

**REVISTA SEMESTRAL DE
DIREITO EMPRESARIAL**

Nº 2

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da
Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

**Rio de Janeiro
Janeiro / Junho de 2008**

REVISTA SEMESTRAL DE DIREITO EMPRESARIAL

Nº 2 Janeiro/Junho de 2008

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

COORDENAÇÃO CIENTÍFICA:

Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Prof. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves, Prof. Eduardo Henrique Raymundo Von Adamovich, Prof^ª. Glória Márcia Percinoto, Prof. João Batista Berthier Leite Soares, Prof. José Carlos Vaz e Dias, Prof. José Gabriel Assis de Almeida, Prof. Leonardo da Silva Sant'Anna, Prof. Mauricio Moreira Mendonça de Menezes, Prof. Rodrigo Lychowski, Prof. Sérgio Murilo Santos Campinho e Prof. Valter Shuenquener de Araújo).

CONSELHO EDITORIAL:

José Gabriel Assis de Almeida e José Carlos Vaz e Dias (UERJ, coordenadores)

Alexandre Ferreira de Assumpção Alves (UERJ), Arnaldo Wald (UERJ), Carmem Tibúrcio (UERJ), Fábio Ulhoa Coelho (PUC-SP), Jean E. Kalicki (Georgetown University Law School), John H. Rooney Jr. (University of Miami Law School), José de Oliveira Ascensão (Universidade Clássica de Lisboa), Leonardo Greco (UERJ), Marie-Hélène Bon (Université des Sciences Sociales de Toulouse 1 e Centre de Droit des Affaires de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse), Peter-Christian Müller-Graff (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg), Theóphilo de Azeredo Santos (UNESA) e Werner Ebke (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg).

CONSELHO EXECUTIVO:

Mauricio Moreira Mendonça de Menezes (coordenador)

Julio Barreto, Leonardo da Silva Sant'Anna, Mariana Pinto, Valter Shuenquener de Araújo e Viviane Perez.

PATROCINADORES:



ISSN 1983-5264

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

Revista semestral de direito empresarial. — nº 2 (janeiro/junho 2008)

. — Rio de Janeiro: Renovar, 2007-.

v.

UERJ

Campinho Advogados

Bocater, Camargo, Costa e Silva Advogados Associados

Semestral

1. Direito — Periódicos brasileiros e estrangeiros.

94-1416.

CDU — 236(104)

**A COMPETITIVIDADE NO SETOR PORTUÁRIO E O
TRANSPORTE DE CARGAS DE TERCEIROS NOS
TERMINAIS DE USO PRIVATIVO MISTO**

**COMPETITION IN THE PORT AREA AND THE LOAD
TRANSPORT OF THIRD PERSONS IN THE MIXED PRIVATE USE
TERMINALS**

Marcos Juruena Villela Souto

Resumo: Regime jurídico dos terminais mistos. Competência do legislador para estabelecer o regime jurídico das autorizações. Validade da deslegalização de matérias para a definição técnica pela agência reguladora de requisitos para a obtenção da autorização. Possibilidade jurídica de definição de um critério para estabelecimento de carga mínima. Possibilidade de o regulador fixar distinções de regimes entre o arrendamento de terminais públicos e os terminais de uso privativo. Impossibilidade de o regulador equiparar o terminal misto ao terminal de uso exclusivo. A regulação deve buscar a competição entre os diversos tipos de operadores e não preservar um dos modelos da competição. A constituição não definiu o conteúdo e os requisitos para as autorizações, podendo a lei fazê-lo para alcançar tal objetivo de ampliação de investimentos e de competição para a eficiência. Constitucionalidade da emenda à medida provisória e ilegalidade do condicionamento desproporcional imposto pela ANTAQ.

Palavras-chave: Portos. Competição. Regulação. Regra desproporcional. Inconstitucionalidade

Abstract: Mixed terminals legal regime. Legislator competence to establish the authorizations' legal regime. Validity of the matter delegization to the technical definition by the regulatory agency of the requirements to obtain an authorization. Definition legal possibility of a criterion for the establishment of minimum load. Possibility given to the regulator to fix regime distinctions between the lease of public terminals and the privative use terminals. Regulator impossibility to equalize the mixed terminal and the exclusive use terminal. The regulation must aim the competition between the diverse types of operators and not preserve one of the competition models. The constitution did not define the content and the requirements for the authorizations, being the law able to do so in order to reach an objective of investment increase and a competition for the efficiency. Constitutionality of the amendment to the provisory measure and illegality of the unfair conditioning imposed by the ANTAQ.

Keywords: Ports. Competition. Regulation. Unfair rule. Unconstitutionality.

Sumário: I. Apresentação. II. Desenvolvimento. 1. O domínio da lei e o domínio da regulação. 2. A Reforma do Estado e a conseqüente mudança de política pública. 3. A missão da ANTAQ e das Companhias Docas na execução das atividades portuárias. 4. Os objetivos e a metodologia regulatória. 5. O exercício da competência normativa e as exigências trazidas pela norma. 6. A proposta de inovação legislativa. III. Conclusões.

I

Cuida-se de examinar a legalidade de norma que envolve a autorização para a exploração de terminais de uso privativo misto com vistas à movimentação de carga de terceiros.

Não restam dúvidas de que a ANTAQ possui competência para editar suas normas, calcada, especialmente, na Lei nº 10.233/2001, art. 13:

Art. 13. As outorgas a que se refere o inciso I do art. 12 serão realizadas sob a forma de:

*V — autorização, quando se tratar de prestação não regular de serviços de transporte terrestre coletivo de passageiros, de prestação de serviço de transporte aquaviário ou **de exploração de infra-estrutura de uso privativo. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.217-3, de 4.9.2001)***

Vale citar, ainda, outros dispositivos que cometem à ANTAQ competências envolvendo a prática de atos relacionados à utilização de infra-estrutura portuária e a sua correspondente disciplina normativa:

*Art. 12. Constituem diretrizes gerais do gerenciamento da infra-estrutura e da operação dos transportes **aquaviário e terrestre:***

I — descentralizar as 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. 27. Cabe à ANTAQ, em sua esfera de atuação:

I — promover estudos específicos de demanda de transporte aquaviário e de serviços portuários;

II — promover estudos aplicados às definições de tarifas, preços e fretes, em confronto com os custos e os benefícios econômicos transferidos aos usuários pelos investimentos realizados;

III — propor: (Redação dada pela Lei nº 11.518, de 2007)

a) ao Ministério dos Transportes o plano geral de outorgas de exploração da infra-estrutura aquaviária e portuária fluvial e lacustre, excluídos os portos outorgados às companhias docas, e de prestação de serviços de transporte aquaviário; e (Incluído pela Lei nº 11.518, de 2007)

b) à Secretaria Especial de Portos da Presidência da República o plano geral de outorgas de exploração da infra-estrutura e da superestrutura dos portos e terminais portuários marítimos, bem como dos outorgados às companhias docas; (Incluído pela Lei nº 11.518, de 2007)

IV — elaborar e editar normas e regulamentos relativos à

prestação de serviços de transporte e à exploração da infraestrutura aquaviária e portuária, garantindo isonomia no seu acesso e uso, assegurando os direitos dos usuários e fomentando a competição entre os operadores;

(...)

VI— reunir, sob sua administração, os instrumentos de outorga para exploração de infra-estrutura e de prestação de serviços de transporte aquaviário celebrados antes da vigência desta Lei, resguardando os direitos das partes;

(...)

XIV— estabelecer normas e padrões a serem observados pelas autoridades portuárias, nos termos da Lei no 8.630, de 25 de fevereiro de 1993;

(...)

XVII— autorizar projetos e investimentos no âmbito das outorgas estabelecidas, encaminhando ao Ministro de Estado dos Transportes ou ao Secretário Especial de Portos, conforme o caso, propostas de declaração de utilidade pública; (Redação dada pela Lei nº 11.518, de 2007)

(...)

