesso em: 19/11/17.

ANTAQ. *Sophia*. Disponível em: <http://sophia.antaq.gov.br>. Acesso em 18/11/17.

ANTAQ. *TCU – Diálogo Público: desenvolvimento da infraestrutura nacional desafios para o controle e para a fiscalização*. Disponível em: <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=5&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwi56bTsysbXAhULgZAKHdFECfcQFgg7MAQ&url=http%3A%2F%2Fportal.tcu.gov.br%2Fflumis%2Fportal%2Ffile%2FfileDownload.jsp%3FfileId%3D8A8182A158DA390A0158DF1A13CE3C41&usg=AOvVaw0eebk6KO78yMJccSEMF-A3>. Acesso em 18/11/17.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. O serviço público e as suas crises. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 421-440.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Serviços públicos e concorrência. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n.233, p. 311-371, jul./set. 2003.

ARAGÃO, Alexandre Santos de; FIDALGO, Carolina Barros. Regime jurídico da autorização portuária no Brasil: serviços públicos ou atividades privadas regulamentadas? In: RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno; FREITAS Rafael Verás de (Coord.). *A nova regulação da infraestrutura e da mineração: portos: aeroportos: ferrovias: rodovias*. Belo Horizonte. Fórum. p.157. – 178.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS TERMINAIS PORTUÁRIOS – ABTP. *Relatório anual 2016*. Disponível em: <http://www.abtp.com.br/downloads/Relatorio-Anual-ABTP-2016-Reduzido.pdf> Acesso em 20/11/17.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS TERMINAIS PORTUÁRIOS – ABTP. Relatório anual. Disponível em: <http://www.abtp.org.br/site/publicacoes-relatorio-anual.php> . Acesso em 03/12/17.

ASSOCIAÇÃO DE TERMINAIS PORTUÁRIOS PRIVADOS - ATP. *Relatórios/estudos 2016*. Disponível em: <http://www.portosprivados.org.br/index.php/publicacoes/relatorios-estudos/2017-01-04-13-23-06> .Acesso em 03/12/17.

ASSOCIAÇÃO DE TERMINAIS PORTUÁRIOS PRIVADOS - ATP. *Relatório anual 2016*. Disponível em: <http://www.portosprivados.org.br/files/RELATORIO-ATP.pdf>. Acesso em 03/12/17.

BERCOVICI, Gilberto. *Direito Econômico Aplicado: Estudos e Pareceres*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2016.

BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm . Acesso em 13/09/17.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm . Acesso em 13/09/17.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em 13/09/17.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em 14/09/17.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm . Acesso em 14/09/17.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em 14/09/17.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm. Acesso em 15/09/2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm . Acesso em 15/09/17.

BRASIL. Decreto-Lei nº 6.460, de 5 de fevereiro de 1944. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/del6460.htm . Acesso em 05/09/17.

BRASIL. Decreto-Lei nº 5, de 4 de abril de 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0005-66.htm . Acesso em 05/09/17.

BRASIL. Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm. Acesso em 05/08/17.

BRASIL. Lei nº 6.222, de 10 de junho de 1975. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6222.htm . Acesso em 05/09/17.

BRASIL. Lei nº 8.630, de 25 de fevereiro de 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8630.htm. Acesso em 20/09/17.

BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987compilada.htm . Acesso em 06/01/18.

BRASIL. Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10233.htm. Acesso em: 18/11/17.

BRASIL. Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2013/lei/12815.htm. Acesso em 21/07/17.

BRASIL. Lei nº 13.341, de 29 de setembro de 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2015-2018/2016/Lei/L13341.htm. Acesso em 25/11/17.

BRASIL. Decreto Imperial nº 1.746, de 13 de outubro de 1869. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D1746.htm. Acesso em 27/08/17.

BRASIL. Decreto nº 23.067, de 11 de agosto de 1933. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-23067-11-agosto-1933-525899-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em 03/09/17.

