

**NOVO MODELO DE CONCESSÃO PARA OS
PORTOS PÚBLICOS: INTELIGÊNCIA DO
ART. 34, LEI 10.233/2001**

***THE NEW MODEL FOR CONCESSIONS REGIME PUBLIC
PORTS, INSPIRED BY THE DETERMINATIONS
OF ART. 34 OF LAW NO. 10,233***

*Carlos Afonso Rodrigues Gomes
Procurador Federal com pós-graduação
em Direito Processual Civil, pela UNISUL*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Concessão de Portos: nova modelagem, segundo inteligência do art. 34, da lei nº 10.233; 2 Das Novas Concessões: da modicidade tarifária; 3 Atividade Portuária: da prorrogação do contrato de concessão; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: Com o fim de regulamentar a exploração dos “portos”, a Lei nº 8.630/93 promoveu a descentralização desse serviço público, sob a configuração jurídica dos portos organizados, administrados e explorados por uma autoridade portuária, todavia, com o encargo daquela delegatária de afastar-se da operação portuária, com a constituição de subconcessões – arrendamento portuário. Em 2001, nova re-estruturação foi implementada pela Lei nº 10.233, criando, inclusive, uma Agência Reguladora, encarregada de implementar as políticas públicas para o setor. A par da constatação da impossibilidade jurídica de transposição do modelo de “porto organizado” para as novas concessões, o presente trabalho busca estabelecer novo modelo, baseado nas disposições especiais da Lei de Criação da Agência Reguladora, na Lei nº 8.987/95, e regulamento a ser editado, segundo inteligência do art. 34, da Lei nº 10.233.

PALAVRAS-CHAVE: Portos. Concessões. Reestruturação. Novo modelo

ABSTRACT: In order to regulate the ports activite, law No. 8.630/93 promoted the decentralization of public service, under the “organized ports area”, operated by the port authority, however, with the commitment assumed by delegate to withdraw your activities away from the port operation itself, with the establishment of sub-concessions. In 2001, new re-structuring was implemented by law No. 10.233, creating a regulatory Agency, responsible for implementing public policies for the sector. Keeping in mind the legal impossibility of transposing the model of “organized port” for the new concessions, this paper seeks to establish a new model, based on specific provisions of the Law that created the Regulatory Agency (No. 8.987/95) and following acts, inspired by the determinations of art. 34 of law No. 10,233.

KEYWORDS: Ports. Public. Concessions. Restructuring. New model.

INTRODUÇÃO

A Lei nº 8.630 tratou de disciplinar a exploração “portos”, atividade essa qualificada como serviço público de titularidade da União. Definiu que a exploração de instalação portuária de uso público ficaria restrita à área do porto organizado, sendo este construído e aparelhado para atender às necessidades da navegação, da movimentação de passageiros ou da movimentação e armazenagem de cargas, cujo tráfego e operações portuárias estejam sob a jurisdição de uma autoridade portuária. Ainda, dotado de um órgão gestor de mão-de-obra (OGMO) e de um Conselho da Autoridade Portuária.

Recentemente, a Secretaria Especial de Portos (SEP), sob o pretexto de dar concreção ao trespasso da exploração de “portos organizados” diretamente a concessionários privados, editou a Portaria nº 108/2010. Esse Estatuto prescreve o direito a qualquer interessado requerer a concessão para construção e exploração de porto organizado. A condição é que tal empreendimento esteja previsto na lista de referência do Plano Geral de Outorgas (PGO), ou haja manifesto interesse na indução do desenvolvimento regional reconhecido pela SEP.

Tratamos do tema noutro artigo¹, evidenciando-se uma impossibilidade jurídica de transposição para as indigitadas concessões do modelo instituído pela Lei de Portos; a dizer, a forma de exploração denominada de “porto organizado” não promove apenas e tão-somente a delegação da execução da atividade portuária, mas a delegação de atividade típica de Estado, insuscetível de trespasso direto ao concessionário privado. É o que ocorre com o exercício do poder de polícia de que trata a lei de portos. De fato, a autoridade portuária é muito mais do que mero administrador e explorador do porto. É a *longa manus* da União a intervir no dia a dia das atividades desenvolvidas nos portos, fazendo escolhas próprias do titular do serviço.

Nesse sentido, com vistas a conferir segurança jurídica na exploração da atividade, com a realização de novas concessões baseadas predominantemente nas disposições da Lei nº 8.987/95, restou proposta a alteração da legislação em vigor, em especial da Lei nº 10.233/2001. Isso não só para a correção de determinadas atecnias da norma, mas também com o fim de tornar realidade jurídica a intenção de consagrar a concessão portuária pública como gênero, que teria como espécies: (a) o porto organizado, trespassado à exploração de terceiros por meio

1 Portos Públicos: descentralização do serviço mediante concessão, segundo a Lei nº 10.233/2001.

de arrendamentos de áreas, na forma da Lei nº 8.630; (b) concessões de unidades específicas (portos públicos *stricto sensu*), com base nas disposições da Lei nº 8.987/95 e regramento específico a ser editado pela Agência Reguladora.

Uma das razões para a constituição de concessionárias de direito privado, e, por conseguinte, dar continuidade ao processo de descentralização das decisões na atividade, é possibilitar maior competitividade, mediante o aumento da eficiência e dos ganhos de produtividade na operação portuária, com a aplicação de técnicas e métodos privados, usualmente aplicados nas atividades industriais/comerciais.

Outra razão seria o reconhecimento do esgotamento do modelo denominado “porto organizado”, já que, considerado forma exclusiva de exploração de instalação portuária pública, não mais atende as necessidades hodiernas.

É certo que a alteração legislativa proposta há de contar com o apoio das autoridades políticas vinculadas à exploração do serviço, em especial do Poder Executivo Federal, quer por meio de edição de medida provisória; quer por meio do encaminhamento de projeto de lei.

Todavia, há de se considerar a hipótese de fracasso da proposta, mantendo-se a demanda sobre novas estruturas portuárias, com vistas ao atendimento das necessidades da coletividade, conforme já manifestado na Portaria nº 108/2010.

Nesse passo, colocado o operador do direito em estado de perplexidade, há de se buscar alternativa, com a interpretação sistemática do ordenamento pátrio, principalmente pela aplicação de princípios gerais de direito², da proporcionalidade e da razoabilidade, embora reconheça-se invulgar aquela proposta de alteração normativa.

É o que pretendemos com o presente trabalho. A dizer, segundo inteligência da Lei nº 10.233, buscar a máxima operatividade da norma, com vistas a atender às necessidades atuais e futuras, quanto ao serviço de “portos”. De outro modo, busca-se conferir máxima eficácia à vontade política do Estado, para a constituição de nova modelagem de concessão do porto público, mediante o trespasse direto à pessoa jurídica de direito privado, em paralelo à delegação de portos organizados na disciplina da

2 GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 9. ed. São Paulo: SARAIVA, 2004, p. 30. O autor informa sobre os princípios gerais de Direito como fonte do Direito Administrativo.

Lei nº 8.630, tanto quanto para redefinir o âmbito de poderes e encargos que serão conferidos àquela concessionária privada.

1 CONCESSÃO DE PORTOS: NOVA MODELAGEM, SEGUNDO INTELIGÊNCIA DO ART. 34, DA LEI Nº 10.233

É competência da União a exploração dos portos marítimos, lacustres e fluviais, conforme dispõe o art. 21, XII “f”, da Constituição Federal/88. Da interpretação do artigo, tanto a doutrina quanto a jurisprudência reconhecem a exploração da atividade portuária como *serviço público federal*³, já que eleita como tal por quem de direito, o legislador constitucional. De fato, como manifestação máxima do poder político, a Constituição relacionou a exploração de portos como atividade própria da União, cuja prestação poderá ocorrer de forma direta ou indireta, mediante a concessão, permissão e autorização. Ou seja, sua prestação é atribuição do Estado, na forma definida pela CF/88.

O entendimento é reafirmado por Maria Sylvia Zanella de Pietro que define serviço público como “*toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público*”⁴ (destaque do autor)

Ademais, sustenta a autora a possibilidade de instituição pelo Estado de determinado serviço público, via lei, ante a necessidade ou utilidade da sua prestação para a coletividade. Vale dizer, o rol apresentado pelo legislador constituinte é apenas exemplificativo, não podendo olvidar da hipótese de constituição de novos serviços públicos, mediante edição de lei ordinária.

Assim, quer seja pela inexistência de recursos, ou de pessoal, quer seja pela maior capacidade de organização empresarial do particular, o Estado – titular do dever de fornecer o serviço – pode transferir o seu exercício para um terceiro, que assume a posição de prestador do serviço, muito embora a titularidade permaneça na pessoa política outorgante.

É exatamente por essa necessidade coletiva que tal atividade fica jungida a determinados princípios que condicionam a sua prestação, direta ou indireta, o que lhe imprime um regime jurídico diverso daquele incidente sobre atividades com expressão econômica, porém com predomínio do

3 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 305.