XXII— autorizar a construção e a exploração de terminais portuários de uso privativo, conforme previsto na Lei nº 8.630, de 1993; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.217-3, de 4.9.2001)

(...)

XXV— celebrar atos de outorga de concessão para a exploração da infra-estrutura aquaviária e portuária, gerindo e fiscalizando os respectivos contratos e demais instrumentos administrativos. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.217-3, de 4.9.2001)

(...)

XXVII— celebrar atos de outorga de autorização para construção e exploração de Instalação Portuária Pública de Pequeno Porte. (Incluído pela Lei nº 11.518, de 2007)

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.

*Art. 43. A **autorização** aplica-se segundo as diretrizes estabelecidas nos arts. 13 e 14 e apresenta as seguintes características:*

I — independe de licitação;

II — é exercida em liberdade de preços dos serviços, tarifas e fretes, e em ambiente de livre e aberta competição;

III — não prevê prazo de vigência ou termo final, extinguindo-se pela sua plena eficácia, por renúncia, anulação ou cassação.

Nesse passo, a Resolução nº 517, de 18 de outubro de 2005, que aprova a norma para outorga de autorização para a construção, a exploração e a ampliação de terminal portuário de uso privativo, fixou, no artigo 5º, inciso II, (c):

Resolução 517 da ANTAQ

Art. 5º A interessada na autorização de que trata esta Norma deverá dirigir requerimento à ANTAQ, instruído com a seguinte documentação

II — Habilitação Técnica:

*c) declaração da requerente especificando as cargas próprias que serão movimentadas no terminal, **com movimentação anual mínima estimada que justifique, por si só, de conformidade com estudo técnico especializado, a sua implantação, e, com relação às cargas de terceiros, se houver, a natureza destas;***

Indaga-se se caberia ao agente regulador realizar tal especificação — quanto à limitação ao transporte de cargas de terceiros.

Isto porque tal exigência não consta expressamente da Lei nº 8.630/93, que, em seu artigo 4º, II, (b), atribuiu ao explorador de terminal de uso privativo misto a possibilidade de movimentação de carga própria ou de terceiro.

Art. 4º Fica assegurado ao interessado o direito de construir, reformar, ampliar, melhorar, arrendar e explorar instalação portuária, dependendo:

I — de contrato de arrendamento, celebrado com a União no caso de exploração direta, ou com sua concessionária, sempre através de lici-

tação, quando localizada dentro dos limites da área do porto organizado;

II — de autorização do órgão competente, quando se tratar de Instalação Portuária Pública de Pequeno Porte, de Estação de Transbordo de Cargas ou de terminal de uso privativo, desde que fora da área do porto organizado, ou quando o interessado for titular do domínio útil do terreno, mesmo que situado dentro da área do porto organizado. (Alterado pela Lei nº 11.518, de 5 de setembro de 2007 — DOU de 6/9/2007)

§ 1º A celebração do contrato e a autorização a que se referem os incisos I e II deste artigo devem ser precedidas de consulta à autoridade aduaneira e ao poder público municipal e de aprovação do Relatório de Impacto sobre o Meio Ambiente (Rima).

§ 2º A exploração da instalação portuária de que trata este artigo far-se-á sob uma das seguintes modalidades:

I — uso **público**;

II — uso **privativo**:

a) exclusivo, para movimentação de carga própria;

b) misto, para movimentação de carga própria e de terceiros.

c) de turismo, para movimentação de passageiros. (Incluído pela Lei nº 11.314 de 2006)

d) Estação de Transbordo de Cargas. (Alterado pela Lei nº 11.518, de 5 de setembro de 2007 — DOU de 6/9/2007)

Art. 6º Para os fins do disposto no inciso II do art. 4º desta lei, considera-se autorização a delegação, por ato unilateral, feita pela União a pessoa jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco.

§ 1º A autorização de que trata este artigo será formalizada mediante contrato de adesão, que conterá as cláusulas a que se referem os incisos I, II, III, V, VII, VIII, IX, X, XI, XII, XIII, XV, XVI, XVII e XVIII do § 4º do art. 4º desta lei.

§ 2º Os contratos para movimentação **de cargas de terceiros reger-se-ão, exclusivamente, pelas normas de direito privado, sem participação ou responsabilidade do poder público.**

§ 3º As instalações de que trata o caput deste artigo ficarão sujeitas à fiscalização das autoridades aduaneira, marítima, sanitária, de saúde e de polícia marítima.

O ponto central da crítica estaria no fato de que não poderia a referida resolução criar uma limitação que não foi prevista em lei, sob pena de subversão do sistema democrático, notadamente da Separação dos Poderes (artigo 2º CRFB).

Posta a problemática, discute-se se a norma contida na letra “c”, do inciso II, do art. 5º, da Resolução 517 de 18/10/2005 da ANTAQ, à luz do disposto nas letras “a” e “b”, do inciso II, do § 2º, do art. 4º da Lei 8.630/93 seria legal, bem como se a ANTAQ, como agência reguladora, possuiria competência para estabelecer critérios que, a partir do dimensionamento de cargas próprias e de terceiros, devam ser necessariamente seguidos para a definição da modalidade “uso privativo misto” de instalação portuária, ou tal matéria deveria vir regulada por lei formal, em observância aos princípios da legalidade e da separação de poderes.

Diante da apresentação de uma Emenda à MPV 412, de 31/12/2007, que propõe a alteração da letra “b” do inciso II, do § 2º do art. 4º da Lei nº 8.630/93, para admitir terminal misto, para movimentação de carga própria E/OU de terceiros, discute-se acerca de sua constitucionalidade, principalmente diante do comando normativo advindo do art. 21, inciso XII, letra “f”, da CF/88.

II

1. O domínio da lei e o domínio da regulação

Muito se cogita sobre a pertinência da preservação da distinção entre serviços públicos e atividades econômicas, o que, para o caso em exame, não parece fundamental. É certo, no entanto, que a Lei Maior ainda reserva determinadas atividades para o Poder Público e seu exercício pelo particular só pode ocorrer mediante o recebimento de um título jurídico diverso da licença — que materializa um direito à liberdade de iniciativa, de natureza vinculada e declaratória.

Assim ocorre no caso das atividades portuárias, conforme se vê do art. 21 da Constituição Federal:

Art. 21. Compete à União:

XII — explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

(...)

f) os portos marítimos, fluviais e lacustres;

Portanto, a exploração de portos não é livre ao setor privado, dependendo, pois, da obtenção de um título jurídico expedido pela União Federal.

O constituinte elegeu a existência e a disciplina dos portos como uma das prioridades nacionais, ao lado de outras atividades essenciais. No entanto, uma coisa é a existência da estrutura (o porto), com a sua correspondente disciplina (pela lei, pela agência reguladora e pela autoridade portuária), outra, bem diversa, é o regime jurídico da exploração dos bens que integram tal estrutura, a saber, os terminais. Note-se, ainda, que há terminais situados dentro do porto organizado e outros fora do porto organizado.

O mesmo ocorre com os aeroportos e rodoviárias, que devem existir, para viabilizar a prestação dos serviços de transportes, mas contemplam diferentes sistemas de exploração de seu uso por companhias transportadoras e por passageiros, usuários e consumidores.

No caso dos portos, há três níveis, distintos de exploração dos seus terminais — a justificar uma terminologia distinta para cada um dos tipos de atos (ali não se cogitando de *licença*).

A Constituição não foi adiante, cuidando, apenas, de fixar a obrigatoriedade de a União disciplinar a existência dos portos. Deixou ao legislador ordinário a disciplina do tema, cabendo-lhe, pois, traçar o critério distintivo entre as situações que comportam uma concessão, uma permissão ou uma autorização. É certo, ainda, que, sendo a atividade qualificada como iniciativa estatal — tal como prevista

no citado art. 21, XII, *f*— tal serviço público pode ser objeto de concessão ou de permissão, sempre precedidas de licitação (exigida pelo art. 175, CF).