BRASIL Decreto nº 24.447, de 22 de junho de 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D24447.htm. Acesso em 05/09/17.

BRASIL. Decreto nº 24.508, de 29 junho de 1934. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-24508-29-junho-1934-499830-publicacaooriginal-1-pe.html> . Acesso em 05/09/17.

BRASIL Decreto nº 24.511, de 29 de junho de 1934. Disponível em: <http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/viwTodos/843CFB1803167E3B032569FA00573410?Opendocument> . Acesso em 05/09/17.

BRASIL Decreto nº 24.599, de 6 de julho de 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D24599.htm . Acesso em 05/09/17.

BRASIL. Decreto nº 59.832, de 21 de dezembro de 1966. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1960-1969/decreto-59832-21-dezembro-1966-400465-publicacaooriginal-1-pe.html> . Acesso em 05/09/17.

BRASIL. Decreto nº 6.620, de 29 de outubro de 2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Decreto/D6620.htm. Acesso em 10/09/17.

BRASIL. Decreto nº 8.033, de 27 de junho de 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/D8033.htm. Acesso em 21/07/17.

BRASIL. Decreto nº 9.000, de 8 de março de 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9000.htm. Acesso em 03/12/17.

BRASIL. Decreto nº 9.048, de 10 de maio de 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Decreto/D9048.htm#art1. Acesso em: 03/12/17.

BRASIL. Medida Provisória nº 595, de 6 de dezembro de 2012, Exposição de Motivos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/Exm/EMI-12-A-SEP-PR-MF-MT-AGU-Mpv-595-12.doc . Acesso em 10/09/17.

BRASIL. Medida Provisória nº 595, de 6 de dezembro de 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Mpv/595.htm#art62. Acesso em 20/09/17.

BRASIL. Medida Provisória nº 726 de 12 de maio de 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Mpv/mpv726.htm . Acesso em 25/11/2017.

BRASIL. *Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil*. Disponível em: <http://www.transportes.gov.br/conselhos/conit.html> . Acesso em 09/07/17.

BUCHAIN, Luiz Carlos. Os objetivos do direito da concorrência em face da ordem econômica nacional. In: NUSDEO. FÁBIO (COORD.). *O direito econômico na atualidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 321-345.

CASTRO JUNIOR, Oswaldo Agripino de. *Direito portuário e a nova regulação*. São Paulo: Aduaneiras, 2015.

COELHO, Fábio Ulhoa. Reforma do Estado e direito concorrencial. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 190-199.

CORDEIRO, Gabrielle Santos. Desafios jurídicos ao investimento da iniciativa privada em terminais de uso privado . In: RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno; FREITAS Rafael Verás de (Coord.). *A nova regulação da infraestrutura e da mineração: portos: aeroportos: ferrovias: rodovias*. Belo Horizonte. Fórum. p. 179-192.

COSTA, Mário Luiz Oliveira da. Regulação e autorregulação. In: NUSDEO. FÁBIO (COORD.). *O direito econômico na atualidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 169-190.

COUTINHO, Diogo R. *Direito e economia política na regulação de serviços públicos*. São Paulo: Saraiva, 2014.

CUÉLLAR, Leila Abuso de Posição Dominante no Direito de Concorrência Brasileiro. In: CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann. *Estudos de Direito Econômico*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 29-52.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

ESTADÃO. Em 2015, portos brasileiros esgotarão potencial. Disponível em: <http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,em-2015-portos-brasileiros-esgotaraopotencial,1539664> . Acesso em 10/10/14

FARACO, Alexandre Ditzel. Direito concorrencial e regulação. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, Belo Horizonte, n. 44, p.09 - 41, out./dez. 2013.

FARACO, Alexandre Ditzel. *Regulação e direito concorrencial: (as telecomunicações)*. São Paulo: Livraria Paulista, 2003.