4 ZANELLA, *Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: ATLAS, 2002. p. 99.

interesse privado. Diz-se de predomínio do interesse privado porquanto toda atividade capaz de gerar riqueza é do interesse do Estado. De fato, é essa geração de riqueza que permite a realização dos objetivos da vida em sociedade, e, portanto, realiza os fins próprios do Estado.

Bem a propósito, Celso Antônio Bandeira de Mello leciona que *“só merece ser designado serviço público aquele concernente à prestação de atividade e comodidade material fruível singularmente pelo administrado, desde que tal prestação se conforme a um determinado e específico regime: regime de Direito Público, o regime jurídico-administrativo”*⁵.

Aliás, é exatamente desse regime prevalecente de Direito Público que subjaz a incidência de determinados princípios que conformam a prestação do serviço público⁶. Princípio da eficiência, da segurança, conforto, regularidade, pontualidade, generalidade, atualidade e modicidade de tarifas, no caso da atividade portuária, segundo disposto nos arts. 20, II “a” e 28 “I”, da Lei nº 10.233/2001, lei essa que dispõe sobre a re-estruturação dos serviços regulados pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários –ANTAQ.

Ainda segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, incidem também outros princípios: *“dever inescusável do Estado de promover-lhe a prestação; da supremacia do interesse público; da adaptabilidade, ou seja, a sua atualização e modernização; universalidade; impessoalidade; da continuidade, entre outros”*⁷.

Nessa altura, importa acrescentar o reconhecimento de que não há que se falar em direito adquirido, em face da contratualização da prestação do serviço por privados (concessionários). Isto porque ao estabelecer a relação jurídica com o titular do serviço, o administrado se insere num regime de sujeição especial, no qual a sua única garantia é a preservação da equação econômico-financeira inicial⁸, sob pena de desconsideração da incidência do princípio da adaptabilidade e da

5 MELLO, *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: MALHEIROS, 2004. p. 622.

6 Para o Ministro Eros Grau “É inteiramente equivocada a tentativa de conceituar-se *serviço público* como atividade sujeita a *regime de serviço público*. Ao afirmar-se tal – que *serviço público* é atividade desempenhada sob esse *regime* – além de privilegiar-se a forma, em detrimento do conteúdo, perpetra-se indesculpável tautologia. Determinada atividade fica sujeita a regime de serviço público porque é serviço público; não o inverso, com muitos propõem, ou seja, passa a ser tida como serviço público porque assujeitada a regime de serviço público”. (A ordem econômica na Constituição de 1988. 13ª ed., São Paulo: MALHEIROS, 2008. p. 117).

7 MELLO, op. cit., p. 626.

8 Bem por isso, a própria Lei nº 10.233/2001 estabelece a obrigatoriedade de inclusão de cláusula no contrato de concessão, dispondo sobre a revisão tarifária, inclusive com a previsão de transferência aos

supremacia do interesse público, o que, por consequência, acabaria por esvaziar o próprio núcleo do conceito de serviço público.

Implica dizer que, caracterizada determinada atividade como serviço público, do fato, *de per se*, atrai-se a incidência de determinados princípios, diversos daqueles incidentes sobre a atividade meramente econômica. Implica dizer, o regime jurídico é diverso, razão pela qual não se sujeitam ao regime de direito privado, mas ao prevaLENTE regime de direito público.

Feitas essas breves considerações, cumpre então retornar ao ponto central do presente trabalho.

A par de estabelecer a disciplina para a exploração da infraestrutura de transporte público (inclusive portuária), a Lei nº 10.233/2001 prevê como diretriz a descentralização das ações, sempre que possível, promovendo sua transferência a *outras entidades públicas*, mediante convênios de delegação, *ou a empresas públicas ou privadas*, mediante outorgas de autorização, *concessão ou permissão*, conforme dispõe o inciso XII do art. 21 da Constituição Federal (art. 12, I).

No caso específico da infraestrutura portuária, precedida ou não de obra pública, ficou definida pelo legislador ordinário a concessão como forma adequada para o trespasse do serviço à exploração de particulares, mediante atos de outorgas que poderão estar vinculados a contratos de arrendamento de ativos e a contratos de construção, na forma disciplinada pela Lei nº 8.630/93.

De outro lado, a Lei nº 9.277/96 estabeleceu a possibilidade de celebração de convênios de delegação entre a União e os demais entes federados, com vistas a permitir a exploração dos portos por estes últimos. A par da importância de tais estruturas para o interesse nacional, não resta dúvidas sobre a conveniência da descentralização, visando compatibilizar a exploração também com os interesses regionais. De outro lado, a tomada de decisão de forma descentralizada, em razão da maior proximidade dos fatos, confere maior efetividade ao dirigismo estatal imperante. Nesse caso, sujeitando-se à legislação federal, notadamente à Lei nº 8.630/93, e as alterações da Lei nº 10.233/2001.

usuários de perdas ou ganhos econômicos decorrentes de fatores que afetem custos e receitas e que não dependam do desempenho e da responsabilidade do concessionário (art. 35, § 1º).

Pode-se, ainda, acrescentar outros dois modos de exploração de instalações portuárias. O primeiro, mediante a descentralização com a incidência do princípio da especialização, com a constituição de pessoas jurídicas específicas (descentralização por serviços⁹), que podem constituir-se sob a forma de autarquia, sociedade de economia mista ou empresas. No caso, a União decidiu pela criação de sociedades de economia mista, as companhias docas.

Um segundo modo, mediante a constituição de delegação por colaboração¹⁰, com a celebração de contrato de concessão, com pessoas jurídicas públicas ou privadas, por inteligência do art. 28 e ss, da Lei nº 10.233, que estabelece, *in verbis*:

Art. 28. A ANTAQ e a ANTT, em suas respectivas esferas de atuação, adotarão as normas e os procedimentos estabelecidos nesta Lei para as diferentes formas de outorga previstas nos arts. 13 e 14, visando a que:

I – a exploração da infraestrutura e a prestação de serviços de transporte se exerçam de forma adequada, satisfazendo as condições de regularidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na prestação do serviço, e modicidade nas tarifas;

II – os instrumentos de concessão ou permissão sejam precedidos de licitação pública e celebrados em cumprimento ao princípio da livre concorrência entre os capacitados para o exercício das outorgas, na forma prevista no inciso I...

[...]

Art. 33. Os atos de outorga de autorização, concessão ou permissão a serem editados e celebrados pela ANTT e pela ANTAQ obedecerão ao disposto na Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, nas subseções II, III, IV e V desta Seção e nas regulamentações complementares a serem editadas pelas Agências.

[...]

9 Conforme Maria Sílvia Zanella Di Pietro. Op. Cit., p. 351.

10 *Ibidem*; p. 353: “descentralização por colaboração é a que se verifica quando, por meio de contrato ou ato administrativo unilateral, se transfere a execução de determinado serviço público a pessoa jurídica de direito privado, previamente existente, conservando o Poder Público a titularidade do serviço”.

Art. 34-A. As concessões a serem outorgadas pela ANTT e pela ANTAQ para a exploração de infra-estrutura, precedidas ou não de obra pública, ou para prestação de serviços de transporte ferroviário associado à exploração de infra-estrutura, terão caráter de exclusividade quanto a seu objeto e serão precedidas de licitação disciplinada em regulamento próprio, aprovado pela Diretoria da Agência e no respectivo edital

Considerando a finalidade da referida Lei, qual seja de promover a re-estruturação do transporte aquaviário, inclusive no que tange à exploração de estruturas conexas indispensáveis ao embarque e desembarque de cargas para o referido modal (instalações portuárias), estreme de dúvidas que a lei buscava inovar quanto às formas de delegação da atividade, permitindo-se, desse modo, a aplicação da Lei de Concessões. Note-se o quanto disposto nos artigos retrotranscritos, que definem o escopo da concessão das instalações, sujeitando os atos administrativos à observância do disposto na Lei nº 8.987/95, e regulamentações complementares a serem editadas pela ANTAQ.

Todavia, o que se considerou num primeiro momento um avanço em relação à legislação anterior, acabou não se refletindo em ações concretas para a modificação do *status* reinante. Vale dizer, a exploração da atividade permaneceu condicionada à constituição de autoridade portuária, nos termos da Lei nº 8.630/93, mantidas as regras e condições ditadas pela referida lei.

Explica-se. Inadvertidamente, ao relacionar as atribuições conferidas à Agência Reguladora do transporte aquaviário, o legislador ordinário condicionou a exploração das instalações portuárias públicas à forma de “porto organizado”. Veja:

Art. 27. Cabe à ANTAQ, em sua esfera de atuação:

[...]

XV – publicar os editais, julgar as licitações e celebrar os contratos de concessão para exploração dos portos organizados em obediência ao disposto na Lei no 8.630, de 25 de fevereiro de 1993;

Ora, se na Seção IV (arts. 28 a 37, da Lei nº 10.233/2001), que trata especificamente dos procedimentos e do controle das outorgas,

não se vinculou a exploração das instalações portuárias ao modelo ditado pela Lei nº 8.630/93, o mesmo não ocorreu com o rol de atribuições de que trata o art. 27. Aqui, a atribuição conferida à ANTAQ foi para promover as licitações e celebrar os contratos de concessão para exploração *exclusivamente* dos portos organizados. Desse modo, vinculou a descentralização da atividade unicamente à exploração de “porto organizado”.