Igualmente, não tem sede constitucional a disciplina dos terminais, seja dentro ou fora do porto organizado. Ademais, se a Lei Maior se ocupou, no citado art. 175, das concessões ou permissões de serviço público, a exigir licitação para ambas, nada falou acerca do regime jurídico das autorizações (muito menos das autorizações de atividades econômicas, previstas no art. 170, p. único, *in fine*, CF). Trata-se, pois, de matéria relegada ao domínio da lei. Em outras palavras, não está na Lei Maior a orientação doutrinária de que as autorizações são sempre atos discricionários e precários, podendo a lei ordinária traçar-lhe um perfil distinto (tal como o fez, por exemplo, a Lei Geral de Telecomunicações — Lei nº 9.472, art. 131¹).

Estabelecido o domínio da lei para a disciplina jurídica do regime das autorizações, é preciso, ainda, reconhecer que o princípio da legalidade passa por profundas transformações no que concerne à sua aplicação, suas potencialidades e seus limites. Em síntese, cada vez mais fala-se em princípio da juridicidade² e de atuação conforme o Direito (e não apenas em conformidade com a letra da lei).

1 Art. 131. A exploração de serviço no regime privado dependerá de prévia autorização da Agência, que acarretará direito de uso das radiofrequências necessárias. § 1º Autorização de serviço de telecomunicações é o ato administrativo vinculado que faculta a exploração, no regime privado, de modalidade de serviço de telecomunicações, quando preenchidas as condições objetivas e subjetivas necessárias. § 2º A Agência definirá os casos que independem de autorização. § 3º A prestadora de serviço que independa de autorização comunicará previamente à Agência o início de suas atividades, salvo nos casos previstos nas normas correspondentes.

2 Não restam dúvidas de que os particulares devem, especialmente quando atuam em colaboração com o Estado, direcionar sua atuação pela aplicação direta dos princípios Constitucionais, mormente na era da constitucionalização do Direito Administrativo. Vivencia-se a crise da lei formal, cujos efeitos se espalham sobre todos os ramos do ordenamento jurídico pátrio, ocasionada pelo aumento desenfreado da produção legislativa, pela multiplicação das formas de juridicidade e pela força normativa da Constituição. J.J GOMES CANOTILHO aborda exata-

Outras fontes normativas assumem relevância, surgindo, então, no âmbito da Administração Pública, as agências reguladoras —

mente esse ponto: “o princípio da prevalência ou preferência da lei sofreu um processo de «erosão» e de «relativização» que importa ter em conta para se compreenderem muitas das questões a tratar em sede de parâmetro da constitucionalidade e da legalidade. Quanto à «escala de dureza das normas» (Calamandrei), a força normativa da Constituição concretizada sobretudo pelo princípio da constitucionalidade e cuja observância é fiscalizada pelos tribunais obriga a considerar o princípio da constitucionalidade como a marca da indiscutível superioridade hierárquica das normas constitucionais. O princípio da legalidade, que pressupunha um conceito unitário de forma e força de lei, acaba por ser objecto de uma tendencial relativização porque, por um lado, surgiram outros actos com força de lei (ex.: decretos-leis do Governo e decretos legislativos regionais) e, por outro lado, configuraram-se actos legislativos com valor reforçado (ex.: leis reforçadas). Além disso, o princípio da legalidade é substituído pelo princípio da constitucionalidade nos casos em que a constituição serve como «habilitação» imediata do agir da administração. Finalmente, o princípio da legalidade significa hoje princípio da legalidade **comunitária** com a consequente observância das normas do direito comunitário, directamente aplicáveis, e correlativa desaplicação de normas internas contrárias às mesmas. (CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Portugal: Almedina, p. 717). Em síntese, a Lei deixa de ser o único fundamento de validade da atividade administrativa e passa a servir de substrato para a aplicação dos princípios constitucionais, se constituindo, assim, no cerne da vinculação da Administração ou dos particulares à juridicidade. Em outras palavras, a legalidade, não obstante sua importância no ordenamento pátrio, passa a ser tida como um princípio dentro dos sistemas e regras consagradas pelo sistema constitucional vigente. Daí a necessidade de intervenção direta dos princípios constitucionais, vistos como mandamentos normativos de otimização, na atividade Administrativa. Explica-se. Essa juridicização da atividade administrativa deve se materializar pela aplicação, apenas, da lei que for considerada constitucional; pela retirada da validade da sua atuação diretamente do texto constitucional e pela realização de uma ponderação do princípio da legalidade com os demais princípios presentes no ordenamento constitucional. Reforçando a possibilidade de aplicação dos princípios constitucionais sem a necessidade da intermediação legislativa, nos ensina JUAN CARLOS CASSAGNE: “*La Constitución estatuye el conjunto de principios y normas supremas del ordenamiento positivo, cuya jerarquía normativa es superior a la ley y al reglamento, imponiéndose a todos los actos eu dicta la Administración Pública. (...) Pero tanto las normas como los principios constitucionales tienen operatividad por sí mismos, no siendo indispensable que las declaraciones, derechos y garantías, que consagra la Constitución, deban ser reglamentadas.*” (CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho administrativo I*. Sexta Edición Atualizada. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998, p. 126-7.). Assim, toda a nova lógica constitucional consagrada pelo Estado Democrático de Direito, tem sua posição fundante na proteção aos direitos e garantias fundamentais, ocorrendo, assim, a superação do outrora absoluto dogma da preponderância da lei em qualquer situação e a sua paulatina substituição pela aplicabilidade direta da própria Constituição. No caso em exame, valoriza-se a aplicação dos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência.

tais como a ANTAQ — para implementarem políticas públicas fixadas em lei.

São, assim, nítidos os campos de atuação da lei e da regulação. A primeira fixa uma política pública, traduzindo a “vontade geral” numa norma jurídica de primeiro grau, criando direitos e obrigações; a segunda (a regulação), cuida de orientar os critérios de atendimento dessa vontade, sendo típico comando executivo. É tranqüila a distinção entre normas de primeiro grau e normas de segundo grau, assim exposta por DEL VECCHIO³:

As duas espécies de normas examinadas são normas primárias, autônomas; ou seja: normas que directamente exprimem uma regra obrigatória do operar. Mas as outras espécies de normas, que iremos agora examinar, são normas secundárias ou seja: já não são normas autônomas, mas dependentes de outras, às quais terão de ser sempre referidas, a fim de serem devidamente entendidas. Só quando se articula a norma secundária à norma primária, pode descobrir-se o que de jurídico há no seu conteúdo.

Em síntese, o regulador, embora tenha competências para orientar a correta execução da vontade da lei, por meio da edição de atos normativos que traduzam tecnicamente os seus comandos, dada a complexidade das situações envolvidas, não tem competência para produzir, ele próprio, uma política pública diversa daquela constante do ordenamento jurídico como um todo, nem, menos ainda, divergir das normas de primeiro grau.

2. A Reforma do Estado e a conseqüente mudança de política pública

Também é bastante corriqueiro se atribuir às Emendas Consti-

3 DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de filosofia do direito*. 5 e.d. Coimbra: Sucessor, 1979, p. 384-5.

tucionais de 1995 a sede para o processo de Reforma do Estado. Na verdade, tal reforma começou bem antes, com a edição da Medida Provisória nº 155, de 15 de março de 1990, que resultou na aprovação da Lei nº 8.031/90, pela qual foi instituído o Programa Nacional de Desestatização. Tal norma, logo em seu art. 1º, fixou os objetivos de valorização da liberdade de iniciativa, de redução da presença do Estado em determinados setores e de retomada dos investimentos privados. Confira-se o dispositivo:

Art. 1º É instituído o Programa Nacional de Desestatização, com os seguintes objetivos fundamentais:

*I — **reordenar a posição estratégica do Estado** na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público;*

II — contribuir para a redução da dívida pública, concorrendo para o saneamento das finanças do setor público;

*III — **permitir a retomada de investimentos nas empresas e atividades que vierem a ser transferidas à iniciativa privada;***

*IV — **contribuir para modernização do parque industrial do País, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia;***

V — permitir que a administração pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais;

VI — contribuir para o fortalecimento do mercado de capitais, através do acréscimo da oferta de valores mobiliários e da democratização da propriedade do capital das empresas que integrem o Programa.