FIGUEIROA, Caio Cesar; CARVALHO, André Castro. A nova lei de portos e a valorização da concorrência nos serviços públicos. In: PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach. *Direito portuário brasileiro: lei 12.815, porto organizado, poligonal, arrendamento e autorização, arbitragem*. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 244-258.

FREITAS, Rafael Vêras de; GUERRA, Sérgio. O modelo institucional do Setor Portuário: os institutos da Análise de Impacto Regulatório (AIR) e da Conferência de Serviços como mecanismos de equalização do controle político sobre as agências reguladoras. In: RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno; FREITAS Rafael Verás de (Coord.). *A nova regulação da infraestrutura e da mineração: portos: aeroportos: ferrovias: rodovias*. Belo Horizonte. Fórum. p. 95-120.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito econômico*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

GARCIA, Flavio Amaral; FREITAS, Rafael Vêras de. Portos brasileiros e a nova assimetria regulatória: os títulos habilitantes para a exploração da infraestrutura portuária. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.) *Portos e seus regimes jurídicos: a Lei nº 12.815/2013 e seus desafios*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 221-261.

GRAU, Eros Roberto. *Elementos de direito econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti; Lima, Cristiana Maria Melhado Araujo. Diferenças entre terminais portuários de uso público e de uso privado. In: PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach. *Direito portuário brasileiro: lei 12.815, porto organizado, poligonal, arrendamento e autorização, arbitragem*. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 153-171.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Teoria dos Serviços Públicos e sua transformação. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 39-71.

GUERRA, Sérgio. Evolução do marco regulatório do setor portuário no Brasil. In: PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach. *Direito portuário brasileiro: lei 12.815, porto organizado, poligonal, arrendamento e autorização, arbitragem*. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 77-94.

GUERRA, Sérgio. Regulação estatal sob a ótica da organização administrativa brasileira. In: GUERRA, Sergio (Org.). *Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar*. Rio de Janeiro: FGV, 2014. p. 359-382.

GUIMARÃES, Bernardo Strobel; KATO, Mariana Almeida. Arrendamentos portuários: licitações proteção à concorrência e o direito dos arrendatários. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.) *Portos e seus regimes jurídicos: a Lei nº 12.815/2013 e seus desafios*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 199-219.

G1. *Acesso a terminais é maior problema nos 10 principais portos brasileiros*. Disponível em: <http://g1.globo.com/economia/noticia/2013/06/acesso-terminais-e-maior-problema-nos-10-principais-portos-brasileiros.html> . Acesso em 18/06/16

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. rev. ampl. e atual. Belo horizonte: Fórum, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. O regime jurídico das atividades portuárias e seus reflexos sobre a delimitação do porto organizado. In: PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach. *Direito portuário brasileiro: lei 12.815, porto organizado, poligonal, arrendamento e autorização, arbitragem*. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 291-313.

JUSTEN, Monica Spezia. *A noção de serviço público no direito europeu*. São Paulo: Dialética, 2003.

KANAYAMA, Rodrigo Luís. A polêmica acerca do regime jurídico do serviço público. In: COSTALDELLO, Angela Cassia (coord). *Serviço Público*. Curitiba: Juruá, 2005. p.193-212.

KLEIN, Aline Lícia. O porto organizado como bem público e a delimitação da sua área. In: PEREIRA Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach (coord.). *Direito Portuário Brasileiro: lei*

12.815/13, porto organizado, poligonal, arrendamento e autorização, arbitragem. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 393-405.

LAMBAUER, Roberto Zilch. Autorização para exploração de terminal portuário na nova lei dos portos. *Revista Trimestral de Direito Público: RTDP*, Belo Horizonte, n. 62, p. 106-128, jul./set. 2015.