E, conforme demonstrado em outro recente artigo, deixou-se claro que porto organizado constitui-se em estrutura *sui generis*, notadamente por tratar-se de infra-estrutura, construída e aparelhada para a movimentação de passageiros ou da movimentação e armazenagem de mercadorias, *cujo tráfego e operações portuárias estejam sob a jurisdição de uma autoridade portuária*. (art. 1º, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.630/93).

Mas não só. Como porto organizado estará tal “condomínio” marcado por outras características ditas pela própria Lei dos Portos. Assim, estará sujeito à exigência de constituição do CAP (Conselho da Autoridade Portuária), do OGMO (Órgão Gestor da Mão de Obra), órgãos esses que se inter-relacionam com as autoridades relacionadas no art. 3º, da Lei nº 8.630/93.

De outro ângulo, o espírito da lei está fundado na exclusão da autoridade portuária da realização da operação portuária, devendo promover tantos arrendamentos quanto bastem para a transferência da atividade a particulares, mediante contratos de arrendamento portuário (subconcessões). Tal propósito está reiterado no disposto no art. 4º, do Decreto nº 2.184/97, que fixa a obrigação do delegatário de desempenhar exclusivamente as atribuições da autoridade portuária.

Todavia, demonstrou-se a inviabilidade lógico-jurídica de trespasse da atividade inerente à autoridade portuária a mero concessionário privado, porquanto aquele órgão (autoridade portuária) ter como atribuição maior tornar presente o próprio Poder Concedente (condição de *longa manus*), numa posição de supremacia em relação ao administrado. Autoridade como uma espécie de poder contínuo, estabilizado, em que o administrado o reconheça como legítimo e capaz de impor, unilateralmente, determinadas condutas. Então, poder que repousa na crença da legitimidade para o seu exercício. Portanto, capaz de exercer a atividade discricionária de divisar condutas aceitáveis, pois abstratamente admitidas no ordenamento jurídico, e condutas não

aceitáveis, contrárias ao interesse público, ou vedadas aos administrados, no âmbito do serviço recebido em delegação.

De fato, conforme disposto no art. 33, da Lei nº 8.630/93, é a autoridade portuária responsável por tornar a União, titular do serviço público, presente na fiscalização das operações portuárias, zelando para que os serviços se realizem com regularidade, eficiência, segurança e respeito ao meio ambiente.

Estreme de dúvidas que tais poderes de fiscalização, na amplitude conferida à autoridade portuária, não podem ser delegados ao concessionário privado, por constituir-se em atividade típica de Estado, insuscetível de transferência para o particular.

Com efeito, há atividades que não podem ser delegadas. É o que dispõe o art. 4º, III, da Lei nº 11.079/2004, que estabelece a indelegabilidade das funções de *regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado*.

É o caso vertente. Não há dúvidas de que, por vias oblíquas, quer-se conferir poderes ao concessionário, incompatíveis com o arcabouço jurídico, trespassando-lhe funções típicas de Estado.

Conforme expressado anteriormente, a disciplina da Lei dos Portos coloca a autoridade numa posição de supremacia (com as prerrogativas do poder *de imperiū*), porquanto terá jurisdição¹¹, com poderes para fazer cumprir as leis nos limites da área do porto, fiscalizando as operações portuárias, e tudo o mais quanto necessário para que os serviços se realizem com regularidade, eficiência, segurança e respeito ao meio ambiente.

Destarte, o exercício de tais poderes de fiscalização, na amplitude conferida à *autoridade portuária*, não poderá ser delegado ao concessionário privado, sob pena da violação da ordem jurídica em vigor.

Em razão disso, foi proposto a alteração da Lei nº 10.233/2001, com o fim de tornar realidade jurídica a intenção de consagrar as concessões portuárias públicas como gênero, que teriam como espécies (a) o porto organizado, dirigido por autoridade portuária regularmente constituída, trespassado à exploração de terceiros por meio de arrendamentos de áreas na forma da Lei nº 8.630; (b) concessões de

11 Art. 1º, da Lei nº 8.630/93.

unidades específicas (portos públicos *stricto sensu*), sem as mesmas características do porto organizado, já que orientado pelas disposições da Lei nº 8.987/95 e sujeito a regramento próprio a ser disciplinado pela Agência Reguladora, conforme deixou antevê o legislador ordinário no art. 34, da Lei de criação da ANTAQ.

Isso decorre da necessidade de reconhecer o esgotamento da entidade “porto organizado” como estrutura suficiente para resolver todas as situações exigidas pelo mercado, na movimentação de mercadorias do e para o meio aquaviário. De fato, não resolve. Daí a necessidade de criar novas estruturas portuárias, voltadas para o atendimento das necessidades da coletividade geral, dotadas de elevado interesse social, em paralelo ao que se denominou pelo legislador ordinário de “porto organizado”.

Assim, tais concessões, unidades específicas, ora denominadas de “porto público *stricto sensu*”, poderiam ser qualificadas como “Instalação Portuária Pública de Grande Porte (IPPGP)”, constituiriam uma modalidade de porto público, submetido ao prevalecente regime jurídico de direito público, cuja exploração estaria condicionada à prévia licitação, como de regra.

É certo que a alteração legislativa proposta há de ser encampada pelas autoridades políticas vinculadas à exploração do serviço, em especial do Poder Executivo Federal, quer por meio do encaminhamento de projeto de lei (regime ordinário), ou, excepcionalmente, por meio de edição de medida provisória. Dessa forma, ter-se-ia a continuidade da reestruturação e modernização do serviço de exploração da infraestrutura portuária, com vistas ao atendimento das necessidades presentes e futuras.

Todavia, há de se considerar a hipótese de fracasso da proposta, mantendo-se a demanda sobre a Agência Reguladora, para a licitação de novos portos públicos, conforme já manifestado na Portaria nº 108/2010, da Secretaria Especial de Portos. Contudo, tendo por substrato jurídico somente a legislação já em vigor, acrescida do superveniente regulamento da Agência Reguladora, *ex-vi* art. 34, da Lei nº 10233.

Nesse passo, colocado o operador do Direito em estado de perplexidade, há de se buscar alternativas com a interpretação sistemática do ordenamento pátrio, mediante a eleição de princípios

gerais de direito¹², embora tal caminho, não raras vezes, acabe por gerar mais insegurança jurídica, do que propriamente a solução adequada para o problema proposto. Espera-se não ser esse o caso presente.

Aliás, como solução adequada, repita-se, a recomendação é para a alteração dos dispositivos da Lei nº 10.233/2001, com o fim de consagrar a possibilidade de concessões de infraestruturas autônomas públicas (desvinculadas dos portos organizados), exploradas diretamente por concessionários privados, com base em regramento próprio a ser disciplinado pela Agência Reguladora. De ver que tal regramento deverá basear-se na prevalência do disposto na lei de criação da Agência, com aplicação subsidiária da Lei nº 8.987/95; a dizer, sem subsumir-se às disposições inerentes e peculiares aos portos organizados (aplicável exclusivamente aos portos organizados).

Mas, promovendo um alentado esforço interpretativo¹³, é possível divisar como alternativa à solução proposta, menos técnica é verdade, a promoção da concessão de novos portos (não “portos organizados”¹⁴), contudo, restringindo-se as atribuições e competências da concessionária privada, considerando a Lei nº 8.630/93 parcialmente derogada, por incompatibilidade com as concessões de que trata a Lei nº 10.233/2001, com espeque nos artigos 28 a 37, em especial o disposto no art. 34.

Repita-se, não haverá, na espécie, a concessão de portos organizados segundo a disciplina daquela Lei de Portos. Mas sim de portos públicos *stricto sensu*, com base em regramento próprio, a partir do art. 34, da Lei nº 10.233/2001. Tais concessões, unidades específicas, que, como já dito, poderiam ser denominadas ora denominadas “*Instalação Portuária Pública de Grande Porte (IPPGP)*”, constituindo-se espécie (modalidade) de porto público.

12 Diogenes Gasparini informa acerca da utilização dos princípios gerais de Direito como fonte do Direito Administrativo. (Op. Cit., pág 30).

13 Conforme Min. Eros Grau “a interpretação do direito tem caráter constitutivo – não, pois, meramente declaratório – e consiste na produção, pelo intérprete, a partir de textos normativos e dos fatos atinentes a um determinado caso, de normas jurídicas a serem ponderadas para a solução desse caso, mediante a definição de uma norma de decisão. Interpretar é dar concreção (=concretizar) ao direito...Como ela se dá no quadro de uma situação determinada, expõe o enunciado semântico do texto no contexto histórico presente, não no contexto da redação do texto. Interpretar o direito é caminhar de um ponto a outro, do universal ao particular, conferindo a carga de contingencialidade que faltava para tornar plenamente contingencial o particular”. (op. cit., p. 161).