Já se reconhecia, pois, desde 1990, a insuficiência de recursos públicos para investimento em todos os segmentos relevantes da economia, de modo a se alcançar o desejado desenvolvimento econômico; tais objetivos, princípios e regras não se modificaram com a posterior revogação da Lei nº 8.031/90 pela Lei nº 9.491/97.

Nesse contexto, foi editada a Lei de Modernização dos Portos, voltada para a ampliação dos investimentos privados no setor e para

a flexibilização do monopólio natural que ele representa, conforme se extrai da Mensagem nº. 67/1991, do Presidente da República:

2. Este Projeto (...) Destina-se primordialmente a modernizar a anacrônica estrutura portuária brasileira que, corroída pelo tempo e pela falta de Investimento, tem seus custos desproporcionalmente superiores aos de seus similares internacionais.

(...)

4. O projeto guarda coerência com a ação do Governo, que procura aumentar a competitividade da economia brasileira, ao mesmo tempo em que envida esforços para modernizá-la, dado fim a práticas que funcionam em detrimento do conjunto da sociedade.

Antes disso, a Exposição de Motivos nº 10, de 18 de fevereiro de 1991, elaborada pelos Exmos. Srs. Ministros de Estado da Justiça, da Marinha, da Economia, Fazenda e Planejamento, do Trabalho e da Previdência Social e da Infra-Estrutura, já destacava os objetivos de:

a) assegurar o aumento da produtividade do setor portuário, mediante a racionalização da atividade econômica e a integração dos diversos agentes envolvidos, através da diminuição da intervenção do Estado e do estímulo à livre concorrência, de sorte a possibilitar maior rentabilidade aos investimentos necessários à modernização do setor e melhores níveis de remuneração ao fator trabalho;

(...)

c) estimular a participação do setor privado na construção e exploração, arrendamento ou locação de instalações portuárias privadas, sempre através de licitação, de maneira a dotar o País, a médio prazo, de uma infra-estrutura portuária moderna compatível com as necessidades do comércio exterior;

(...)

e) possibilitar maior competitividade para as exportações, mediante aumento da eficiência e dos ganhos de produtividade na operação do sistema portuário, de modo a contribuir para a inserção de produtos brasileiros em mercados externos;

(...)

c) a livre concorrência entre os diversos portos, de maneira a assegurar, de um lado, maior racionalidade na destinação de receitas e no

processo de tomada de decisões em matéria econômica, e, de outro lado, fomentar, em cada caso, uma busca permanente de maior eficiência nas operações portuárias e melhor rentabilidade aos investimentos em equipamentos e em infra-estrutura;

d) a livre concorrência entre os proprietários, arrendatários ou locatários de instalações de um mesmo porto, de maneira a possibilitar, através da competição, a prática de tarifas adequadas e a prestação de serviços de acordo com as necessidades dos usuários;

e) o estímulo a participação do setor privado nos investimentos necessários à modernização da infra-estrutura e ao reaparelhamento dos portos — em face da carência de recursos públicos, que devam ser destinados, prioritariamente, para atender às demandas da área social — possibilitando aos terminais privativos movimentarem mercadorias de terceiros;

A busca da competitividade para aumentar a eficiência era diretamente relacionada à redução de custos dos serviços, para viabilizar uma maior possibilidade de escoamento da produção brasileira com vistas ao mercado externo. Quanto maior a realização de investimentos, maior seria a competição e, conseqüentemente, a oferta de opções aos destinatários de atividades portuárias, que se beneficiariam da redução dos custos. Todo o país seria beneficiário de tais medidas. Daí expor MANUEL ALVES DO VALE⁴:

O novo documento legal (Lei nº 8630/93) fulcrou-se na liberalização das operações e atividades portuárias, visando a que pudessem os portos desenvolver ampla competição, interna e externa, alcançar a necessária eficiência, produtividade e competitividade. como estímulo e viabilidade do comércio marítimo brasileiro.

No mesmo sentido é o ensinamento de CARLOS TAVARES DE OLIVEIRA⁵:

4 VALE, Manuel Alves do. *Portos: abertura e modernização*. Imbituba: Lex Graf, 1995, p. 25.

5 OLIVEIRA, Carlos Tavares. *Modernização dos portos*. São Paulo: Aduaneiras, 1994, p. 47.

Análise panorâmica comparativa sobre o funcionamento dos grandes complexos portuários mundiais demonstra claramente que a competição é a mola mestra do aprimoramento da qualidade e da redução dos custos dos seus serviços. Existe mesmo uma proporção direta indicando que, quanto maior for a concorrência, melhor será a qualidade e menores os preços das operações.

Evidente, pois, que a política pública fixada para o setor era de ampliação dos investimentos privados, com vistas a uma ampliação tanto da oferta como da competição entre os operadores, de modo a viabilizar uma redução dos custos do serviço e, com isso, permitir que a produção nacional chegue em condições mais favoráveis no exterior.

3. A missão da ANTAQ e das Companhias Docas na execução das atividades portuárias

Ainda apresentando o contexto da Reforma do Estado, mister se faz frisar que um dos mais relevantes objetivos da Lei de Modernização dos Portos foi o atendimento de uma política pública voltada para o desenvolvimento nacional.

Enquanto a Lei nº 8.630/93 cuidou da formatação da organização do trabalho portuário, o advento do Estado Regulador, com as Reformas Constitucionais de 1995 em diante, trouxe novas orientações, mantida a preocupação com o desenvolvimento econômico, incumbindo as agências reguladoras, autarquias especiais, mas integrantes da Administração Pública, da implementação dessas políticas públicas.

Para o setor do transporte aquaviário foram fixadas diretrizes de política econômica na Lei nº 10.233, de 05 de junho de 2001, que criou a Agência Nacional de Transportes Terrestres — ANTT e a Agência Nacional de Transportes Aquaviários — ANTAQ, fixando, em seu art. 4º, dentre os objetivos essenciais do setor a promoção do desenvolvimento:

Art. 4º São objetivos essenciais do Sistema Nacional de Viação:
(...)

III — promover o desenvolvimento social e econômico e a integração nacional.

Para tanto, o art. 5º do mesmo diploma legal criou o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte — CONIT, vinculado à Presidência da República, com a atribuição de propor ao Presidente da República políticas nacionais de integração dos diferentes modos de transporte de pessoas e bens; estas, na forma do inciso primeiro do dispositivo, devem estar em conformidade com as políticas de desenvolvimento nacional, regional e urbano, de meio ambiente e de segurança das populações, **formuladas pelas diversas esferas de governo.**

Nessa mesma linha, o art. 11 da citada Lei criadora da ANTAQ dispõe que o gerenciamento da infra-estrutura, onde se incluem os portos, e a operação dos transportes aquaviário e terrestre serão regidos, dentre outros princípios gerais, pela preservação do interesse nacional e promoção do desenvolvimento econômico e social, bem como pela **busca da ampliação da competitividade do País no mercado internacional.**

Como diretrizes para as ações no gerenciamento da infra-estrutura, frise-se, onde são incluídos os portos, estão a busca da descentralização e a **priorização dos programas estratégicos.** Confira-se a norma:

*Art. 12. Constituem **diretrizes** gerais do gerenciamento da infra-estrutura e da operação dos transportes aquaviário e terrestre:*

I — descentralizar as 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;

*III — dar prioridade aos programas de ação e de investimentos relacionados com os eixos estratégicos de integração nacional, de abastecimento do mercado interno e de **exportação**; (...)*

Com toda essa vinculação de ações a planos, outra não poderia ser a dicção do art. 20, que fixa, dentre os objetivos das Agências Nacionais de Regulação dos Transportes Terrestre e Aquaviário, a função de implementar, em suas respectivas esferas de atuação, as políticas formuladas pelo Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte e pelo Ministério dos Transportes, segundo os princípios e as diretrizes acima.

