

Recebido em: 16/10/2021

Aprovado em: 09/11/2021

AS ASSIMETRIAS REGULATÓRIAS DO SETOR PORTUÁRIO: ARRENDAMENTOS PORTUÁRIOS E TERMINAIS DE USO PRIVADO

THE REGULATORY ASYMMETRIES OF THE PORT SECTOR: PORT LEASES AND TERMINALS FOR PRIVATE USE

Renata Cristina Vasconcelos Pacheco

Advogada da União, Especialista em Direito Público, atua na Coordenação-Geral de Portos e Transportes Aquaviários na Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Infraestrutura.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Noções preliminares; 2 A importância dos portos para o desenvolvimento do país e a evolução da legislação portuária; 3 A exploração indireta dos serviços portuários: concessão, autorização e instrumentos de formalização; 4 Características das áreas em que se localizam os arrendamentos portuários e os terminais de uso privado; 5 Os reflexos das assimetrias regulatórias nas disposições contratuais; 6 A forma de contratação dos trabalhadores portuários nos TUPs e nos arrendamentos portuários; 7 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo busca analisar o marco regulatório do setor portuário instituído pela Lei nº 12.815, de 2013, identificando as assimetrias regulatórias instituídas com relação aos arrendamentos portuários e os terminais de uso privado e os respectivos fundamentos. Para tanto serão apresentados os conceitos de arrendamento portuário, de terminais de uso privado TUPs e de assimetria regulatória, bem como a pertinência da instituição de assimetria regulatória para o setor. Posteriormente serão identificadas as principais distinções na regulação das atividades dos arrendamentos portuários e dos TUPs, os instrumentos de formalização da outorga de exploração dos serviços, os reflexos nas disposições contratuais e a questão do monopólio do OGMO na contratação de trabalhadores para os arrendamentos portuários.

PALAVRAS-CHAVE: Regulação. Direito Portuário. Assimetria Regulatória. Regimes Jurídicos Distintos. Lei nº 12.815/2013. Arrendamentos Portuários. Terminais de Uso Privado.

ABSTRACT: This article seeks to analyze the regulatory framework of the port sector established by Law No. 12,815 of 2013, identifying the regulatory asymmetries instituted with respect to port leases and terminals of private use and their respective foundations. To do so, the concepts of port leasing, terminals for private use (TUPs) and regulatory asymmetry will be presented, as well as the relevance of the institution of regulatory asymmetry for the sector. Subsequently, the main distinctions in the regulation of port leasing and TUP activities will be identified, as well as the formalization instruments for granting the operation of services, the consequences in the contractual provisions and the issue of the OGMO monopoly in hiring workers for port leasing.

KEYWORDS: Regulation. Regulatory Asymmetry. Different Legal Regimes. Law nº 12.815/2013. Port Leases. Terminalz for Private Use.

INTRODUÇÃO

Os portos exercem papel de protagonismo na balança comercial brasileira, em especial em razão da importância para o escoamento de produtos nacionais para o exterior. A eficiência da atividade portuária influencia sobremaneira o desenvolvimento da economia do país, mostrando-se de grande importância a construção e modernização de instalações portuárias, a fim de criar uma infraestrutura capaz de atender à demanda logística nacional.

Em razão da necessidade de investimentos vultosos para atendimento dessa demanda de infraestrutura portuária, a prestação dos serviços públicos portuários passou a ser delegada à iniciativa privada, num sistema de dualidade de regimes, público e privado, tendo sido instituída uma regulação assimétrica para os arrendamentos portuários e os terminais de uso privado – TUPs, visando a promover o equilíbrio na atuação das referidas instalações, considerando as características que lhes são inerentes e buscando fomentar a competitividade no setor.

A presente pesquisa busca analisar a legislação portuária, identificando as principais assimetrias regulatórias entre arrendamentos portuários e TUPs.

Inicialmente serão traçadas noções preliminares e conceituais acerca dos elementos analisados, com a apresentação da definição de porto organizado, arrendamento portuário, terminal de uso privado e assimetria regulatória.

Posteriormente será enfatizada a importância dos portos para o desenvolvimento do país e como legislação portuária avançou com o objetivo de fomentar a construção e modernização dos portos no Brasil, com o intuito de promover a eficiência da atividade portuária, impulsionando-se os investimentos no setor.

Se buscará identificar as principais distinções entre os arrendamentos portuários e os terminais de uso privado, iniciando-se com a análise da forma de exploração dos serviços portuários, concessão e autorização, e os instrumentos de formalização, os contratos de arrendamento e contratos de adesão, respectivamente.

Serão analisadas as características distintivas das áreas em que se localizam os arrendamentos portuários e os terminais de uso privado, os reflexos das assimetrias regulatórias nas respectivas disposições contratuais.

Finalmente, será analisada a forma de contratação dos trabalhadores portuários nos TUPs e nos arrendamentos portuários, estando estes últimos sujeitos ao regime de monopólio no fornecimento de mão-de-obra pelos Órgãos Gestores de Mão de Obra – OGMO.

Ao final, apresenta-se a conclusão acerca da análise das assimetrias regulatórias identificadas.

1. NOÇÕES PRELIMINARES

Antes de iniciar a análise das assimetrias regulatórias entre os arrendamentos portuários e os terminais de uso privado, faz-se necessário trazer algumas noções iniciais para melhor entendimento do tema, levando em consideração as definições apresentadas pela própria Lei nº 12.815, de 2013¹.

Porto organizado é um bem público construído e aparelhado para atender a necessidade 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. Nos portos organizados é que estão localizadas as áreas objeto de arrendamento portuário, o qual consiste na cessão onerosa de área operacional e infraestrutura públicas localizadas dentro do porto organizado, para exploração por prazo determinado.