14 Observe-se que é a denominação na sua acepção técnica, conforme conceito legal contido na Lei nº 8.630; não se contrapõe a “portos desorganizados”.

Destarte, não haveria a figura da autoridade portuária propriamente dita, haja vista que tal órgão desempenha uma atividade típica de Estado, intransferível ao concessionário privado, conforme largamente demonstrado no anterior artigo em que se defendeu a alteração normativa. Assim, à concessionária, pessoa jurídica de direito privado, caberia tão-somente a administração e exploração do porto organizado, recaindo sobre ela a responsabilidade integral pela prestação do serviço.

Nesse passo, com vistas a garantir a efetividade do trespasse do serviço público a particulares, garantindo-se eficácia da fiscalização e controle sobre a atividade, restaria vedada a possibilidade de arrendamentos portuários previstos na Lei nº 8.630, enquanto espécie de subconcessão, concentrando-se toda a operação portuária na figura da própria concessionária, que responderá perante a Administração Pública pela qualidade, segurança, continuidade e adequação do serviço prestado¹⁵.

Assim, admitir-se-ia a celebração de contratos entre a concessionária e outros privados. Todavia, tais os instrumentos serviriam tão-somente para a contratação de serviços acessórios, complementares, ou mesmo para projetos associados, não se estabelecendo qualquer relação jurídica entre os terceiros e o Poder Concedente. Tais instrumentos não seriam oponíveis aos direitos da Administração Pública, nem poderiam restringir ou afetar as cláusulas regulamentares (cláusulas do serviço) ou a supremacia do interesse público, como sói ocorrer na prestação de serviço público.

A propósito do tema, José dos Santos Carvalho Filho destaca que *“o concessionário desempenha uma atividade delegada por sua conta e risco. Trata-se de característica própria da concessão. Por essa razão, o concedente nenhuma responsabilidade tem no que se refere às contratações firmadas pelo concessionário”*¹⁶.

Poderá contratar operador portuário? Até poderá, porém mediante contrato regido pelo direito privado, sem possibilidade de transferência da responsabilidade pela adequação do serviço, que é peculiar do concessionário. Vale dizer, não haverá a figura da habilitação do operador portuário, porquanto é o concessionário que responde

15 MUKAI, Toshio. *Concessões, permissões privatizações de serviços públicos*. 2. ed. São Paulo: SARAIVA, 1997. p. 5.

16 *Manual de Direito Administrativo*. 23. ed. Rio de Janeiro: LUMEN JURIS, 2010. p. 431.

pela operação portuária. Por certo, a administradora do porto zelará pela capacidade do contratado, uma vez que será de sua conta e risco a indigitada avença.

Na verdade, considerando o modelo proposto, operador portuário nato seria a própria concessionária, podendo-se constituir em operador único, dependendo de sua organização empresarial. Haveria a faculdade de contratação de operador portuário, se e quando convier ao concessionário, repisando que tal avença não alcançará de modo algum a regulamentação do serviço, vertida no contrato de concessão. Vale dizer, o operador portuário não se caracteriza como figura (requisito) essencial no caso de porto público objeto de concessão, segundo disciplina da Lei nº 10.233/2001, embora possa ocorrer de forma acidental.

Note-se que a qualificação da pessoa jurídica como “operador portuário” é ato solene de manifestação da vontade da autoridade portuária (atividade típica de Estado), inconciliável com a mera figura do concessionário privado.

Nesse sentido, há de se ter por parcialmente revogado o disposto no art. 9º, da Lei nº 8.630/93, pois inaplicável em relação aos portos concedidos nessa ‘nova’ modelagem, uma vez incompatível com o disposto na Lei nº 10.233/2001, para os casos da espécie. Ou seja, não haverá pré-qualificação, ou qualificação, de operador portuário pela Administração do Porto. Será ela, concessionária, a única responsável pela operação portuária, qualidade especial e própria da licitante vencedora, quando da realização de licitação para a delegação de portos concedidos diretamente pela Agência Reguladora, em obediência aos art. 28 e 34, da Lei de criação da ANTAQ.

Implica dizer que a multiplicidade de operadores portuários só tem sentido no âmbito de portos organizados, porquanto ocorrente exploração de cais público de uso múltiplo (operado simultaneamente por vários operadores portuários pré-qualificados). Não há sentido falar-se em operador portuário no âmbito dos portos concedidos, senão na medida em que houver também pluralidade de concessionários, mediante regular fragmentação da atividade ali realizada (subconcessão), o que não se verifica no caso em testilha. Esta é mais uma particularidade do porto organizado, na medida em que voltado para a constituição de grande condomínio de estruturas físicas e de múltiplas atividades, sob a coordenação direta da autoridade portuária. Há, no caso, uma deliberada

fragmentação da atividade (subconcessão), o que não ocorrerá com a delegação do porto público *stricto sensu*.

De outro giro, dentro dessa nova concepção para os portos públicos concedidos, a fiscalização (polícia administrativa) e, por consequência, o exercício do poder sancionatório seriam concentrados na própria Agência Reguladora. Quanto à primeira, haveria a possibilidade de celebração de convênios de cooperação com órgãos e entidades da Administração Pública Federal, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, *ex-vi* art. 28, § 1º “I”, da Lei nº 10.233.

Ordinariamente, no âmbito dos portos organizados, o Conselho da Autoridade Portuária (CAP) detém não somente a função consultiva, mas também a função deliberativa para determinadas situações, como no caso da homologação da tabela de tarifas incidentes nas operações portuárias.

Já nas concessões do porto público *stricto sensu*, isso não ocorre. De fato, só haverá compatibilidade com o novo regime, caso a função desse órgão fique restrita a atividade consultiva, com vistas à propositura de ações para promover a melhoria, racionalização e a otimização das instalações portuárias; representar contra a administração do porto, no caso de desvio do interesse público; manifestar-se sobre os programas de obras, aquisições e melhoramentos da infraestrutura portuária, cuja disciplina já não fosse objeto do edital e respectivo contrato de concessão; promover estudos objetivando compatibilizar o plano de desenvolvimento do porto com os programas federais, estaduais e municipais de transporte em suas diversas modalidades; pronunciar-se sobre outros assuntos de interesse do porto.

De observar que, no caso, suprir-se-ia a competência do CAP para a homologação dos valores das tarifas portuárias, porquanto tais valores seriam tão-somente aqueles fixados no contrato de concessão (relação contratual). Tarifas portuárias entendidas como os valores pagos pelos usuários do serviço, valores esses suficientes para cobrir o custo do serviço, a amortização do capital da concessão e o retorno do negócio (lucro). O modelo tarifário incidente sobre os portos organizados não seria aplicável à espécie, porquanto todo custo do serviço, inclusive a manutenção dos acessos, do calado, da sinalização, da utilização do cais de acostagem etc estariam abrangidos pelo preço público cobrado do usuário.

De outro turno, não caberia ao CAP a competência para baixar o regulamento da exploração do porto e respectivo horário de

funcionamento, porquanto esses encargos seriam atribuição da ANTAQ, via edição de Resolução, promovendo, se necessário, audiência pública para esse fim.

Incabível também falar-se em competência recursal do CAP, quanto à aplicação de penalidades no âmbito do serviço regulado, porquanto tal competência é da própria Agência Reguladora, instância administrativa final na espécie, conforme art. 3º, do Decreto nº 4.122/2002, cujo conteúdo normativo é decorrência da inteligência da Lei nº 10.233/2001, arts. 23 e 27.

De igual modo, há que ser revista pertinência das disposições legais no que tange à constituição do órgão gestor da mão-de-obra (OGMO), quando da concessão em testilha.

Inicialmente, de pontuar que no direito pátrio as relações de trabalho são ordinariamente submetidas à proteção regulamentada pela Consolidação das Leis Trabalhistas (regime celetista). Excepcionalmente, o legislador ordinário previu a convivência de mão-de-obra do trabalhador portuário com vínculo (por prazo indeterminado) e dos trabalhadores portuários avulsos (sem vínculo). Daí, como regra excepcional, deve ser interpretada restritivamente¹⁷ para declarar que a figura do órgão gestor só se compatibiliza dentro das atividades do “porto organizado”, na forma disciplinada pela Lei nº 8.630/93.