Integrando a ANTAQ a Administração Pública Federal, não escapa daquilo que EDUARDO LOBO BOTELHO GUALAZI⁶ denomina de **princípio da integração sistêmica da Administração**, citando a necessidade de estruturação ordenada da administração de acordo com fins almejados:

O princípio da integração sistêmica da administração condensa o aspecto positivo, impulsionante, material, que inocula no cerne do corpo administrativo a ordenação superior do interesse público e preserva o equilíbrio estrutural intrínseco da máquina administrativa. É a enervação medular da ossatura administrativa pública, a energizar a dinamização estatal. Em suma, é o fundamento apriorístico da atividade participativa do Estado na gestão socioeconômica da coletividade, bem como o ponto de gravitação do aparelho administrativo do Estado contemporâneo, cujas diretrizes políticas categorizam-se como interesse público jurídico-administrativo por meio do princípio da integração sistêmica da administração.

Em síntese, se as entidades da Administração Pública são criadas e estruturadas para executar uma política pública e se essa política pública setorial é voltada para a ampliação dos investimentos privados com vistas à obtenção de maior competição, a ANTAQ, legitimada a editar atos normativos, não pode buscar objetivos ou condicionantes diversos daqueles já estabelecidos no ordenamento jurídico.

6 GUALAZI, Eduardo Lobo Botelho. *Serviços Comerciais, Industriais e Internacionais do Estado*. São Paulo: RT, 1985, p. 34.

4. Os objetivos e a metodologia regulatória

A atividade regulatória, como visto, é uma atividade infra-legal — de execução da vontade da lei, por meio de uma orientação tecnicamente motivada. Isto significa que, para a edição atos regulatórios — inclusive a interpretação regulatória⁷ — é necessária a observância de um método, que se consubstancia num processo administrativo regulatório. Isso exige que o processo de regulação, que tem como objetivo a ponderação entre interesses em tensão — no caso, a liberdade de concorrência e a defesa da justa competição — contemple uma etapa de conhecimento desses interesses, pela via da participação, seguida da sua valoração e de uma decisão tecnicamente motivada, com vistas ao resguardo do bem maior. São, pois, condições de validade do ato regulatório, seja ele normativo, executivo ou judicante.

Não impressiona tanto o fato de não haver expressa previsão na lei para o estabelecimento de condições para a outorga de autorizações administrativas para a exploração de terminais misto. Isto porque, como dito, na era da deslegalização, da regulação e da desestatização, é o regulador quem está próximo dos fatos e é dotado dos conhecimentos técnicos para disciplinar qual a correta maneira de se atingir os objetivos fixados na lei. Esta (a lei), como dito, não contempla todos os elementos para a edição do ato regulatório, cabendo ao regulador o “preenchimento da moldura regulatória”, desde que voltado tal preenchimento ao atingimento dos objetivos contidos no “marco regulatório” — que tem sede na Constituição e nas leis.

Não pode, pois, atuar “fora” do marco, pois não estará preenchendo nada, mas, ao revés, criando novo marco, o que implica violação da Separação de Poderes, constitucionalmente resguardada — CF, art. 2º.

7 Tratada em SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo em debate*. 1ª série. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, pp. 194-195.

Na hipótese em exame, o marco está bem definido, qual seja, a ampliação dos investimentos privados e da competição, com vistas à redução de custos e da ampliação da infra-estrutura portuária.

5. O exercício da competência normativa e as exigências trazidas pela norma

Como visto, a Lei de Portos, com vistas à ampliação dos investimentos e, conseqüentemente, da oferta de operadores, previu a existência dos seguintes agentes:

Art. 4º Fica assegurado ao interessado o direito de construir, reformar, ampliar, melhorar, arrendar e explorar instalação portuária, dependendo:

*I — de **contrato de arrendamento**, celebrado com a União no caso de exploração direta, ou com sua concessionária, sempre através de licitação, quando localizada dentro dos limites da área do porto organizado;*

*II — de **autorização** do ministério competente, quando se tratar de terminal de uso privativo, desde que fora da área do porto organizado, ou quando o interessado for titular do domínio útil do terreno, mesmo que situado dentro da área do porto organizado.*

§ 1º A celebração do contrato e a autorização a que se referem os incisos I e II deste artigo devem ser precedidas de consulta à autoridade aduaneira e ao poder público municipal e de aprovação do Relatório de Impacto sobre o Meio Ambiente (Rima).

*§ 2º A exploração da **instalação portuária** de que trata este artigo far-se-á sob uma das seguintes **modalidades**:*

*I — uso **público**;*

*II — uso **privativo**:*

*a) **exclusivo**, para movimentação de carga própria;*

*b) **misto**, para movimentação de carga própria e de terceiros.*

*c) de **turismo**, para movimentação de passageiros.*

§ 3º A exploração de instalação portuária de uso público fica restrita à área do porto organizado.

A competência para disciplinar as autorizações foi, legitimamente, confiada à ANTAQ.

Ocorre que a ANTAQ, no exercício de tal mister, estabeleceu que, para a autorização dos terminais mistos, seria necessário que o interessado demonstrasse que a movimentação anual mínima estimada de cargas próprias justifique, por si só a implantação do terminal. Em outras palavras, exigiu que o terminal misto opere, basicamente, pela movimentação de cargas **próprias**.

Ora, isso implica fazer o terminal **misto** funcionar como os terminais **exclusivos**, admitindo, apenas em caráter **complementar**, a movimentação de carga de terceiros.

É claro que há uma aparente razão para tanto.

É missão das agências reguladoras, aqui, em especial, da ANTAQ, zelar pela “justa competição”.

A preocupação da ANTAQ é no sentido de não criar um cenário desfavorável aos arrendatários de terminais portuários.

Afinal, destes é exigido, como condição para a obtenção do título jurídico de exploração do terminal — o contrato de arrendamento — que sejam vitoriosos em procedimentos licitatórios. Para tanto, os critérios de julgamento envolvem um maior pagamento pelo uso do bem e um compromisso de movimentação mínima de cargas, propiciando renda ao arrendador, concessionário do porto.

De outro lado, os autorizatários podem obter o título jurídico **sem licitação e não têm tal compromisso**. São **livres** para praticar o *preço* por seus serviços⁸, enquanto que os arrendatários são subme-

8 Art. 43. A autorização aplica-se segundo as diretrizes estabelecidas nos arts. 13 e 14 e apresenta as seguintes características:

I — independente de licitação;

II — é exercida em liberdade de preços dos serviços, tarifas e fretes, e em ambiente de livre e aberta competição;

III — não prevê prazo de vigência ou termo final, extinguindo-se pela sua plena eficácia, por renúncia, anulação ou cassação.

tidos a uma remuneração por meio de *tarifa*, que é regulada pelo Poder Público.

Evidente, pois, a diferença de regimes em competição.

Daí, frise-se, a preocupação da ANTAQ, encarregada de preservar a “justa competição”, pretendo, assim, evitar a “facilidade” de acesso ao cenário competitivo, no qual o leque de obrigações do arrendatário é bem maior que os compromissos exigidos dos autorizados.

Ocorre, no entanto, que foi, justamente, essa “assimetria regulatória” uma das apostas do Programa de Reforma do Estado. Em outras palavras, ao se buscar instituir a competição nas atividades reguladas, não se quis limitar à competição pelo direito ao acesso ao mercado — licitação — mas, também, no mercado e, especialmente, entre mercados.