O terminal de uso privado é a instalação portuária explorada mediante autorização e localizada fora da área do porto organizado.

As assimetrias regulatórias, por sua vez, ocorrem quando dois ou mais agentes econômicos atuam num mesmo mercado e estão sujeitos a normas distintas, como lecionaram MARQUES NETO e ZAGO (2018, p. 177 e 182):

As assimetrias regulatórias, assim consideradas como as previsões de regras diferenciadas para atores de um mesmo setor ou mesmo de uma mesma cadeia setorial, devem ser previstas se e na medida necessária para efetivar a pauta da política pública setorial.

(...)

No entanto, dentro de um mesmo subsistema, podemos encontrar regras com incidências diversas, conforme diferentes características, seja da atividade exercida, seja do sujeito que a exerce. Nesses casos, há uma modulação da regulação estatal, que acolhe os atores de um mesmo setor de forma diferenciada conforme o fator de *discrîmen* especificado pela regulação, ensejando direitos e obrigações específicos. Como consequência, **atores de um mesmo setor ou mesmo de uma mesma cadeia setorial podem estar sujeitos a regras diferenciadas, cada qual experimentando ônus diversos**

¹ Art. 2º, incisos I, IV e XI, da Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013

decorrentes da regulação estatal. Tais distinções são referidas como “assimetrias regulatórias” — expressão capaz de captar os mais variados tipos e formas de modulação regulatória que pode ser prevista para determinado setor.⁸ De fato, costuma-se referir a “assimetria regulatória” para os casos em que o ordenamento jurídico admite a exploração de uma atividade em regimes jurídicos distintos, trazendo, para cada qual, regras específicas de atuação.⁹ Nesse caso, atores de um mesmo setor poderão estar sujeitos a regras — obrigações e direitos — diferentes, conforme o regime no qual exploram suas atividades.¹⁰ É o exemplo do setor de telecomunicações (com a dicotomia entre serviços prestados no regime público ou no regime privado, conforme Lei no 9.472/1997) e do setor de portos (com a dicotomia entre exploração de portos organizados e instalações portuárias, conforme Lei no 12.815/2013) (Grifo nosso)

Assim, ao analisar as assimetrias regulatórias entre os arrendamentos portuários e os terminais de uso privado, pretende-se identificar o regramento distinto conferido pelas normas às referidas instalações portuárias, buscando-se compreender os respectivos fundamentos.

2. A IMPORTÂNCIA DOS PORTOS PARA O DESENVOLVIMENTO DO PAÍS E A EVOLUÇÃO DA LEGISLAÇÃO PORTUÁRIA

Os portos possuem grande importância para a economia do Brasil, pois o transporte aquaviário é responsável por grande parcela das movimentações de cargas no país, tendo, apenas no primeiro quadrimestre de 2021, atingido o montante de 380.450.174 toneladas movimentadas, segundo o anuário estatístico aquaviário da Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ². Como destacam CARVALHO e FIGUEIROA (2020, p. 245):

O Brasil possui inúmeros gargalos terrestres, aéreos, aquaviários e marítimos que entravam o escoamento da produção nacional – porém, é possível afirmar que o comércio internacional do Brasil é eminentemente portuário, despontando essa infraestrutura como crucial nesse quesito. O setor portuário aparece como principal via de movimentação do comércio exterior brasileiro, respondendo por consideráveis percentuais do total de importações e exportação.

² <http://anuario.antaq.gov.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=painel%5Cantag%20-%20anu%C3%A1rio%202014%20-%20v0.9.3.qvw&lang=pt-BR&host=QVS%40graneleiro&anonymous=true> acessado em 02 jul. 2021

Considerando o impacto que as movimentações portuárias representam no PIB nacional, em especial o relevante papel nas exportações, vislumbra-se ser necessária a constante busca por melhorias no setor, de modo a otimizar as atividades portuárias, impulsionando, por conseguinte, a economia do país.

A Constituição Federal estatui, em seu art. 21, inciso XII, alínea f, que compete à União explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os portos marítimos, fluviais e lacustres.

Dentre as ações voltadas à modernização do setor, observa-se que a legislação portuária vem promovendo ao longo do tempo uma maior abertura à participação da iniciativa privada. Sobre a participação da iniciativa privada na prestação de serviços públicos, BARROSO (2015, p. 24) consignou:

Precisamos superar o preconceito e a desconfiança que ainda existem no Brasil em relação ao empreendedorismo e à iniciativa privada. Temos um capitalismo envergonhado. Ser progressista significa querer distribuir as riquezas de forma mais justa. Mas a história provou que, ao menos no atual estágio da condição humana, a iniciativa privada é melhor geradora de riquezas do que o Estado. Trata-se de uma constatação e não de uma opção ideológica. Precisamos aceitar esta realidade e pensar a vida a partir dela. Qual a origem dessa desconfiança e desse preconceito?

(...)

Precisamos superar essa visão, que está por trás de uma concepção de que o Estado deve ser protagonista de tudo. Governo é para garantir as regras do jogo, criar infraestrutura e ajudar os pobres, arrecadando tributos com eficiência e justiça fiscal, redistribuindo renda, bancando programas sociais e, sobretudo, prestando serviços públicos de qualidade. Excepcionalmente, em áreas estratégicas, é possível ter o Estado atuando diretamente em atividades econômicas. Mas, como regra, não em regime de privilégio, de exclusividade, de monopólio.

Precisamos de marcos regulatórios claros, competição, incentivos ao empreendedorismo e à inovação. (...)