Com efeito. A existência do trabalhador avulso não pode ser jungida a mera manifestação de favorecimento, ou privilégio em favor de determinada corporação. Na verdade, a razão lógica da manutenção do trabalhador avulso foi o reconhecimento de que, no ambiente do porto organizado, qualificado pela multiplicidade de operadores portuários, a figura do avulso era benéfica para a atividade, na medida em que determinado trabalhador poderia atender a diversos operadores, sem a existência de vínculo empregatício, mas sim em decorrência da eleição

17 “Em regra, as normas jurídicas aplicam-se aos casos que, embora não designados pela expressão literal do texto, se acham no mesmo virtualmente compreendidos, por se enquadrarem no *espírito* das disposições: baseia-se neste postulado a exegese *extensiva*. Quando se dá o contrário, isto é, quando a letra de um artigo de repositório parece adaptar-se a uma hipótese determinada, porém se verifica estar esta em desacordo com o *espírito* do referido preceito legal, não se coadunar com o fim, nem com os motivos do mesmo, presume-se tratar-se de um fato da esfera do Direito Excepcional, interpretável de modo estrito. – Estriba-se a regra numa razão geral, a exceção, numa particular; aquela baseia-se mais na justiça, esta, na utilidade social, local, ou particular. As duas proposições devem abranger coisas da *mesma natureza*; a que mais *abarca*, há de constituir a *regra*; a outra, a exceção”. (Maximiliano, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito. 19ª ed., Rio de Janeiro: FORENSE, 2008. p. 183)

para o exercício da atividade de embarque e/ou desembarque de cargas. Ou seja, ao operador portuário eleito para a carga ou descarga de determinado navio caberia, como de fato cabe, requisitar a mão de obra ao OGMO, independentemente da manutenção de vínculo. Se por um lado, tal procedimento é suficiente para gerar maior retorno financeiro para o avulso, teria como contrapartida para o operador portuário a redução de encargos sem a manutenção de vínculo empregatício, mormente nos casos do não exercício da operação portuária.

Em determinadas situações, a atividade do operador portuário é acidental (ocasional), dependente da atracação de navios, e quando estes dependam da intervenção de mão-de-obra extra-tripulação com vista a sua descarga. Desde que eleito determinado operador portuário, é dessa escolha que resulta necessária a requisição de mão de obra ao OGMO. Noutros momentos, a manutenção do vínculo empregatício implica na existência de custos, sem necessidade de atuação da atividade obreira.

Ocorre que, como visto, no caso de concessão de portos públicos *stricto sensu*, resta afastada a característica da multiplicidade de operadores portuários. Acidentalmente pode atuar mais de um operador portuário, contudo, essa não é característica peculiar do porto concedido. Isto porque organização empresarial da atividade passa a ser exclusiva do concessionário, já que responde ele com exclusividade pela adequada prestação do serviço. Desse modo, parece evidente a impropriedade de se lhe impor a existência de múltiplos operadores.

Neste caso, há de se reconhecer uma acentuada redução do dirigismo do Estado, privilegiando a organização empresarial da atividade, com vista à garantia da prestação do serviço de forma adequada e, ainda, profissionalização do trabalhador, incumbência que passa a ser exercida, com propriedade, pelo empregador, concessionário privado, o que convergirá certamente para a efetivação da multifuncionalidade, meta albergada pelo legislador ordinário, no âmbito da exploração portuária, conforme a própria Lei nº 8.630/93, art. 57.

Destarte, resta afastada a razão lógica para a existência do trabalhador avulso, no âmbito do porto concedido na nova modelagem, ante a inexistência de multiplicidade de operadores portuários. Em resumo, o OGMO é órgão próprio e compatível com o porto organizado, o que também ocorre com o trabalhador portuário avulso. Nesse ponto, inteiramente aplicável a doutrina retromencionada, acerca da interpretação do Direito Excepcional. Ou seja, se não há a mesma

razão, não se pode aplicar o mesmo direito. De fato, a contratação sem vínculo (avulso) não encontra perfeita adequação no caso em testilha, constituição de concessionário privado, haja vista ser instrumento de realização da atividade dentro do porto organizado.

Com isso, tanto o recrutamento como o treinamento do trabalhador portuário é encargo próprio do concessionário, cuja relação de capital e trabalho deverá ser guiada pela Consolidação das Leis Trabalhista (CLT). Vale dizer, mediante a constituição do regular vínculo empregatício, como regra.

Não bastasse aquela razão de ordem lógica, convém ressaltar que a própria Lei nº 8.630/93 estabelece que, no caso de vir a ser celebrado contrato, acordo, ou convenção coletiva de trabalho entre os trabalhadores e tomadores de serviços, este precederá o órgão gestor e dispensará a sua intervenção nas relações entre capital e trabalho no porto (§ único, do art. 18).

Ora, a razão determinante para a constituição do OGMO foi exatamente a intervenção nas relações entre o capital e trabalho do porto organizado, cuja finalidade legal era a administração do fornecimento da mão-de-obra do trabalhador portuário (não avulso)¹⁸ e do trabalhador portuário-avulso. Na hipótese do item anterior, excluída essa atribuição, há de se perquirir sobre a própria essencialidade do órgão no âmbito de tais portos.

Isto porque a inteligência dos arts. 47 e 49 permite concluir sobre a obrigatoriedade do órgão somente ante a inércia das partes na formalização de contrato, convenção ou acordo coletivo de trabalho. Demais disso, enquanto não criado o órgão gestor, as competências deste seriam exercidas pela própria administração do porto.

Insisto também que a constituição do trabalhador portuário-avulso é resultado da determinação de oportunidade e conveniência da Administração Pública, porquanto, ainda em relação ao contingente existente à época da edição da Lei nº 8.630/93, foi incentivado o cancelamento do registro, mediante o pagamento de indenização, e outras vantagens (art. 59), demonstrando-se uma clara, inequívoca e deliberada intenção do legislador ordinário de extinção da categoria.

¹⁸ Trabalhador com vínculo empregatício por prazo indeterminado.

Para tanto, criou-se inclusive um encargo para o serviço, com a constituição do Adicional de Indenização do Trabalhador Portuário Avulso (AITP), numa manifestação sobre a inconveniência da manutenção dessa figura no âmbito dos portos organizados. No mesmo sentido, há determinação legal para a busca progressiva da multifuncionalidade (art. 57), numa clara demonstração da necessidade de revisão das relações entre o capital e o trabalho portuário.

Sequer pode ser invocado o fato de o Brasil ser signatário da Convenção nº 137, da Organização Internacional do Trabalho, pois além de reconhecer a dinâmica e inovação tecnológica nas operações portuárias, demandando uma reformulação na relação capital/trabalho (multifuncionalidade), a referida norma apenas confere prioridade aos portuários matriculados nas categorias de profissionais portuários.

Dessa forma, a Agência Reguladora do serviço poderá editar regulamento, determinando a obrigatoriedade, *ou não*, de criação do órgão gestor de mão-de-obra, no âmbito dos novos portos concedidos a particulares, fundamentando adequadamente por uma, ou por outra solução, estabelecendo as suas atribuições, competências e as fontes de receitas daquele órgão.

Assim, pois conforme demonstrado acima, ainda que filie-se ao entendimento sobre a obrigatoriedade de constituição do OGMO, no âmbito dos portos organizados; que é órgão compatível com essa estrutura; o mesmo não ocorre com a concessão de porto público *stricto sensu*; neste caso, não se constitui em órgão essencial e necessário.

Em face de todo o exposto, revela-se evidente que a operação portuária, nos portos concedidos ao particular, prescinde da intervenção do trabalhador portuário avulso, sendo que a capatazia, estiva, conferência de carga, conserto de carga, bloco e vigilância de embarcações – privilegiada a multifuncionalidade – poderão ser realizados exclusivamente por trabalhador portuário com vínculo empregatício a prazo indeterminado, conforme regramento a ser editado pela Agência Reguladora, conforme inteligência dos artigos 28 a 37, da Lei nº 10.233/2001.

De fato, a inexistência de multiplicidade de operadores portuários é razão suficiente para afastar a aplicação dos dispositivos da Lei nº 8.630/93, que trata do trabalhador portuário avulso, por incompatibilidade com o “novo” modelo de delegação da atividade.

Repita-se, o trabalhador avulso não é pertinente e compatível com a concessão de portos ao particular, senão daquelas estruturas qualificadas como “portos organizados”, caracterizados pela multiplicidade de subconcessionários (arrendatários) e multiplicidade de operadores portuários.

2 DAS NOVAS CONCESSÕES: DA MODICIDADE TARIFÁRIA

Um ponto que nos chama a atenção, ante a disciplina da Portaria nº 108/2010, diz respeito ao critério de escolha do concessionário, que, segundo disposto naquela Norma, será sempre o de melhor oferta pela concessão, com espeque no art. 34-A, § 2º, inciso IV, da Lei nº 10.233.

Ainda. A referida portaria apresenta como receitas do concessionário: (a) tarifas portuárias; (b) de valores decorrentes de arrendamentos que realizar; (c) de receitas alternativas, complementares ou acessórias ou de projetos associados, conforme previsão em Edital e no contrato de concessão.

Sobre o assunto, note-se que o art. 11, da Lei nº 8.987/95, dispõe que “no atendimento às particularidades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade de tarifas, observado o disposto no art. 17 desta lei”.

No que tange às receitas alternativas, complementares e acessórias, Cármen Lúcia Antunes Rocha, citando Antônio Carlos Cintra do Amaral, anota que tais fontes têm de ser identificadas no edital de licitação, como forma de garantir prévio conhecimento de todos os concorrentes, não só para a garantia do concorrente, mas para a consequente modicidade das tarifas advindas da prestação do serviço¹⁹.