Isso é facilmente perceptível em vários serviços tradicionalmente definidos como públicos, que, agora, sem perderem tal condição, contemplam a possibilidade de desenvolvimento das atividades em regime público e em regime privado.

Antes mesmo da Lei Geral de Telecomunicações instituir a distinção entre serviços prestados em regime público — mediante concessão previamente licitada — e serviços prestados em regime privado — mediante autorização, em regra não precedida de tal procedimento — a Lei nº 9.074/95, voltada à ampliação da oferta de energia elétrica, previu o surgimento das figuras do produtor independente de energia elétrica e do autoprodutor de energia elétrica⁹.

9 DECRETO Nº 2.003, DE 10 DE SETEMBRO DE 1996. Regulamenta a produção de energia elétrica por Produtor Independente e por Autoprodutor e dá outras providências.

Art. 2º Para fins do disposto neste Decreto, considera-se:

I — Produtor Independente de Energia Elétrica, a pessoa jurídica ou empresas reunidas em consórcio recebam concessão ou autorização para produzir energia elétrica destinada ao comércio de toda ou energia produzida, por sua conta e risco;

II — Autoprodutor de Energia Elétrica, a pessoa física ou jurídica ou empresas reunidas em

Nesse passo, é importante destacar que foi expressamente reconhecido que o fato de o autoprodutor de energia elétrica poder vender uma parcela da energia gerada para terceiros não desnatura tal qualificação¹⁰. O objetivo de tal orientação é estimular a autoprodução, i. e., a produção para consumo próprio, liberando energia gerada no sistema público. Com isso, se amplia a oferta de energia no sistema público sem que haja investimento com recursos públicos ou com recursos dos usuários mediante pagamento de tarifas que remunerem os investimentos de concessionários. Para tanto, é necessário viabilizar esse investimento em autoprodução, o que se faz admitindo a comercialização de um resíduo.

O motivo de tal comparação é demonstrar que, na hipótese em exame, o autoprodutor, como explorador, em regime privado, da atividade regulada, se equipara ao explorador portuário de cargas próprias em regime privativo. Ou seja, a legislação disciplina que se submete a um regime jurídico de direito privado aquele que desenvolve a atividade em proveito próprio, ainda que para viabilizar tal atividade seja necessário contemplar a participação de terceiros.

Isso, aliás, não tem nada de novo; figuras como essa já eram contempladas no Código de Águas (Decreto nº 24.643, de 10 de julho de 1934), bem como no antigo Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei nº 4717, de 27.08.1962), onde já se vislumbrava a autorização, bem como a disciplina dos serviços privados e de interesse restrito. Confira-se:

Código de Águas:

Art. 43. As águas públicas não podem ser derivadas para as

consórcio recebam concessão ou autorização para produzir energia elétrica destinada ao seu uso exclusivo.

10 Tanto isso é verdade que a Resolução nº 390 da ANEEL, de 11 de setembro de 2001, que estabelece os procedimentos para consumidores adquirirem diretamente de autoprodutores e produtores independentes de energia elétrica, parcela excedente à meta de consumo fixada durante o Programa Emergencial de Redução do Consumo de Energia Elétrica, não realizou a desnaturação da qualificação dos autoprodutores.

aplicações da agricultura, da indústria e da higiene, sem a existência de concessão administrativa, no caso de utilidade pública e, não se verificando esta, de autorização administrativa, que será dispensada, todavia, na hipótese de derivações insignificantes.

§ 1º A autorização não confere, em hipótese alguma, delegação de poder público ao seu titular.

Art. 141. Dependem de simples autorização, salvo o caso do § 2º, do art. 139, os aproveitamentos de quedas de água e outras fontes de energia de potência até o máximo de 150kws. quando os permissionários forem titulares de direitos de ribeirinhidades com relação à totalidade ou ao menos à maior parte da seção do curso d'água a ser aproveitada e destinem a energia ao seu uso exclusivo.

Código Brasileiro de Telecomunicações.

Art. 6º Quanto aos fins a que se destinam, as telecomunicações assim se classificam:

b) serviço público restrito, facultado ao uso dos passageiros dos navios, aeronaves, veículos em movimento ou ao uso do público em localidades ainda não atendidas por serviço público de telecomunicação;

6º Dependem de permissão, dada pelo Conselho Nacional de Telecomunicações os seguintes serviços:

a) Público Restrito (Art. 6º, letra b);

*Art. 30. Os serviços de telégrafos, radiocomunicações e telefones interestaduais estão sob a jurisdição da União, que explorará diretamente os troncos integrantes do Sistema Nacional de Telecomunicações, e poderá explorar diretamente ou através de concessão, **autorização** ou permissão, as linhas e canais subsidiários.*

Art. 33. Os serviços de telecomunicações, não executados diretamente pela União, poderão ser explorados por concessão, autorização ou permissão, observadas as disposições da presente lei.

A Lei nº 9.472, de 16.07.1997, ao criar a ANATEL, também previu a figura dos serviços de interesse restrito, prestados em regime privado; nestes, sequer a autorização é necessária¹¹, podendo se co-

11 Art. 75. Independência de concessão, permissão ou autorização a atividade de telecomunicações restrita aos limites de uma mesma edificação ou propriedade móvel ou imóvel, conforme dispuser a Agência.

gitar de mera comunicação¹², assim como a figura dos serviços de interesse geral, prestados ao público, qualificado como consumidor (e não como usuário).

A Lei nº 9.478, de 06.08.1997, que criou a ANP, igualmente disciplinou os investimentos privados mediante autorização para a instalação de estruturas essenciais de redes (*essential facilities*):

Art. 53. Qualquer empresa ou consórcio de empresas que atenda ao disposto no art. 5º poderá submeter à ANP proposta, acompanhada do respectivo projeto, para a construção e operação de refinarias e de unidades de processamento e de estocagem de gás natural, bem como para a ampliação de sua capacidade.

§ 1º A ANP estabelecerá os requisitos técnicos, econômicos e jurídicos a serem atendidos pelos proponentes e as exigências de projeto quanto à proteção ambiental e à segurança industrial e das populações.

*§ 2º Atendido o disposto no parágrafo anterior, a ANP outorgará a **autorização** a que se refere o inciso V do art. 8º, definindo seu objeto e sua titularid*

*Art. 60. Qualquer empresa ou consórcio de empresas que atender ao disposto no art. 5º poderá **receber autorização** da ANP para exercer a atividade de importação e exportação de petróleo e seus derivados, de gás natural e condensado.*

Parágrafo único. O exercício da atividade referida no caput deste artigo observará as diretrizes do CNPE, em particular as relacionadas com o cumprimento das disposições do art. 4º da , e obedecerá às demais normas legais e regulamentares pertinentes

O objetivo de tudo isso, frise-se, foi a competição entre os diversos agentes, sob diversos regimes. É o que se denomina de assimetria regulatória, assim explicada por FLORIANO AZEVEDO MARQUES NETO¹³:

12 Sobre atividades comunicadas ver CUNHA, Paulo César Melo. As atividades comunicadas e o controle do exercício das liberdades. In OSÓRIO, Fabio Medina e SOUTO, Marcos Juruena Villela (Coords.) *Direito administrativo. Estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. pp. 255-268.

13 MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Direito das telecomunicações e a ANATEL. In SUND-

A regulação é assimétrica, à medida que esta nova prestadora que assume o serviço de telecomunicações não possuirá o ônus de universalizar o serviço, isto é, de levar aos habitantes dos rincões do Tocantins, ficando livre para atacar o mercado que o seu concorrente (que adquiriu as empresas do sistema TELEBRÁS) não consegue atender. Surge, aqui, a competição. Esta empresa que assumiu o sistema Telebrás tem vantagens competitivas mas, no entanto, terá o ônus de universalizar o serviço. Sendo assim, aquele concorrente, inserido no mercado para competir com suas prestadoras que assumiram o sistema TELEBRÁS, possuirá, sem dúvida, uma série de obrigações quanto à qualidade do serviço. No entanto, prestará o serviço em um regime jurídico diferente, compatível com suas obrigações, e não possuirá obrigação de universalizar o serviço.