A Lei nº 8.630, de 1993, denominada de Lei de Modernização dos Portos, foi responsável pela privatização da operação portuária, representando um grande avanço para o setor, que passou a receber

vultosos investimentos, aumentando a eficiência e a competitividade dos portos brasileiros (CORDEIRO, 2015, p. 179).

Sob a égide da Lei nº 8.630, de 1993, foi editada a Resolução ANTAQ nº 517, de 2005, segundo a qual a implantação dos terminais privados deveria ser justificada tão somente pelas cargas próprias. Posteriormente, o Decreto nº 6.620, de 2008 dispôs que a movimentação de cargas de terceiros poderia ocorrer, porém de forma eventual e em caráter subsidiário. Com o advento da Lei nº 12.815, de 2013, que revogou a Lei nº 6.830, de 1993, os terminais privados passaram a poder movimentar cargas de terceiros sem as restrições anteriormente impostas.

No art. 3º da Lei nº 12.815, de 2013 foram traçadas diretrizes a serem observadas na exploração dos portos organizados e instalações portuárias, objetivando aumentar a competitividade e o desenvolvimento do país, prevendo como uma das diretrizes a expansão, modernização e otimização da infraestrutura e da superestrutura que integram os portos organizados e as instalações portuárias.

A análise da evolução histórica da legislação portuária evidencia, portanto, a tendência de abertura das atividades portuárias à iniciativa privada, a fim de impulsionar a realização de investimentos no setor, tendo como norte a expansão e modernização dos portos brasileiros³.

3. A EXPLORAÇÃO INDIRETA DOS SERVIÇOS PORTUÁRIOS: CONCESSÃO, AUTORIZAÇÃO E INSTRUMENTOS DE FORMALIZAÇÃO

Diante da notória relevância econômica, especialmente em termos de logística, abastecimento e comércio internacional, o constituinte atribuiu a titularidade da exploração portuária à União, que poderia explorar as atividades direta ou indiretamente, mediante autorização, concessão ou permissão, sendo conferida discricionariedade ao legislador para estabelecer a forma pela qual a União regularia o exercício da atividade econômica e como levaria a efeito a prestação dos serviços públicos (MOREIRA, 2019, p. 47/48).

Conforme acima observado, a evolução legislativa portuária propiciou uma maior participação da iniciativa privada. Essa participação tem ocorrido mediante concessão e autorização, conforme o tipo de instalação portuária.

Inicialmente cumpre esclarecer que apesar de os arrendamentos portuários se caracterizarem como uma espécie de concessão de serviço público, não se confundem com a concessão prevista no inciso IX do art.

3 Para que o Brasil se iguale aos países com melhor desempenho em investimentos no setor portuário, seria necessários investimentos da ordem de 127 bilhões de dólares, segundo estimativas do Global Infrastructure Outlook. <https://outlook.gihub.org/countries/Brazil>. Acessado em 25 de ago. 2021.

2º da Lei nº 12.815, de 2013, que consiste na cessão onerosa do porto organizado, com vistas à administração e à exploração de sua infraestrutura por prazo determinado, ou seja, a concessão de serviços de atribuição da autoridade portuária.

É importante destacar que tais institutos são espécies do gênero concessão de serviços públicos, contudo, para serviços distintos. Apesar da definição legal acima mencionada ser mais específica quanto à nomenclatura, entende-se que não se pode deixar de considerar que os arrendamentos portuários são espécie concessão de serviço público, notadamente porque o arrendamento não compreende apenas o “aluguel” de uma área, mas primordialmente a prestação dos serviços públicos portuários, tais como movimentação e armazenamento de cargas. Nesse sentido, ao tratar sobre os arrendamentos portuários, GARCIA e FREITAS (2014, p. 111) observaram:

Não se trata de um típico contrato de arrendamento de bem público, por meio do qual o arrendatário explora os frutos de determinada propriedade pública, mediante condições especiais, aprovadas pelo Ministro da Fazenda, por prazo superior a 20 anos (art. 96, parágrafo único, do Decreto-Lei nº 9.760/1946, com a redação dada pela Lei nº 11.314/2006). **Cuida-se, na verdade, de um contrato que veicula um serviço público, por meio do qual a Administração pública transfere não só o uso de determinado bem público, mas, também, a prestação de um serviço de sua titularidade** (art. 21, XII, “f”, da CRFB). (Grifo nosso)

Os arrendamentos de instalação portuária são, portanto, explorados pela iniciativa privada por meio de concessão de serviços públicos, em que os interessados participam de certame licitatório, sagrando-se vencedor o que apresentar a melhor proposta conforme os critérios do edital. O instrumento que formaliza a outorga dos serviços é o contrato de arrendamento portuário, que pode ser considerado uma espécie de contrato de concessão.

Nos arrendamentos portuários os serviços portuários públicos de movimentação de cargas nas áreas dos portos organizados são outorgados ao particular, que passará a prestar os serviços mediante cobrança de preço aos usuários. Em contrapartida, o arrendatário pagará valor pela outorga ao Poder Concedente⁴, dentre outras obrigações a que se compromete, conforme respectivas disposições contratuais.

⁴ Vale observar que nos projetos de arrendamento portuário mais recentes os pagamentos a serem realizados pelos vencedores dos leilões têm se revertido a favor da administração do porto, a título de arrendamento,

Por outro lado, a exploração dos serviços portuários pelos terminais de uso privado se dá mediante autorização, considerando que a área a ser utilizada para instalação do terminal portuário é de uso privado do particular.