LEVY, Ricardo Pagliari; FARIA, Renata de Almeida; POLITANSKI Renata. *Alterações na regulamentação da Lei dos Portos devem atrair investimentos*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI260515,81042-Alteracoes+na+regulamentacao+da+Lei+dos+Portos+devem+atrair> . Acesso em: 26/11/17.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulação dos serviços públicos. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 228, p. 13-29, abr/jun.2002.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Concessões portuárias. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.) *Portos e seus regimes jurídicos: a Lei nº 12.815/2013 e seus desafios*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 263-273.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Universalização de serviços públicos e competição. O caso da distribuição de gás natural. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 34, p.34 - 50, 2001.

MAYER, Giovanna. Notas sobre o regime dos portos brasileiros. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.) *Portos e seus regimes jurídicos: a Lei nº 12.815/2013 e seus desafios*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 75-110.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MEDAUAR, Odete. Serviços públicos e serviços de interesse econômico geral. In: NETO, Diogo de Figueiredo Moreira (coord.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo – Uma evaluación de las tendencias contemporaneas del derecho administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.115-126.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MENDES, Conrado Hübner. Reforma do Estado e agências reguladoras: estabelecendo os parâmetros de discussão. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros. 2006. p. 99-139.

MENEGAT, Fernando. Serviço público e concorrência: ensaio para uma quebra do princípio da titularidade estatal exclusiva. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 12, n.49, p. 207-246, jul./set.2012.

MESQUITA, Patricia Laurentino. Arrendamentos possíveis de serem licitados. *Secretaria dos Portos*, São Paulo, 21/01/2016. Disponível em: <http://www.portosdobrasil.gov.br/assuntos-1/investimentos/arrendamentos-passiveis-de-serem-licitados>. Acesso em 18/06/16.

MOREIRA, Egon Bockmann. Passado, presente e futuro da regulação econômica no Brasil. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 11, n. 44 p. 87-118, out./dez. 2013.

MOREIRA, Egon Bockmann. Portos Brasileiros e seus regimes jurídicos. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.) *Portos e seus regimes jurídicos: a Lei nº 12.815/2013 e seus desafios*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 33-74.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Verás de. *A nova regulação portuária*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

NESTER, Alexandre Wagner. A inserção do regime concorrencial nos serviços públicos. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p.441-467.

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. Agências reguladoras e concorrência. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 159-189.

NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: ao direito econômico*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ORTIZ, Gaspar Ariño. *El Nuevo Servicio Público*. Madrid: Ed. Marcial Pons, 1997.

ORTIZ, Gaspar Ariño. *Principios de derecho público económico* (modelo de estado, gestión pública, regulación económica). Granada: Comares, 2004.

PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach. O novo marco regulatório do setor portuário brasileiro. In: PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach. *Direito portuário brasileiro: lei 12.815, porto organizado, poligonal, arrendamento e autorização, arbitragem*. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p.45-76.

PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; PRADO FILHO, José Inacio Ferraz de Almeida. Espaços e interfaces entre regulação e defesa da concorrência: a posição do CADE. *Revista Direito GV* 23, Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas, v. 12, n. 23, p.13 - 48, jan./jun. 2016.

PORT OF ROTTERDAM. *Facts and figures*. Disponível em: <https://www.portofrotterdam.com/en/file/20163/download?token=fpJA2nMK>. Acesso em 02/12/17.

POSNER, Richard A. Teorias da regulação econômica. In: MATTOS, Paulo (Coord.); PRADO, Mariana Mota (Org.) et al. *Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano*. São Paulo: Editora 34, 2004. p. 49-80.

RIBEIRO, Leonardo Coelho. O novo marco regulatório dos portos: entre grandes objetivos e inadequadas exigência. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). *Portos e seus regimes jurídicos: a Lei nº 12.815/2013 e seus desafios*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 111-141.

SECRETARIA NACIONAL DOS PORTOS. Apresentação XXIII Congresso Latinoamericano de Puertos. Secretário-executivo, Antônio Henrique Silveira. Puerto Iguazu, Argentina. 27 de agosto de 2014. Disponível em: <http://www.portosdobrasil.gov.br/home-1/apresentacoes/20140827XXICongresoLAdPuertos2.pptx>. Acesso em 18/09/17.