Em outros setores se vislumbra esse mesmo grau de busca da competição, tal como ocorre, por exemplo, no serviço postal, onde convivem as atividades postais, previstas no art. 21, X, CF, com as atividades de transporte de cargas e encomendas; a própria Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos oferece ao mercado dois produtos em competição, a saber, a carta simples, com tarifa módica e regrada pelo Poder Público, e o SEDEX, um serviço diferenciado, sob regime de preço, sem compromisso com a modicidade e, conseqüentemente, com a universalidade.

Até mesmo no âmbito do ordenamento social se vislumbra essa competição. A própria Constituição prevê a convivência entre os regimes de saúde pública e de saúde privada, de educação pública e de educação privada.

Essa distinção se dá no direito comunitário europeu, que engloba, sob a denominação de “serviços de interesse geral”, os serviços universais convivendo com os serviços de interesse **econômico** geral. Confira-se, a propósito, o artigo 86, § 2º, do Tratado de Maastrich:

FELD, Carlos Ari. Coordenador. *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2002, pp. 307.

As empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse econômico geral ou que tenham a natureza do monopólio fiscal ficam submetidas ao disposto no presente Tratado, designadamente às regras de concorrência, na medida em que a aplicação destas regras não constitua obstáculo ao cumprimento, de direito ou de fato, da missão particular que lhes foi confiada, o desenvolvimento das trocas comerciais não deve ser afetado de modo que contrarie os interesses da comunidade.

A definição de serviços de interesse econômico geral consta do GLOSSÁRIO¹⁴, que é um dos documentos oficiais:

Os serviços de interesse económico geral designam as actividades de serviço comercial que preenchem missões de interesse geral, estando, por conseguinte, sujeitas a obrigações específicas de serviço público (artigo 86.º — ex-artigo 90.º — do Tratado CE). É o caso, em especial, dos serviços em rede de transportes, de energia e de comunicações.

O artigo 16.º, inserido pelo Tratado de Amsterdão no Tratado CE, reconhece o lugar que os serviços de interesse económico geral ocupam no conjunto dos valores comuns da União Europeia, bem como o papel que desempenham na promoção da coesão social e territorial. Estes serviços devem funcionar com base em princípios e em condições que lhes permitam cumprir as suas missões.

O artigo 36.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia estabelece que a União reconhece e respeita o acesso a serviços de interesse económico geral a fim de promover a coesão social e territorial da União.

No caso específico da competição entre os diversos terminais num mesmo porto, leciona GESNER DE OLIVEIRA¹⁵:

(...) o “mercado de portos” apresenta imperfeições, tornando desejável uma atenção especial ao fomento da concorrência entre intraporto.

14 http://europa.eu/scadplus/glossary/services_general_economic_interest_pt.htm; consulta em 17.03.2008, às 8:17.

15 OLIVEIRA, Gesner . *Defesa da concorrência dos portos*. RAE.v.38. julho/setembro de 2008.

Isso inclui a concorrência entre terminais operadores, trabalhadores, entre outros aspectos.

Em síntese, se, por um lado, seria, em tese, possível ao regulador, para preservar a competição, estabelecer algum nível de distinção entre os arrendatários e os autorizatários, por outro lado, não é legítimo, sob o mesmo pretexto, igualar os diferentes tipos de autorizatários, como se não houvesse distinção entre os usos misto e exclusivo no regime privativo.

Portanto, menos pelo fato de não haver previsão expressa na norma, e mais porque o objetivo atribuído ao regulador é de estimular a competição, não se pode admitir que, pela via regulatória, se estabeleça objetivo diverso, de proteger o arrendatário contra o regime liberal previsto para os autorizatários, concebido, exatamente, para estimular a competição entre o regime público e o privado, entre tarifas e preços, voltado para a ampliação da oferta de estruturas para o escoamento da produção nacional.

6. A proposta de inovação legislativa

Uma Emenda à Medida Provisória nº 412 de 31.12.2007 propõe a alteração da letra “b” do inciso II, do § 2º do art. 4º da Lei 8.630/93, para que o terminal misto, possa movimentar carga própria **E/OU** de terceiros:

Inclua-se um Art. 2º na Medida Provisória nº. 412, de 31.12.2007, com a seguinte redação, renumerando-se os demais:

Art. 2º. O § 2º do Art. 4º da Lei nº. 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 4º —

§ 2º *A exploração da instalação portuária de que trata este artigo far-se-á sob uma das seguintes modalidades:*

I — uso público;

II — uso privativo;

- a) exclusivo, para movimentação de carga própria;
- b) misto, para movimentação de carga própria e/ou de terceiros;
- c) de turismo, para movimentação de passageiros;
- d) Estação de Transbordo de Cargas.

JUSTIFICAÇÃO:

As alterações propostas visam estimular a participação do setor privado nos investimentos necessários à modernização da infra-estrutura, ao reaparelhamento dos portos e a ampliação da oferta de serviços portuários — em face da carência dos recursos públicos, que devem ser destinados prioritariamente para atender às demandas da área social — de maneira a dotar o País de uma infraestrutura portuária moderna e compatível com as necessidades do comércio exterior.

É de conhecimento público a carência do país em infra-estrutura de transportes, em especial a ausência de terminais portuários, o que acaba por limitar o fluxo das exportações e importações, a circulação das mercadorias e a competitividade da indústria brasileira, impedindo o crescimento nacional.

Nos últimos anos ocorreu um aumento significativo da movimentação de cargas nos portos nacionais, obrigando-os a operar acima dos seus limites operacionais e acarretando custos adicionais a toda sociedade brasileira. As projeções das principais entidades públicas e privadas prevêem o agravamento desta situação, inclusive com a possibilidade de uma grave e ampla crise no setor, o que acarretará prejuízos significativos a toda economia nacional, particularmente ao comércio exterior brasileiro.

Assim, diante deste cenário, esta emenda objetiva:

- a) estimular à participação do setor privado nos investimentos necessários a ampliação e modernização da capacidade portuária nacional, através da construção e exploração, arrendamento ou locação de instalações portuárias privadas, possibilitando aos terminais privados movimentarem livremente mercadorias, sem qualquer tipo de restrição quanto a sua titularidade;
- b) fomentar o aumento da produtividade do setor portuário através do estímulo à livre concorrência, de forma a possibilitar o ambiente jurídico adequado aos investimentos privados;
- c) incentivar a livre concorrência entre os portos nacionais, de modo a incitar, de um lado, uma busca constante de aumento de eficiência nas operações portuárias e melhor rentabilidade aos investimentos em equipamentos e em infra-estrutura e, de outro lado, garantir maior

racionalidade na destinação de receitas e no processo de tomada de decisões em matéria econômica;

d) estimular a livre concorrência entre os proprietários, arrendatários ou locatários de instalações de um mesmo porto, de maneira a possibilitar, através da livre e ampla competição, a prática de tarifas adequadas e a prestação de serviços de acordo com as necessidades dos usuários;

e) aumentar a competitividade da economia nacional, através do aumento da eficiência e dos ganhos de produtividade na operação do sistema portuário, de modo a contribuir para a inserção de produtos brasileiros em mercados externos;

f) incentivar a livre movimentação de mercadorias, sejam essas próprias e/ou de terceiros, sem nenhuma restrição quanto à sua quantidade ou proporção, em todas as modalidades de terminais, a fim de atender a demanda atualmente existente através do aumento da capacidade instalada de serviços de movimentação de cargas em terminais portuários, minimizando-se assim, o reconhecido gargalo logístico nacional e incentivando a livre iniciativa e oferta de serviços entre os proprietários, arrendatários ou locatários de instalações portuárias, possibilitando-se, desta forma, a prestação de serviços de acordo com as necessidades da sociedade brasileira.