Importa salientar que essa autorização difere da autorização considerada ato administrativo decorrente do poder de polícia e da autorização de uso de bem público, como observou MOREIRA (2015, p. 128):

Quando se confere o termo “autorização administrativa” este sentido tradicional (ou equivalente), não se está a falar de bens e serviços de competência da União (e a recíproca é verdadeira: quando a Constituição se refere à autorização para atividades cometidas à União, não está a tratar das autorizações do setor privado da economia). Tais autorizações liberatórias não podem ser praticadas no setor público da economia, tal como definido pela Constituição. O que se tem é, no setor econômico privado, a necessidade do exame e da liberação administrativa como condição ao exercício de determinadas atividades próprias, de titularidade das pessoas privadas (e reitere-se, este é apenas um dos sentidos jurídicos da palavra).

(...)

Estamos a falar de qualquer coisa, menos das autorizações previstas no art. 21 da Constituição – que se dirigem ao setor público da economia. E porque dirigidas ao setor público, permitem a inserção da pessoa privada nesse domínio econômico, constituindo um dos títulos jurídicos que a habilitam a explorar determinada atividade de reserva pública. **Por isso que são autorizações constitutivas, não declaratórias, com forte carga mandamental. São autorizações que obrigam, que instruem como deve ser desenvolvida a atividade e estabelecem metas (não apenas autorizam seu desenvolvimento).** Tanto isso é verdade que, na dicção legal do art. 8º, § 1º, da Lei nº 12.815/2013, tais autorizações – no setor portuário – são instrumentalizadas em “contratos de adesão”. (Grifo nosso)

No mesmo sentido destacou CARVALHO (2020, p. 539/540):

A figura da autorização é tradicionalmente reputada pela doutrina administrativista como ato administrativo. **No entanto, os tribunais superiores têm apresentado o entendimento no sentido de que essa autorização para utilização da infraestrutura portuária, em razão**

afastando-se do modelo de pagamento de outorga ao poder concedente.

de ser formalizada por contrato de adesão, permite a aplicação do regime dos contratos administrativos. Esse entendimento foi proferido inicialmente pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do MS nº 6.803/DF e, posteriormente, confirmado pela Segunda Turma do STF, no julgamento do RMS nº 24.286/DF. Esses julgados analisaram contratos de adesão celebrados nos anos noventa com base na antiga Lei dos Portos, a Lei nº 8.630/1993. No entanto, o entendimento ainda se aplica aos atuais contratos, porque a Lei nº 12.815/2013 mantém a referida disciplina em relação a essas autorizações. (grifo nosso)

O instrumento que formaliza a autorização é o contrato de adesão, como consta na própria definição do art. 2º inciso XII da Lei nº 12.815, de 2013. Como se extrai das transcrições acima, o contrato de adesão não tem característica de simples ato administrativo de autorização, uma vez que formaliza uma relação jurídica bilateral, disciplinando o desenvolvimento da atividade e consignando os parâmetros da atividade e da instalação portuária a ser implantada, tais como prazo de início da operação, área da instalação, perfil e capacidade de carga que a instalação está autorizada a operar, entre outras disposições contratuais.

A seleção da autorizatária é precedida de chamada ou anúncio públicos e, havendo mais de um interessado, caso haja impedimento locacional para a implantação de todas as propostas de maneira concomitante, será realizado processo seletivo.

Outra importante distinção decorrente da forma de exploração dos arrendamentos portuários e dos terminais de uso privado se refere à natureza da atividade exercida, observando-se uma dualidade de regimes jurídicos, tendo em vista que nos arrendamentos portuários há a delegação de serviços públicos, nos moldes do art. 175 da Constituição Federal, enquanto que nos TUPs há o exercício de atividade econômica em sentido estrito, como apontaram GARCIA e FREITAS (2014, p. 97):

Ora bem, extrai-se do dispositivo constitucional uma dualidade de regimes jurídicos para a exploração da infraestrutura portuária: o dos serviços públicos e a das atividades econômicas.

Exposto em outros termos, quando a exploração dos serviços portuários for delegada para o setor privado, por meio dos institutos da “concessão” e da “permissão”, ter-se-á, consoante o disposto no art. 175 da Constituição da República, a delegação de um serviço público, os quais serão informados pelo conceito constitucional de serviço público adequado (art. 175, parágrafo único, IV, da CRFB).

Por outro lado, quando a exploração desses serviços for delegada pela via da “autorização”, tratar-se-á uma atividade econômica em sentido estrito, que sofrerá os influxos da regulação estatal.

Nessa linha de entendimento, extrai-se que o estabelecimento de regulação assimétrica para o setor pelo legislador infraconstitucional não padece de inconstitucionalidade, uma vez que segue os parâmetros traçados na Constituição Federal de 1988.

4. CARACTERÍSTICAS DAS ÁREAS EM QUE SE LOCALIZAM OS ARRENDAMENTOS PORTUÁRIOS E OS TERMINAIS DE USO PRIVADO

Uma das principais inovações trazidas pela Lei 12.815, de 2013 foi a alteração do critério de distinção entre TUPs e arrendamentos Portuários. Anteriormente o critério era o tipo de carga movimentado pelo terminal, se própria, de terceiro ou mista, com o advento da Lei nº 12.815, de 2013 passou-se a adotar o critério geográfico, que distingue as instalações conforme a sua localização. Os arrendamentos portuários são as instalações localizadas dentro da poligonal do porto organizado, enquanto os TUPs estão localizados fora da área do porto organizado. Nesse diapasão, MOREIRA (2019, p. 49/50) observou:

Com o tempo, porém, o marco legal do setor foi atualizado, não apenas com vistas a racionalizar confusão terminológica, mas especialmente visando a torná-lo mais eficiente. A nova legislação setorial foi positivada pela Lei nº 12.815/2013, que tem como objetivos claros a expansão e modernização dos portos brasileiros (art. 3º, inc. I), obediente às competências da Antaq. Para tanto, a Lei nº 12.830/2013 previu alterações nos regimes jurídicos da exploração portuária. Por um lado, aboliu qualquer diferenciação entre terminal de uso privado e de uso público a partir da qualificação da carga movimentada. A dualidade de regimes (público e privado) passou a depender de um único critério: a localização geográfica da área, isto é, se dentro ou fora do porto organizado – sendo este delimitado por ato do Executivo (art. 2º, incs. I e II). Por outro, previu a prorrogação antecipada dos contratos até então vigentes (art. 57)

A característica da área a ser ocupada é um dos fundamentos principais para as assimetrias regulatórias entre arrendamentos portuários e terminais de uso privado.

Os arrendamentos portuários têm como objeto áreas que se localizam dentro dos portos organizados, que são considerados bem públicos dotados

de uma infraestrutura portuária comum já construída e com disponibilidade de serviços a serem prestados pela autoridade portuária.

Os terminais de uso privado, por sua vez, serão instalados em área privada, cujo direito de uso deve ser comprovado à ANTAQ quando da apresentação da documentação para obtenção de autorização de exploração.

Ademais, o interessado deverá construir toda a instalação e respectivos acessos, bem como realizar a dragagem dos canais de acesso para passagem de navios.

A construção de uma instalação portuária demanda altos investimentos, então a carência de recursos públicos para fazer frente a essa demanda de investimentos foi um dos fatores que acarretou a obsolescência da infraestrutura portuária no passado, afetando sobremaneira a economia nacional e impondo a adoção de medidas de incremento da infraestrutura portuária, dentre as quais, a autorização da exploração da atividade por particulares em regime de atividade econômica em sentido estrito.

Nesse diapasão, a autorização da exploração pela iniciativa privada possibilita a criação de maior quantidade de portos no país, solucionando mais rapidamente os gargalos logísticos existentes no Brasil e otimizando o escoamento dos produtos nacionais, bem como atendendo a demanda interna de produtos importados. Nesse diapasão, FREITAS e RIBEIRO (2016, p. 9) observaram:

Entre os desafios experimentados pela infraestrutura portuária está, no caso brasileiro, o fato de a União ser o ente competente para explorar os portos marítimos, fluviais e lacustres. Em um país de extensão continental, não se trata de tarefa trivial, motivo pelo qual a Constituição lhe franqueia a possibilidade de fazê-lo diretamente, ou por meio de delegação a particulares, pelos títulos habilitantes da concessão, da permissão e da autorização (...)

A grande extensão de costa marítima brasileira, em que pese favorecer a implantação de instalações portuárias, se apresenta como um grande desafio de gerenciamento da infraestrutura portuária, o que motivou a adoção de alternativas ao regime público para a solução de problemas logísticos nacionais.

5. OS REFLEXOS DAS ASSIMETRIAS REGULATÓRIAS NAS DISPOSIÇÕES CONTRATUAIS

O art. 5º-C da Lei nº 12.815, de 2013, com as alterações promovidas pela Lei nº 14.047, de 2020, estabeleceu as cláusulas essenciais aos contratos de arrendamento portuário:

Art. 5º-C. São essenciais aos contratos de arrendamento as cláusulas relativas: I - ao objeto, à área e ao prazo;

II - ao modo, à forma e às condições da exploração da instalação portuária;

III - ao valor do contrato e aos critérios e procedimentos de revisão e reajuste;

IV - aos investimentos de responsabilidade do contratado;

V - às responsabilidades das partes;

VI - aos direitos, às garantias e às obrigações do contratante e do contratado;

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

VIII - às hipóteses de extinção do contrato;

IX - à obrigatoriedade da prestação de informações de interesse do poder concedente, da Antaq e das demais autoridades que atuam no setor portuário, inclusive as de interesse específico da defesa nacional, para efeitos de mobilização;

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

XI - às penalidades e sua forma de aplicação; e

XII - ao foro.

O art. 8º, § 1º da Lei nº 12.815, de 2013, ao tratar da autorização de instalações portuárias, prevê a formalização da autorização por contrato de adesão, o qual conterá as cláusulas essenciais do art. 5º-C, com exceção da cláusula prevista no seu inciso III. Como se colhe do dispositivo acima transcrito, o inciso III se refere a cláusula relativa ao valor do contrato e aos critérios e procedimentos de revisão e reajuste.

Desse modo, as demais cláusulas, concernentes ao objeto, área, prazo, exploração da instalação, investimentos, responsabilidades,

obrigações, garantias, hipóteses de extinção, obrigatoriedade de prestação de informações, acesso à instalação à ANTAQ e autoridades que atuam no setor portuário, penalidades e foro são essenciais tanto aos contratos de arrendamento portuário quanto aos contratos de adesão.

Ocorre que, apesar de conterem quase as mesmas cláusulas essenciais, o conteúdo dessas cláusulas se diferencia, conforme se trate de contrato de arrendamento ou de adesão, justamente em razão da assimetria regulatória engendrada pela própria legislação.