Isto posto, convém transcrever o indigitado art. 34, da Lei nº 10.233/2001, para melhor examinar a validade da escolha do concessionário, com base no critério da melhor oferta. Veja:

Art. 34-A As concessões a serem outorgadas pela ANTT e pela ANTAQ para a exploração de infra-estrutura, precedidas ou

19 ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Estudo sobre concessão e permissão de serviço público no Direito Brasileiro*. São Paulo: SARAIVA, 1996. p. 79.

não de obra pública, ou para prestação de serviços de transporte ferroviário associado à exploração de infra-estrutura, terão caráter de exclusividade quanto a seu objeto e serão precedidas de licitação disciplinada em regulamento próprio, aprovado pela Diretoria da Agência e no respectivo edital.

§ 2º O edital de licitação indicará obrigatoriamente:

[...]

IV - os critérios para o julgamento da licitação, assegurando a prestação de serviços adequados, e considerando, isolada ou conjugadamente, a menor tarifa e a melhor oferta pela outorga.

De ver que o dispositivo não traz qualquer preferência a um ou a outro critério, a par de estabelecer, porém, a possibilidade de conjugação dos mesmos. Todavia, numa interpretação sistemática, convém advertir que, além de apresentar os critérios numa determinada “ordem”, que é repetida pelo art. 15, da Lei nº 8.987/95, não se pode olvidar que a própria Lei nº 10.233/2001 estabelece como objetivo da ANTAQ a busca pela modicidade tarifária (art. 20).

Com efeito, naqueles dispositivos, o legislador indica, primeiramente, o critério de “menor tarifa”, fazendo crer que esse deva ser o critério a prevalecer. Por outro lado, há de se reconhecer ser esse o modo mais adequado de atingir um específico interesse coletivo, qual seja a modicidade tarifária. A dizer, permite a geração de riquezas com um menor custo, o que permite a repartição das vantagens econômicas diretamente com o usuário.

É sabido que toda concessão é, via de regra, onerosa. Isto é, mediante a celebração de contrato, é possível às partes contratantes anteverem os proveitos e encargos a que estarão sujeitos. É certo, ainda, que o concessionário é geralmente remunerado pelo usuário, mediante a fixação de tarifas²⁰. Nesse caso, qualquer encargo assumido é repassado nesse preço.

20 Lúcia Valle Figueiredo, “A justa remuneração do concessionário é, por conseguinte, imperiosa. A Administração, se o entender no estabelecimento de política social, poderá determinar tarifas menores e subsidiá-las. Porém, não poderá deixar de dar a justa retribuição do capital, que deverá ser amortizado ao longo de toda a concessão”. (Curso de Direito Administrativo. 7. ed. São Paulo: MALHEIROS, 2004. p. 94-95).

Esse é o desenho próprio das chamadas concessões comuns (autossustentáveis), em que, ordinariamente, o custo do serviço é totalmente absorvido pelo usuário. A propósito, de invocar a doutrina de Egon Bokmann Moreira²¹, que assevera *verbis*:

[...] uma coisa é o pagamento unitário pelo serviço prestado, a significar a contraprestação pecuniária adimplida pelo usuário (remuneração); outras são a amortização do investimento e o benefício econômico incorporado pelo concessionário ao patrimônio dos seus sócios (lucro). Nas concessões comuns, cujo projeto é autossustentável, a tarifa há de ser a principal fonte de remuneração, amortização e lucratividade. Em suma, ela advém da composição de ao menos cinco itens: (i) benefícios aos usuários; (ii) administração do serviço e respectivos custos operacionais; (iii) lucro do investidor; (v) tributos. O percentual dessas unidades variará de concessão a concessão.

Estreme de dúvidas de que a concessão em testilha, concessões de portos públicos stricto sensu, configuram-se como concessões comuns. No caso específico, então, com a eventual escolha do critério de melhor oferta, o que de fato ocorrerá é a incidência sobre a tarifa não só os custos da prestação do serviço, mas também da amortização do investimento e o lucro. A dizer, a contrapartida decorrente dos investimentos necessários para a modernização do serviço, juntamente como custo de oportunidade do negócio; isto é, a capacidade de gerar receitas e remunerar adequadamente o capital investido pelo concessionário, inclusive o valor pago ao concedente para a garantia do privilégio de execução dos serviços (melhor oferta). Assim, quanto maior for o valor de partida, ou seja, valor de oferta pelo objeto licitado, maior será o valor cobrado do usuário a título de equilíbrio entre encargos e benefícios. A dizer, maior será o valor da tarifa. De fato, o que se tem na concessão comum é a incidência não só dos custos, mas também do lucro sobre o preço pago a título de tarifa.

Destarte, parece evidente que o critério para a escolha do concessionário merece maior reflexão, notadamente pelos impactos que decorrerão da escolha equivocada. Estabelecer como critério de escolha do concessionário o da melhor oferta pela concessão pode não se revelar oportuno, nem eficaz para a exploração dos portos

21 *Direito das concessões de serviço público. Inteligência da Lei 8.987/1995* (Parte Geral). São Paulo: MALHEIROS, 2010. p. 328.

que serão transferidos aos concessionários privados. Mormente porque tal valor, hodiernamente, é carregado para os cofres das Cias Docas (autoridades portuárias), deficitárias convictas²², sem que reflita em qualquer benefício para o usuário dos serviços.

Não há, de fato, qualquer benefício para o usuário com a incorporação do custo (da melhor oferta) nas concessões da espécie. A uma, porque não haverá autoridade portuária nas novas concessões na nova modelagem ora advogada (trespasse diretamente ao concessionário privado); a duas, tal componente em nada afetará a prestação do serviço propriamente dito, senão pelo ingresso de recursos no cofre único da União; a três, viola o princípio da repercussão restrita da política tarifária, que deve estar voltada para a melhoria própria do serviço, e não como fonte de captação do Estado; a quatro, concorre para a manutenção de custo do serviço em patamar superior ao praticado no mercado internacional (Custo Brasil).

Coloca-se como princípio da repercussão restrita da política tarifária como fenômeno que deve incidir sobre a exploração do serviço público, que não pode constituir-se em meio de geração de receitas gerais para o Concedente²³, cuja finalidade desvia-se da melhoria do específico serviço prestado.

Política tarifária como sinônimo de justa remuneração pelo capital investido pelo concessionário, direito intangível deste, que, por óbvio, não significa salvaguardá-los contra os insucessos econômicos, ou a má gestão de seus negócios.

Conforme destaca Diogenes Gasparini “O concessionário atua como empresário e como tal está sujeito aos azares da atividade desenvolvida, decorrentes de crises econômicas ou de sua própria ineficiência empresarial”²⁴

Estreme de dúvidas que o art. 34, da Lei nº 10.233, fornece a opção de utilizar tanto o critério de menor tarifa ou a melhor

²² Inexistência de critérios profissionais objetivos na constituição da direção das Cias Docas. Prevalência do critério político, com a repartição do comando entre aliados políticos (partidos políticos), como é o caso do Porto de Santos.

²³ De fato, a função fiscal, que se consubstancia na arrecadação de recursos financeiros para a manutenção financeira do Estado é própria dos tributos. Excepcionalmente, poder-se-ia valer dos recursos em testilha; mesmo nesses casos, inevitável seria a repercussão na composição tarifária.

²⁴ op. cit., p. 323.

oferta pela outorga, ou, ainda, a conjugação desses dois critérios. Não há, portanto, escolha do legislador ordinário. Este delegou à Administração Pública o encargo de fazer a opção no caso concreto, segundo o critério de conveniência e oportunidade. Todavia, a busca da tarifa ótima²⁵ na exploração do serviço portuário é aquela que, de um lado, remunera o serviço de forma equivalente com os custos internacionais; e, de outro, propicia o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Ainda que se considere a escolha do critério decisão política para o setor, é importante ter-se em consideração qual o impacto e as vantagens decorrentes da definição, uma vez não restar dúvidas sobre os reflexos no preço cobrado do usuário, concorrendo, desse modo, para o não atingimento da tão almejada modicidade das tarifas, conforme o art. 20, da Lei nº 10.233.

De outro tanto, a Portaria faz referência expressa sobre a possibilidade de ingresso de receitas para o concessionário privado, a partir de arrendamentos portuários – para operação portuária propriamente (art. 12, II).

No caso, quanto à possibilidade de receitas da espécie, a dizer com o arrendamento de áreas portuárias, entende-se equivocada a pretensão. De fato, tal fenômeno, divisão do objeto licitado em subconcessões (contratos de arrendamentos) revela-se inadequado com a figura do concessionário privado, conforme demonstrado noutra oportunidade, ressalvada hipóteses excepcionais.

Assim, pois a autoridade portuária a que se refere a Lei nº 8.630/93, para a eficácia da delegação, desenvolve uma atividade típica e própria de Estado, insuscetível de transferência ao privado. É o que ocorre com o procedimento de licitação para o arrendamento de áreas públicas no âmbito dos portos. Vale dizer, não é possível a simples transposição das regras incidentes nos portos organizados, quando da constituição de concessionária pessoa jurídica de direito privado. Sobre o assunto, reporte-se ao quanto exposto nos capítulos anteriores.