Como apontado anteriormente, tal disciplina não seria nenhuma inovação, já que o regime jurídico das telecomunicações previu a ampla competição entre os diversos prestadores de serviços, em regime público e em regime privado. Confirma-se a disciplina traçada na Lei nº 9.472/97, onde se percebe, facilmente, que o objetivo da norma foi ampliar os investimentos e a competição entre operadores sob diferentes regimes jurídicos, sendo certo que dos concessionários, em regime público, se exige a prévia licitação para a obtenção do título legitimador da exploração (o que não é exigido dos autorizatários, como regra):

*Art. 131. A exploração de serviço no regime privado dependerá de **prévia autorização da Agência**, que acarretará direito de uso das radiofrequências necessárias.*

§ 1º Autorização de serviço de telecomunicações é o ato administrativo vinculado que faculta a exploração, no regime privado, de moda-

lidade de serviço de telecomunicações, quando preenchidas as condições objetivas e subjetivas necessárias.

§ 2º **AAgência definirá os casos** que independem de autorização.

§ 3º A prestadora de serviço que independa de autorização **comunicará** previamente à Agência o início de suas atividades, salvo nos casos previstos nas normas correspondentes.

§ 4º A eficácia da autorização dependerá da publicação de extrato no Diário Oficial da União.

Art. 132. São condições objetivas para obtenção de autorização de serviço:

I — disponibilidade de radiofrequência necessária, no caso de serviços que a utilizem;

II — apresentação de projeto viável tecnicamente e compatível com as normas aplicáveis.

Art. 133. São condições subjetivas para obtenção de autorização de serviço de interesse coletivo pela empresa:

I — estar constituída segundo as leis brasileiras, com sede e administração no País;

II — não estar proibida de licitar ou contratar com o Poder Público, não ter sido declarada inidônea ou não ter sido punida, nos dois anos anteriores, com a decretação da caducidade de concessão, permissão ou autorização de serviço de telecomunicações, ou da caducidade de direito de uso de radiofrequência;

III — dispor de qualificação técnica para bem prestar o serviço, capacidade econômico-financeira, regularidade fiscal e estar em situação regular com a Seguridade Social;

IV — não ser, na mesma região, localidade ou área, encarregada de prestar a mesma modalidade de serviço.

Art. 134. **AAgência disporá sobre as condições subjetivas para obtenção de autorização de serviço de interesse restrito.**

Art. 135. **AAgência poderá**, excepcionalmente, em face de relevantes razões de caráter coletivo, **condicionar a expedição de autorização** à aceitação, pelo interessado, de compromissos de interesse da coletividade.

Parágrafo único. Os **compromissos** a que se refere o caput serão objeto de **regulamentação, pela Agência**, observados os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e igualdade.

Art. 136. Não haverá limite ao número de autorizações de serviço, salvo em caso de impossibilidade técnica ou, excepcionalmente, quando o excesso de competidores puder comprometer a prestação de uma modalidade de serviço de interesse coletivo.

§ 1º A Agência determinará as regiões, localidades ou áreas abrangidas pela limitação e disporá sobre a possibilidade de a prestadora atuar em mais de uma delas.

§ 2º As prestadoras serão selecionadas mediante procedimento licitatório, na forma estabelecida nos arts. 88 a 92, sujeitando-se a transferência da autorização às mesmas condições estabelecidas no art. 98, desta Lei.

§ 3º Dos vencedores da licitação será exigida contrapartida proporcional à vantagem econômica que usufruírem, na forma de compromissos de interesse dos usuários.

Art. 137. O descumprimento de condições ou de compromissos assumidos, associados à autorização, sujeitará a prestadora às sanções de multa, suspensão temporária ou caducidade.

Vê-se, pois, a ampla competência da agência para disciplinar os direitos de ingresso no setor e a possibilidade de instituir compromissos de atendimento de interesses gerais, bem como a desnecessidade de licitação, como regra, para a obtenção da autorização.

A grande diferença está na proteção que existe ao destinatário, num regime jurídico e noutro. No regime público, o destinatário da atividade é mais tutelado pela disciplina das *tarifas*, integralmente reguladas e controladas pelo Poder Público, ao passo que no regime privado, remunerado por *preço*, reina a liberdade na sua fixação, bem como na continuidade do serviço. É um fator importante na competição.

No entanto, no exercício de sua legitimidade, a agência deve buscar um ponto de equilíbrio, que deixe os terminais de uso misto bem distintos, em termos de requisitos e obrigações, dos regimes de arrendamento e de uso exclusivo. Ao incidir em equiparação a um deles para distanciar do outro, fugiu do equilíbrio, sendo, pois, desproporcional a medida. Daí sua invalidade.

III

Em face de tudo que foi aqui exposto, é possível sintetizar as seguintes proposições:

1. A ANTAQ, como agência reguladora, possui competência para estabelecer critérios que, a partir do dimensionamento de cargas próprias e de terceiros, devam ser necessariamente seguidos para a definição da modalidade “uso privativo misto” de instalação portuária, ou tal matéria deveria vir regulada por lei formal, em observância aos princípios da legalidade e da separação de poderes. Tais poderes devem ser exercidos dentro dos objetivos fixados em lei, que representam uma política pública a ser implementada pela Agência. Como dito acima, a ANTAQ tem competência, decorrente da lei (deslegalização), para fixar os critérios técnicos para as autorizações de uso de instalações portuárias, mas tal competência é orientada para implementação de uma política pública pró-competição entre os diversos operadores e não para dificultá-la, protegendo um dos agentes; há que se buscar um ponto de equilíbrio, aqui não alcançado pela equiparação dos terminais mistos aos terminais de uso exclusivo.

2. A norma contida na letra “c”, do inciso II, do art. 5º, da Resolução 517 de 18/10/2005 da ANTAQ, à luz do disposto nas letras “a” e “b”, do inciso II, do §2º, do art. 4º da Lei 8.630/93 não é legal. Embora a ANTAQ possa preencher o marco regulatório, tal competência tem por objetivo estimular a competição e não reduzi-la para preservar um dos agentes, não sendo, pois, válida a norma.

3. A Emenda à MPV 412 de 31/12/2007 que propõe a alteração da letra “b” do inciso II, do § 2º do art. 4º da Lei 8.630/93, para: “b) misto, para movimentação de carga própria E/OU de terceiros” é constitucional, já que o comando contido na Lei Maior é para a disciplina do porto e não para as instalações nele contidas; são regimes diversos. O porto é serviço público; o transporte de cargas é atividade econômica e exige a existência do porto, salvo se houver terminais privativos (fora dos portos organizados) para viabilizarem sua entra-

da e saída. Como serviço público, o porto só pode ser explorado pela Administração Pública ou mediante delegação a particulares por concessão ou permissão; o art. 21, XII, **admite a autorização, sem definir-lhe o regime jurídico, que pode ser feito pela lei ordinária. Certo é, no entanto, que a lei ordinária deve fixar uma diferença entre as situações que exigem licitação — arrendamento — das que não exigem — autorizações — sempre considerando como objetivo a preservação da justa e ampla competição entre os diversos operadores.**

O relevante é fixar a idéia de que os serviços públicos caminhem para um regime de maior liberalização e de ampliação da competição, por meio do ingresso de novos agentes. A competição não se dá apenas por meio da licitação. Este é apenas um dos formatos. Cada vez mais, além da concorrência pelo direito de ingresso num segmento de mercado, há a concorrência no mercado e entre mercados ou entre regimes jurídicos; os serviços postais, de transportes, de eletricidade e de telecomunicações já vislumbram tal competição entre os regimes jurídicos público e privado, tal como se objetiva instituir no setor portuário. Cabe ao regulador zelar pela lealdade na competição, editando normas que viabilizem tal mister. No mais, a Constituição não traçou um regime jurídico para as autorizações, podendo o legislador fazê-lo, admitido o auxílio da deslegalização.