Inicialmente observa-se que o prazo de vigência contratual, de acordo com as normas atuais, é distinto. O prazo da autorização da instalação portuária é de até 25 anos, prorrogável por períodos sucessivos, desde que atendidas as condições estabelecidas, como estatui o art. 8º, § 2º da Lei nº 12.815, de 2013. O prazo de vigência dos contratos de arrendamento portuário, previsto no Decreto nº 8.033, de 2013, era de até 25 anos, prorrogáveis, sendo, contudo, modificado pelo Decreto nº 9.048, de 2017, passando a ser de até trinta e cinco anos, prorrogáveis até o máximo de setenta anos, incluídos o prazo de vigência original e todas as prorrogações, nos termos do art. 19, inciso II do Decreto nº 8.033, de 2013 com alterações posteriores.

A principal distinção que se identifica quanto ao prazo é que os contratos de adesão podem ser prorrogados indefinidamente, desde que observadas as condições legalmente estabelecidas, enquanto os contratos de arrendamento têm um prazo máximo limite de 70 (setenta) anos.

No que tange ao modo, forma e condições de exploração da instalação portuária, verifica-se que nos terminais de uso privado há uma maior margem para definição e alteração dessas disposições, pela natureza privada do empreendimento. Nos arrendamentos portuários não se pode distanciar muito do que foi previsto no edital, sob pena de desnaturação do objeto do contrato e ofensa ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório e da isonomia entre os licitantes. Ademais, considerando que os arrendamentos portuários se situam nos portos organizados, devem se adequar ao Plano de Desenvolvimento e Zoneamento - PDZ⁵ do porto respectivo.

O valor do contrato é um dos principais pontos de distinção, juntamente com os critérios e procedimentos de revisão e reajuste, tendo em vista que são cláusulas aplicadas apenas aos arrendamentos portuários.

Nos arrendamentos portuários, em que a arrendatária utiliza a infraestrutura do porto organizado e que o contrato formaliza uma

5 Segundo o art 2º, inciso II da Portaria MINFRA nº 61, de 2020, o PDZ é um instrumento de planejamento operacional que deve contemplar as estratégias e ações para a expansão e desenvolvimento integrado, ordenado e sustentável das áreas e instalações do porto organizado.

concessão sob regime de serviços públicos, há o pagamento da outorga, sendo o valor do contrato geralmente composto por remuneração fixa e remuneração variável, havendo a previsão de movimentação mínima contratual - MMC, objetivando incentivar a maximização da eficiência do terminal arrendado. O arrendatário se incumbirá, no entanto, da realização de investimentos para instalação da superestrutura do terminal, tais como máquinas e equipamentos para a movimentação de cargas, entre outros.

Nos contratos de adesão, o autorizatário se obriga a investir tanto na construção da infraestrutura do porto, como da superestrutura, ocupando uma área privada fora da poligonal do porto organizado, motivo pelo qual não é previsto o pagamento de outorga, havendo apenas o compromisso da realização dos investimentos para operação da instalação portuária.

Quanto aos investimentos, vale recordar que no caso dos arrendamentos portuários há a previsão de irreversibilidade dos bens⁶ decorrentes dos investimentos realizados que foram amortizados, mas havendo algum evento causador de desequilíbrio da equação econômico-financeira do contrato, dependendo do que foi estabelecido na matriz de risco contratual, poderá ocorrer o reequilíbrio econômico-financeiro, cabendo, inclusive, indenização pelos investimentos autorizados e não amortizados.

Por outro lado, os investimentos realizados nos terminais de uso privado ocorrem por conta e risco do autorizatário, que não poderá pleitear indenização nem reequilíbrio por eventos imprevisos que interfiram na exploração da instalação portuária e nos resultados esperados.

Quanto à garantia, deve-se recordar que a finalidade de se exigir a prestação de garantia nos arrendamentos portuários é assegurar a execução do contrato, evitando-se prejuízos à continuidade do serviço e ao interesse público. Assim, uma modalidade de garantia que não possibilite a segurança pretendida não é hábil a atender a finalidade buscada. Nesse sentido, restou consignado no Acórdão 801/2004 TCU – Plenário: *“A exigência de garantia visa a assegurar a execução adequada do contrato e o cumprimento dos compromissos assumidos, eliminando riscos de insucesso”*

Essa preocupação com a continuidade do serviço e o interesse público se justifica na medida em que o arrendatário ocupa bem público destinado à prestação de serviço público portuário e realização de investimentos para a modernização da superestrutura do terminal arrendado. No caso do contrato de adesão, a exigência de garantia foi flexibilizada para aquelas instalações portuárias em que não houve concorrência, tendo sido a única interessada em operar na localidade, estando em exercício de atividade

6 Nesse aspecto, a reversibilidade ou não do bem pode variar de acordo com cada modelo adotado e o interesse ou não dos bens após o encerramento do contrato de arrendamento.

econômica em sentido estrito. Somente é exigida garantia de execução quando houver ocorrido processo seletivo, conforme regulamentado no art. 20, § 3º da Resolução Normativa ANTAQ nº 20, de 2018: “No caso de realização de Processo Seletivo Público, será exigida do autorizatário, por ocasião da celebração de contrato de adesão, garantia de execução dentre as seguintes modalidades (...)”.

Há obrigatoriedade de ambas as instalações à prestação de informações de interesse do poder concedente, da Antaq e demais autoridades que atuam no setor, bem como ambas estão sujeitas à fiscalização, devendo permitir o acesso à instalação portuária das autoridades competentes, cabendo a aplicação de penalidades em caso de descumprimento das exigências normativas ou obrigações contratuais.

A extinção da autorização formalizada mediante contrato de adesão pode ocorrer por renúncia, anulação ou cassação, nos moldes do art. 38 da Resolução Normativa ANTAQ nº 20, de 2018, podendo se extinguir por decurso do prazo de vigência, quando não for prorrogado o contrato de adesão.