Especificamente sobre o regime financeiro das novas concessões portuárias, cabe uma última palavra. Digo respeito ao previsto na Lei nº 3.421, de 10 de julho de 1958, que criou o Fundo Portuário Nacional,

²⁵ Ainda segundo Egon Bockmann Moreira, tarifa ótima é aquela que maximiza o bem-estar social e mantém o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Op. cit., p. 331.

destinado a prover recurso para o melhoramento dos portos e das vias navegáveis do País, que muitos ainda sustentam a sua vigência.

A propósito do assunto, Benjamin Gallotti Beserra aduz *in verbis*:

Embora em aplicação às antigas concessões, ainda em vigor, os preceitos da Lei nº 3.421/58 para o regime financeiro das concessões portuárias já estão obsoletos. Assim, estão incluídas como despesas de exploração, além de sua amortização, a remuneração do capital investido pelo concessionário. Essa remuneração é fixa na base de 10% ao ano, sobre o valor dos investimentos resultantes da soma dos capitais inicial e adicionais, reconhecidos pela União em Tomadas de Contas²⁶

De observar que a disciplina da Lei nº 3.421/58, de fato, já se encontra superada, no que tange à estrutura das tarifas portuárias incidentes no âmbito dos portos organizados, conforme disposição do art. 51, da Lei nº 8.630, que estabelece:

Art. 51. As administrações dos portos organizados devem adotar estruturas de tarifas adequadas aos respectivos sistemas operacionais, em substituição ao modelo tarifário previsto no Decreto nº 24.508, de 29 de junho de 1934, e suas alterações.

Parágrafo único. As novas estruturas tarifárias deverão ser submetidas à apreciação dos respectivos Conselhos de Autoridade Portuária, dentro do prazo de sessenta dias.

Portanto, com a edição da referida lei, instaurou-se uma nova disciplina, rompendo com o modelo tarifário anterior, que restou inaplicável no âmbito dos portos organizados.

De igual modo, as novas concessões não se sujeitarão às disposições da Lei n. 3.421/58, porquanto tais delegações obedecerão o disposto na Lei nº 10.233/20011, Lei nº 8.987/95, com o complemento de regramento próprio a ser editado pela Agência Reguladora. Também por força do disposto no referido art. 51, da Lei nº 8.630/93, caso vigore o entendimento de que os novos portos concedidos também teriam a natureza de portos organizados. Na espécie, há de se ter por revogado aquele Estatuto, uma vez revelar-se incompatível com a legislação em

²⁶ Ensaio para um compêndio básico de direito portuário. Vol. I. Brasília: ALPHA, 2005, p. 82.

vigor incidente, conforme regra de direito intertemporal contida no parágrafo 1º, do art. 2º, da LICC.

Na modelagem de constituição de concessionário privado na exploração de portos, por inteligência dos arts. 28 e 34, da Lei nº 10.233/2001, o que prevalece é a equação financeira que vincula Administração Pública e Concessionária, nos moldes do edital e do respectivo contrato. Vale dizer, somente serão aceitáveis na composição das tarifas, os indicadores previamente indicados na definição da equação econômico-financeira que disciplina a concessão. Veja que, até mesmo o surgimento de novos tributos (imprevistos ou imprevisíveis), poderá, enfim, determinar a obrigação de reequilíbrio da equação original.

De outro lado, de observar que a referida Lei nº 3.421/58 dispõe sobre a criação do Fundo Portuário Nacional e da aplicação da Taxa de Melhoria dos Portos. A par das revogações de trata o art. 9º, e seus parágrafos, da Lei nº 6.222/75, e leis posteriores, com a extinção do núcleo central daquele Estatuto, de notar que, nos novos portos concedidos, não haverá qualquer aplicação dos recursos originários de fundos ou taxas exigíveis no passado. Desse modo, também não haveria razão ou fundamentos para onerá-los na captação dos recursos dos quais não se beneficiarão.

Esse aspecto é de suma importância, já que, a partir dessa constatação, é possível divisar a não identidade das razões que levaram à criação do Fundo, em paralelo com as novas estruturas públicas destinadas à realização de operações portuárias. Ou seja, se não haverá aplicação dos recursos do Fundo nos novos portos públicos, não há porque incidir sobre eles a parcela relativa à disciplina daquele repositório.

Acrescente-se, por evidente, que toda a supra e infraestrutura para o novo modelo de concessão será responsabilidade do concessionário privado, ressalvada a excepcional hipótese de determinados investimentos, previamente estipulados, serem bancados pelo poder público. Todavia, trata-se de situação de exceção, que poderá ser utilização com o fim de fomentar a criação de instalações portuárias (atrair investimentos privados), para suprir determinada demanda, ou interesse social. A regra, no entanto, é que o investimento seja atribuição exclusiva do concessionário privado.

Diversamente do modelo anterior, não se cogita aqui de qualquer participação do Fundo Portuário Nacional. Inaplicável, portanto, o aludido regime tarifário. A dizer, não há razão para a aplicação do regime tarifário a que alude a Lei nº 3.421/58, que, mesmo não revogado expressamente, revela-se inaplicável – por incompatibilidade – aos portos organizados e às novas concessões de que trata o presente estudo. No caso, prevalece a máxima de que “*onde não exista a mesma razão fundamental, não pode prevalecer a mesma regra de direito*”²⁷

De outro tanto, nada impede que sejam estabelecidos *royalties* na composição da equação econômico-financeira original, em decorrência da exploração dos serviços (utilização do meio aquaviário, dos terrenos de marinha etc), que serão recolhidos ao Poder Concedente. Aliás, a própria Portaria nº 108/2010 estabelece no seu artigo 22, a competência para a ANTAQ inserir nos editais e contratos a cobrança de taxa de fiscalização, para custear as despesas da Agência Reguladora no exercício de suas atividades relacionadas à concessão outorgada. Não se pode olvidar, no entanto, que qualquer custo inserido na referida equação econômico-financeira repercutirá diretamente no preço do serviço, encargo esse de regra do usuário.

3 ATIVIDADE PORTUÁRIA: DA PRORROGAÇÃO DO CONTRATO DE CONCESSÃO

Uma das polêmicas que circundam o exercício da atividade portuária por terceiros (desestatização) diz respeito à possibilidade de prorrogação dos contratos de arrendamento, polêmica essa que se estenderá para o âmbito das novas concessões de portos públicos, outorgados segundo inteligência do art. 34, da Lei nº 10.233/2001. É saber se, no caso, há um ato vinculado da Administração; ou, de modo diverso, haverá necessidade de demonstrar que os fundamentos objetivos sob os quais se baseia a Administração Pública são hígidos o suficiente para a defesa e sustentação da legalidade da medida.

De início, cabe pontuar o disposto no art. 28, *caput* II “d”, da retromencionada lei de criação da ANTAQ, que obriga a inclusão dos prazos contratuais nos instrumentos de concessão. De igual modo, o

27 Do brocardo latim *Ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositivo*: “Onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de Direito”.

disposto no art. 2º, da Lei nº 8.987/95²⁸, aplicável à espécie, informa que o contrato deverá ter entre suas cláusulas essenciais aquela relativa às condições de prorrogação do contrato, repisando a obrigatoriedade de prazo determinado, regra essa que vigora nos contratos administrativos.

Nesse passo, o art. 13, da Portaria nº 108/2010/SEP dispõe que “As concessões para exploração dos portos organizados terão prazo de até vinte e cinco anos, podendo, mediante justificativa, ser prorrogadas uma única vez, por prazo máximo igual ao período originalmente contratado”. Não é demais lembrar que o escopo primordial dessa norma era, como de fato é, o trespasse da exploração do serviço portuário diretamente ao concessionário privado.

Observe-se, nesse particular, que a Portaria, partindo da premissa de que a concessão, no caso, ocorreria sob a forma de “porto organizado” (art. 2º) transpôs para as novas concessões o dispositivo do inciso XI, do § 4º, do art. 4º, da Lei nº 8.630/93.

Seguindo-se o raciocínio até aqui desenvolvido, de acentuar que não haverá na espécie a concessão de portos organizados segundo a disciplina daquela Lei de Portos. Mas sim de portos públicos *stricto sensu*, com base em regramento próprio, a partir do art. 34, da Lei nº 10.233/2001. Esta nova modelagem, embora com o núcleo substancial próximo ao do porto organizado (instalação portuária de uso público), com ele não se confunde, haja vista a incidência de características próprias desta instalação (porto organizado), inaplicáveis no caso em testilha.

Todavia, não se vislumbra maiores óbices para a utilização da fórmula, na medida em que não se identifica propriamente um conflito de normas no particular. Aliás, tratando-se de institutos jurídicos próximos, na medida do possível é sempre salutar a convergência de regras, observado a preferência da legislação especial em face da geral. A dizer, observada inexistência de conflito com o espírito da norma especial.

28 Art. 2º Para os fins do disposto nesta lei, considera-se:

I - poder concedente: a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Município, em cuja competência se encontre o serviço público, precedido ou não da execução de obra pública, objeto de concessão ou permissão;

II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco *e por prazo determinado*.