SCHIRATO, Vitor Rhein. As agências reguladoras independentes e alguns elementos da Teoria Geral do Estado. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 469-537.

SCHIRATO, Vitor Rhein. As infraestruturas privadas no novo marco setorial de portos. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.) *Portos e seus regimes jurídicos: a Lei nº 12.815/2013 e seus desafios*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 325-343.

SCHIRATO, Vitor Rhein. A noção de serviço público em regime de competição. 2011. 309 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

SCHWIND, Rafael Wallbach. “Modificações na regulamentação do setor portuário – o decreto 9.048.” Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI259726,41046-Modificacoes+na+regulamentacao+do+setor+portuario+o+decreto+9048> . Acesso em 26/11/17.

SECRETARIA NACIONAL DE PORTOS. *Histórico*. Disponível em: <http://www.portosdobrasil.gov.br/sobre-1/institucional/base-juridica-da-estrutura-organizacional/historico> . Acesso em 03/09/17.

SILVA, Cristina Alves da; NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso. Agências reguladoras e evolução estatal – Uma análise temporal do papel do Estado no setor econômico. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional– A&C*, Belo Horizonte, ano 13, n. 51 p. 251-273, jan./mar. 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às agências reguladoras. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 17-38.

SUNDFELD, Carlos Ari. O caminho do desenvolvimento na Lei dos Portos: centralizar para privatizar? In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). *Portos e seus regimes jurídicos: a Lei nº 12.815/2011 e seus desafios*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 25-31.

TERRA. *Os impactos do corte de ministérios de Temer*. Disponível em: <https://www.terra.com.br/noticias/brasil/os-impactos-do-corte-de-ministerios-de-temer,1f371a38b19a16e15685a83ee8c57043oamuey9r.html> Acesso em 25/11/17.

TOVAR, Antonio Carlos de Andrada; FERREIRA, Gian Carlos Moreira. A infraestrutura portuária brasileira: o modelo atual e perspectivas para seu desenvolvimento sustentado. *Revista do BNDES*, Rio de Janeiro, V.13, n. 25, p. 210, jun. 2006.

VALOR ECONÔMICO. “Novo decreto amplia o prazo para investimento de operador portuário.” Disponível em: <http://www.valor.com.br/brasil/4960304/novo-decreto-amplia-o-prazo-para-investimento-de-operador-portuario>. Acesso em 26/11/17.

VEJA. *Nos portos, burocracia é problema ainda maior do que falta de infraestrutura*. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/noticia/economia/burocracia-e-problema-ainda-maior-no-porto-do-que-a-falta-de-infraestrutura> . Acesso em 18/06/16.

WORLD ECONOMIC FORUM. *Our mission*. Disponível em: <https://www.weforum.org/about/world-economic-forum> . Acesso em 01/12/17.

WORLD ECONOMIC FORUM. *The Global Competitiveness Report 2014-2015*. Disponível em: http://www3.weforum.org/docs/WEF_GlobalCompetitivenessReport_2014-15.pdf. Acesso em 01/12/17.

WORLD ECONOMIC FORUM. *The Global Competitiveness Report 2015-2016*. Disponível em: http://www3.weforum.org/docs/gcr/2015-2016/Global_Competitiveness_Report_2015-2016.pdf . Acesso em 01/12/17.

WORLD ECONOMIC FORUM. *The Global Competitiveness Report 2016-2017*. Disponível em: <https://www.weforum.org/reports/the-global-competitiveness-report-2016-2017-1> . Acesso em 01/12/17.

WORLD ECONOMIC FORUM. *The Global Competitiveness Report 2017-2018*. Disponível em: <https://www.weforum.org/reports/the-global-competitiveness-report-2017-2018> . Acesso em 01/12/17.