A Lei nº 12.815, de 2013, apesar de prever como cláusula essencial a que trate das hipóteses de extinção do contrato, não dispôs sobre as possibilidades de extinção deste. Contudo, conforme dito em linhas atrás, os contratos de arrendamento portuário têm a natureza de contratos de concessão de serviços públicos, aplicando-se subsidiariamente a Lei nº 8.987, de 1995. O art. 35 da Lei das Concessões elencou como hipóteses de extinção da concessão as seguintes: advento do termo contratual, encampação, caducidade, rescisão, anulação e falência ou extinção da empresa concessionária e falecimento ou incapacidade do titular, no caso de empresa individual.

Além dessas hipóteses, JUSTEN FILHO (2003, p. 216) entende que o art. 35 não é taxativo, sendo possível incluir outras hipóteses como o desaparecimento do objeto, a força maior e o distrato, sendo este último o desfazimento da concessão por ato bilateral e consensual entre as partes. Nesse diapasão, SADDY (2013, p. 33) consignou:

A rescisão é o desfazimento do contrato durante o prazo de sua execução. (...) Embora a lei não o diga, haverá sempre lugar para a rescisão amigável, que decorre do acordo entre as partes, no qual estas convencionam o modo e forma de devolução da atividade e eventuais pagamentos devidos.

Portanto, entende-se que as hipóteses de extinção do contrato de arrendamento não se cingem apenas àquelas elencadas no art. 35 da Lei

nº 8.987, de 1995, sendo possível a inserção de cláusula contratual com outras hipóteses de extinção, a exemplo da rescisão amigável, o que se pode verificar em alguns contratos de arrendamento portuário em vigor.

6. A FORMA DE CONTRATAÇÃO DOS TRABALHADORES PORTUÁRIOS NOS TUPS E NOS ARRENDAMENTOS PORTUÁRIOS

Um dos pontos mais sensíveis da assimetria regulatória entre TUPs e arrendamentos portuários é a forma de contratação dos trabalhadores portuários⁷, isso porque a Lei nº 12.815, de 2013 reestabeleceu o critério de exclusividade de contratação perante o Órgão Gestor de Mão de Obra - OGMO, que havia sido substituído anteriormente pelo critério da prioridade quando da internalização da Convenção nº 137 da OIT.

Os titulares de arrendamentos portuários têm a obrigatoriedade de contratar exclusivamente com os OGMOs, que indicam a quantidade de trabalhadores e quais serão os prestadores de serviço. Alega-se que não foram realizados treinamentos adequados para que os trabalhadores portuários registrados nos OGMOs se capacitassem para operar os equipamentos portuários modernos, o que ocasiona problemas de eficiência na movimentação de cargas, aumentando o custo do serviço prestado, dificultando a competitividade dos arrendamentos portuários com os terminais de uso privado.

Os TUPs não têm obrigatoriedade de contratação pelos OGMOs, sendo livre a contratação de trabalhadores nesses terminais. Como podem escolher livremente os trabalhadores portuários, podem investir em capacitação para os trabalhadores frequentemente demandados, mesmo para atendimento de demanda sazonal.

Em recente análise sobre as assimetrias regulatórias no setor portuário, por meio do Acórdão nº 2.711/2020 – Plenário, o Tribunal de Contas da União recomendou ao Ministério da Infraestrutura que, com o apoio da ANTAQ, avalie a conveniência e oportunidade de promover estudos e adotar medidas acerca do fornecimento de mão de obra portuária por meio de Órgão Gestor de Mão de Obra, oportunizando aos envolvidos no setor a devida manifestação, objetivando a transição para um sistema que permita ganhos de eficiência ao setor portuário e estimule a capacitação e especialização dos trabalhadores.

7 Pode-se classificar os trabalhadores portuários em duas espécies: trabalhador portuário com vínculo empregatício, cujo contrato de trabalho será por prazo indeterminado, e trabalhador portuário avulso são aqueles com pré-cadastro no OGMO, sendo convocado pra atender a demandas dos operadores portuários, em regime de escalas, previstas nos acordos e convenções coletivas.

Dentre os benefícios da medida, a Corte de Contas aponta a maior produtividade da mão de obra portuária, com consequente redução de custos e ganhos de eficiência, a maior isonomia entre terminais arrendados e TUPs e a maior atratividade do porto público, com aumento de receitas e da sustentabilidade financeira das Autoridades Portuárias.

7. CONCLUSÃO

A necessidade de adoção de medidas para a melhoria da infraestrutura de portuária impulsionou a alteração da forma de prestação de serviços públicos portuários, que passou a ter participação da iniciativa privada.

Constatou-se que o modelo anteriormente adotado, de prestação dos serviços públicos portuários pelo Estado, não se mostrou eficiente, uma vez que a escassez de recursos impossibilitava a realização dos altos investimentos que a construção de instalações portuárias demandava. O sucateamento da infraestrutura fazia com que o tempo e o custo das movimentações de cargas fossem altos, prejudicando o desenvolvimento da economia nacional.

Com a evolução legislativa do setor os serviços passaram a ser prestados pela iniciativa privada, em dualidade de regimes, por delegação de serviços públicos, com os arrendamentos portuários e pelo exercício de atividade privada em sentido estrito, com os TUPs.

Entretanto, em razão da persistência de gargalos logísticos, do crescente aumento de produtos para exportação e do grande desafio quanto ao aproveitamento de toda a extensão litorânea de que o Brasil é dotado, foi suprimida a restrição de tipos de cargas a serem movimentadas pelos TUPs, passando esses a poder movimentar cargas livremente. O critério para classificação e distinção das instalações portuárias passou a ser o geográfico, não sendo mais atrelado à natureza da carga movimentada.