Contudo, nessas concessões comuns (autossustentáveis), vigora o entendimento de que o prazo é decorrência lógica da equação econômico-financeira inicial. É dizer, nessa equação inicial, o prazo é componente indissociável, tomado em consideração, de modo a permitir a recuperação de todo o capital investido. A dizer, o prazo é definido no montante necessário para que o concessionário recupere os desembolsos realizados (amortização do capital), tenha a remuneração pela prestação do serviço, como também obtenha um justo lucro²⁹.

De outro modo, demonstrando-se que o prazo da contratação foi insuficiente para o retorno sobre o capital investido, estar-se-ia diante de justa razão para a prorrogação por prazo, mas de modo (quantidade) suficiente para a complementação da amortização ordinária.

Destarte, fixado o prazo de modo suficiente para a recuperação do investimento, qual a razão, então, para a prorrogação? Preterir a realização de novo certame para atualização objetiva projeto (atualidade do serviço) e das tarifas, inclusive, não contraria o interesse público?

Não há, por certo, que se argumentar sobre a incapacidade da Administração Pública realizar no tempo, modo e termos adequados, ou mesmo custos de certame da espécie, uma vez que tais contratações serão formalizadas com prazo de vinte e cinco anos. É injustificável que, na espécie, a falta de planejamento, organização e/ou de vontade administrativa deem azo à prorrogação, travestindo-se, em verdade, na ilegítima solução para o descaso.

Nessa medida, é certo que a legislação vigente deu guarida para a prorrogação do contrato de concessão em testilha. Todavia, não se trata de ato vinculado, na medida em que tal ato de prorrogação

29 Pela aplicação também nas concessões portuárias; concessões comuns que, via de regra, exigem grandes investimentos iniciais, de bom alvitre citar Egon Bockmann Moreira, *verbis*: "Devido ao motivo de que as concessões de serviço precedidas de obras exigem significativos investimentos e abrangem mais de uma ordem de serviço (a empreitada e aquele que é concedido), o retorno esperado pelo investidor envolve tanto sua remuneração (o ganho oriundo da gestão da obra e do serviço) quanto os custos (fixos e variáveis), a amortização dos bens (ao longo do prazo contratual) e o pagamento dos empréstimos financeiros e do valor da oferta feita ao concedente quando da licitação. Isto é, a fonte de receitas presta-se de forma equivalente a financiar a edificação de bens públicos, a pagar o planejamento e a gestão dos serviços (de duas ordens, reitere-se: de engenharia e de prestação) e a compor a oferta realizada pelo concessionário quando da licitação". (Op. cit., p. 161).

deverá contar com justas razões, inclusive com a demonstração não só do cumprimento das obrigações anteriormente assumidas pelo arrendatário, mas que a prorrogação, no caso, é mais interessante para a Administração Pública do que a realização de novo certame.

Nesse sentido, as cláusulas contratuais não hão de trazer simplesmente a mera faculdade de prorrogação a ser exercida pelas partes. Mas, deverão dispor de modo exaustivo sobre as condições de realização do ato, investimentos que deverão ser realizados, com a revisão da política tarifária incidente. Vale dizer, com o necessário reequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

De observar que tal procedimento de prorrogação, quando ocorrente em concessões cuja escolha do concessionário tenha se dado pelo critério de “menor tarifa” por certo haverá maior facilidade na legitimação do ato de prorrogação, restando indevido falar-se em renovação da oferta “do valor da outorga”. Caso não seja esse o critério de escolha, parece óbvio a incidência da exigência de novo aporte a título de oferta pelo privilégio de continuar no direito de explorar o serviço, sob pena de enriquecimento ilícito. A conclusão é decorrência lógica da equação econômico-financeira do contrato; ou seja, uma vez que tal valor, que integrava a equação inicial, foi totalmente absorvido no curso do prazo original da contratação, o ato de prorrogação estará jungido ao reestabelecimento da equação, com a renovação (novo pagamento) pelo valor pago pela outorga.

De fato, se era devido quando da contratação, qual é a razão para a dispensa na prorrogação, a considerar a regularidade na fixação do prazo inicial da concessão (suficiência para a recuperação investimento, amortização, e retorno do capital e realização do justo lucro)?

Assim, feitas tais considerações, parece evidente que o ato de prorrogação é ato discricionário, em que a Administração se vê obrigada a apresentar as razões para a prorrogação, demonstrando tratar-se de situação de vantagem para o interesse público. Para afastar qualquer pecha de arbitrariedade, mostra-se essencial para a legitimidade do ato que tanto o edital, quanto o contrato, tragam os critérios objetivos de prorrogação. Ou seja, pela regra da vinculação ao instrumento convocatório, os critérios e a possibilidade de exercício da prorrogação façam parte do consciente dos licitantes e da coletividade em geral.

4 CONCLUSÃO

Conforme disposto no art. 175, da Constituição Federal, incumbe ao Poder Público, na forma da lei, a prestação de serviço público de modo adequado, sob o regime de concessão e de permissão. Modo adequado deve ser entendido o serviço que atenda aos princípios da atualidade, continuidade, regularidade, segurança, universalidade, generalidade e da eficiência. No caso da atividade portuária, foi fixado como objetivo a busca modicidade tarifária, fator esse equiparado pelo legislador ordinário aos princípios anteriores (art. 20, da Lei nº 10.233/2001).

É certo que, para o desenvolvimento do presente trabalho, tomou-se como premissa básica a qualificação da exploração da atividade portuária, *lato sensu*, como sendo serviço público federal. A dizer, por força da eleição do legislador constitucional originário, as operações portuárias qualificam-se como serviço público federal (da União), a quem cabe a sua prestação, de modo adequado, *ex-vi* art. 20, XII “f”, da Constituição Federal.

Todavia, em que pese os esforços de conferir a máxima eficácia à re-estruturação da atividade de explorações dos portos, em específico por intermédio da reforma implantada com a Lei dos Portos, Lei nº 8.630/93, a atração do capital privado não foi suficiente para a atualidade do serviço (prestação de modo adequado), nem acompanhou a necessidade imposta pelo fenômeno da globalização, que promoveu o crescimento exponencial da troca internacional de cargas.

Bem por isso, demonstrou-se num trabalho anterior, denominado “*Portos públicos - descentralização do serviço mediante concessão, segundo a Lei nº 10.233/2001*”, a necessidade de reforma da legislação em vigor, com vistas a conferir maior operatividade à reforma pretendida com a edição da Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, de forma a consagrar as *concessões portuárias públicas* como gênero, que teriam como espécies (a) o *porto organizado*, com a respectiva autoridade portuária, trespassado à exploração de terceiros por meio de arrendamentos de áreas na forma da Lei nº 8.630; (b) concessões de unidades específicas (*portos públicos stricto sensu*), aplicável a disciplina da Lei nº 10.233/2001, da Lei nº 8.987/95, com o complemento de regramento próprio a ser disciplinado pela Agência Reguladora.

Ocorre que, em face da representatividade econômica da atividade, há sempre enormes resistências para qualquer alteração legislativa que envolva a exploração de “portos”.

A partir dessa constatação, e por intermédio de uma interpretação sistemática da legislação vigente, buscou-se conferir máxima eficácia ao disposto nos arts. 28 a 34, da Lei nº 10.233/2001, tendo por pressuposto a existência de manifesta deliberação do legislador ordinário, acerca da distinção entre o modelo de exploração ditado pela Lei nº 8.630/93, e aquele agora admitido pela na nova lei.

Com efeito, há de se buscar uma vantagem para a Administração Pública, inteligência do artigo 34, da Lei nº 10.233/2001, com vista a conferir plena eficácia à disposição legislativa de implantar concessões portuárias, a partir de conteúdo normativo da Lei nº 8.987/95, e regulamento específico da Agência Reguladora.

Desse modo, também por constatar que o modelo previsto pela Lei nº 8.630/93, além de esgotado, não consegue acompanhar a evolução e dinâmica nas relações jurídicas demandadas pelo mercado. De fato, é injustificável manter-se como instalação portuária de uso público somente as estruturas portuárias exploradas dentro das poligonais dos “portos organizados”.

Conforme afirmado anteriormente, em face dos desafios gerados pelo crescimento econômico, aliado à crescente globalização dos mercados, com a queda de barreiras econômicas, o que, em consequência, implica numa demanda cada vez maior de infraestrutura portuária adequada, incluindo aí a construção, ampliação ou recuperação de berços, píeres, terminais, pátios, já que mais de 90% das nossas transações comerciais passam necessariamente pelos portos brasileiros, há necessidade de maior versatilidade do modelo de exploração da atividade portuária, sob pena da inadequada prestação do serviço.

REFERÊNCIAS

BESERRA, Benjamin Gallotti. *Ensaio para um compêndio básico de Direito Portuário*. vol. 1. Brasília: Alpha, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

GRAU, Eros. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

Maximiliano, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 17^a ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das concessões de serviço público. Inteligência da Lei 8.987/1995 (Parte Geral)*. São Paulo: Malheiros, 2010.

MUKAI, Toshio. *Concessões, permissões privatizações de serviços públicos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Estudo sobre concessão e permissão de serviço público no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1996.