A assimetria regulatória concebida com a Lei nº 12.815, de 2013 objetivou regular a prestação do serviço de forma a promover maior competitividade no setor, sem deixar de considerar as características do regime de prestação de serviço inerente a cada instalação portuária. Depreende-se que a assimetria regulatória é necessária para balizar o funcionamento do setor de modo a atender o interesse público, sendo utilizada não apenas no setor portuário, mas também em outros setores de serviços delegados.

Os terminais de uso privado passaram a concorrer de forma mais intensa com os arrendamentos portuários, sendo a assimetria regulatória apontada pelos arrendatários como geradora de tratamento não isonômico, que os faz suportar situação de concorrência desleal.

Considerando as assimetrias regulatórias analisadas, infere-se que a maioria das distinções promovidas pela lei são fundadas na própria natureza das instalações. Contudo, não se pode deixar de observar a necessidade de ajustes pontuais, a fim de possibilitar um tratamento mais isonômico, considerando evidentemente os fatores de discriminação inerentes a cada instalação, de modo a evitar a diminuição de atratividade dos serviços prestados pelos arrendamentos portuários.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Estado e livre-iniciativa na experiência constitucional brasileira. In: FREITAS, Rafael Veras de. *A nova regulação da infraestrutura e da mineração: portos, aeroportos, ferrovias e rodovias*. Belo Horizonte: Forum, 2015.

BRASIL. ANTAQ. *Anuário Estatístico Aquaviário 2021*. Disponível em <http://anuario.antaq.gov.br/QvAJXZfc/opendoc.htm?document=painel%5Cantaq%20-%20a%20n%20C%20A%20r%20i%20o%202014%20-%20v%20o%209%203%20q%20v%20w%20l%20a%20n%20g%20p%20t%20B%20R&host=QVS%40graneleiro&anonymous=true> acessado em 02 jul. 2021.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 05 jul. 2021.

_____. *Lei nº 8.630, de 25 de fevereiro de 1993*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8630.htm. Acesso em 05 jul. 2021.

_____. *Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm acesso em 05 jul. 2021.

_____. *Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm. Acesso em 05 jul. 2021.

_____. *Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12815.htm Acesso em 05 jul. 2021.

_____. *Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2014.133%2C%20DE%201%C2%BA%20DE%20ABRIL%20DE%202021&text=Lei%20de%20Licita%C3%A7%C3%B5es%20e%20Contratos%20Administrativos. Acesso em 05 jul. 2021.

_____. ANTAQ. *Resolução normativa nº 20, de 15 de maio de 2018*. Disponível em <https://www.in.gov.br/web/dou/-/resolucao-normativa-n-20-de-15-de-maio-de-2018-14551510?inheritRedirect=true>. Acesso em 12 jul. 2021.

_____. *Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 801/2004* – Plenário. Disponível em http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/RELAC/20060208/GERADO_TC-44495.pdf acessado em 14 jul. 2021.

_____. *Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2.711/2020* – Plenário. Disponível em <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/2253420199.PROC/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%2520C%2520NUMACORDAOI NT%2520desc/0/%2520?uuiid=cfcbab00-0fe9-11eb-acc3-5bf78550160f>. Acesso em 25 jun. 2021.

CARVALHO, Juliane Erthal de. *A natureza jurídica da autorização para exploração da infraestrutura portuária*. In: PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coord.). *Direito Portuário Brasileiro*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 539-551.

CORDEIRO, Gabrielle Santos. *Desafios jurídicos os investimentos da iniciativa privada em terminais de uso privado*. In: FREITAS, Rafael Veras de. *A nova regulação da infraestrutura e da mineração: portos, aeroportos, ferrovias e rodovias*. Belo Horizonte: Forum, 2015.

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 (Coord.). *Direito Portuário Brasileiro*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 245-257.

FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho. *Regime jurídico do convênio de delegação da infraestrutura portuária: monopólio natural e compartilhamento de infraestrutura*. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 14, n. 54, p. 9-34, jul./set. 2016

GARCIA, Flavio Amaral; FREITAS, Rafael Vêras de. *Portos brasileiros e a nova assimetria regulatória: os títulos habilitantes para a exploração da infraestrutura portuária*. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 85-124, jul./set. 2014

JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviços Públicos*. São Paulo: Dialética, 2003

MARQUES NETO, Floriano Azevedo; ZAGO, Marina Fontão. Limites das assimetrias regulatórias e contratuais: o caso dos aeroportos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 277, n. 1, p. 175-201, jan/abr. 2018.

MOREIRA, Egon Bockmann; CAGGIANO, Heloísa Conrado. Regulação e delimitação de regimes jurídicos – Caso “Portos Públicos e Privados”: Acórdãos n°s 402/2013 e 989/2017, TCU. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MOREIRA, Egon Bockmann; GUERRA, Sérgio (Coord.). *Dinâmica da Regulação: Estudo de Casos da Jurisprudência Brasileira*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

MOREIRA, Egon Bockmann. A nova lei dos portos e os regimes de exploração dos portos brasileiros. In: FREITAS, Rafael Veras de. *A nova regulação da infraestrutura e da mineração: portos, aeroportos, ferrovias e rodovias*. Belo Horizonte: Forum, 2015.

ANDRÉ SADDY. Possibilidade de extinção da concessão de serviço público justificada na recuperação judicial de sociedade empresária: o caso do setor elétrico. *Revista de Informação Legislativa*. Ano 50, número 198, abr/jun 2013. https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/50/198/ril_v50_n198_p33.pdf, acessado em 20 jun. 2021.

