



REGULAÇÃO PORTUÁRIA E A INAPLICABILIDADE DO CONCEITO DE SERVIÇO PÚBLICO AOS CONTRATOS DE ARRENDAMENTO

Port regulation and inapplicability of the concept of public service to port leasehold contracts

Sandro José Monteiro

Engenheiro e Mestre em Engenharia pela Escola Politécnica da USP. MBA em Direito Econômico e Defesa da Concorrência (FGV). Pós-graduado em Administração Pública (ENAP). Ocupa o cargo de Especialista em Regulação de Transportes na ANTAQ e é professor visitante do MBA do IPOG e da Fundação GENEP Santos. Possui mais de quinze trabalhos publicados em congressos e periódicos e dois capítulos em livros do setor portuário. Desde 2011 vem trabalhando no aprimoramento e normatização da regulação econômica da infraestrutura, tendo desenvolvido o atual modelo tarifário dos portos e outros processos de controle contábil, patrimonial e concorrencial. Representou a ANTAQ na Comissão Nacional de Autoridades nos Portos – CONAPORTOS. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3181010944486100>

RESUMO

Este trabalho aborda o enquadramento dos arrendamentos portuários como modalidade de exploração *sui generis*, própria, totalmente distinta da concessão prevista na Lei nº 8.987, de 1995, ou mesmo de qualquer outra espécie de concessão ou parceria público-privada. O instituto nasceu como ferramenta do direito privado, aplicado pelas empresas públicas portuárias a partir de 1934, tendo evoluído paulatinamente para o direito público, com consequente outorga pela via licitatória, devido ao previsto no arts. 37, XXI e 173, §1º, III da Carta Magna de 1988, nada se relacionando com o *caput* do art. 175 da Constituição Federal. Assim, ainda que se aplique subsidiariamente a Lei Geral de Concessões aos contratos de arrendamento firmados posteriormente à Lei nº 12.815, de 2013 (Nova Lei dos Portos), conforme o art. 66 do marco setorial, esse fato não altera a natureza do contrato. A inaplicabilidade de conceitos típicos da concessão, tais como tarifação, responsabilização civil subjetiva e serviço público ao arrendamento, afastam por completo qualquer semelhança desse com a concessão, permitindo que instrumentos de controle típicos se distanciem do arrendamento, conforme listado no texto.

PALAVRAS-CHAVE: Portos. Arrendamentos. Regulação.



ABSTRACT

This work addresses the port leasehold contracts as a *sui generis* exploration modality, which is totally different from the concession granted in Law nº 8.987, of 1995, or even from any other type of concession or public-private partnership. The institute was created as a tool of private law, applied by public port companies from 1934 onwards, having gradually evolved into public law, with the consequent granting through a public bidding process, as provided for in arts. 37, XXI and 173, §1, III of the Constitution of 1988, nothing relating to the *caput* of art. 175 of the Constitution. Thus, the General Concessions Law is still applicable to lease agreements signed after Law No. 12,815, of 2013 (New Port Law), pursuant to art. 66 of the sectorial framework, this fact does not change the contractual nature. The inapplicability of typical concepts of the concession, such as tariffs, civil liability and public service to the leasehold completely removes any similarity with the concession.

KEYWORDS: Ports. Leaseholds. Regulation.

1. INTRODUÇÃO

Segundo o levantamento junto à Agência Nacional de Transportes Aquaviários - ANTAQ, em números em agosto de 2021 (ANTAQ, 2021), temos 127 (cento e vinte sete) contratos de arrendamento vigentes, além de outros 16 (dezesseis) contratos também ativos em função de decisão judicial. Outra dezena está sendo licitada ou em processo de assinatura de contrato. O ritmo dessa modalidade de outorga aumentou após a centralização, na União, do poder concedente e do planejamento portuário. De 2012 a 2021 foram assinados 30 (trinta) contratos de arrendamento, cuja duração é de longo prazo (até trinta e cinco anos).

Diante do sucesso deste modelo de exploração, este trabalho avalia os fundamentos e demais aspectos regulatórios e econômicos que diferenciam o contrato de arrendamento portuário do contrato de concessão, sob qualquer formato, seja comum, patrocinada ou administrativa. Neste trabalho, quando mencionamos contratos de arrendamento, estamos nos referindo inclusive às espécies derivadas, como o contrato de transição e o contrato de uso temporário.

O tema é relevante, principalmente diante de decisões do Tribunal de Contas da União, a exemplo do item 9.3.2 do Acórdão TCU nº 2.676/2012-Plenário (“regulamentação dos parâmetros mínimos de qualidade e de produtividade para a prestação do serviço portuário adequado, a serem exigidos nos contratos de arrendamento de áreas e instalações portuárias”); item 9.4 do Acórdão TCU nº 2.200/2015-Plenário (“a aplicação dos parâmetros de desempenho nos termos aditivos de prorrogação antecipada, contemplando regras relacionadas, entre outras, à definição, à revisão, à atualização dos índices de eficiência”); item 9.4 do Acórdão TCU nº 787/2016-Plenário (“regulamentação dos parâmetros mínimos de qualidade e de produtividade para a prestação do serviço portuário adequado a serem exigidos nos contratos de arrendamento de áreas e instalações portuárias”); item 9.7 do Acórdão nº 1.972/2012-Plenário (“contabilização e controle dos investimentos realizados por arrendatários”); item 9.5 do Acórdão nº 2581/2021-Plenário (“revisão das tarifas,



preços e cestas de serviços constantes do Contrato de Arrendamento, observando a obrigatoriedade de respeito aos valores-teto, calculados para os serviços, nos termos do estudo atualizado, com base na alínea “b” do inciso II do art. 28 da Lei 10.233/2001”); e item 9.3.5 do Acórdão nº 1.439/2016-Plenário com a redação dada pelo Acórdão 923/2019-Plenário (“requeira dos arrendatários o encaminhamento para a Antaq dos dados relativos aos custos incorridos na prestação dos serviços mencionados no item anterior deste acórdão, com o fito de avaliar a eficiência da operação portuária”).

O assunto está inserido, ainda, no âmbito das conclusões do recente Acórdão nº 2711/2020-Plenário, originado de auditoria operacional do Tribunal quanto à exploração da atividade portuária:

9.1. recomendar, com fundamento no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992, c/c art. 250, inciso III, do Regimento Interno e art. 11 da Resolução-TCU 315/2020:

9.1.1. ao Ministério da Infraestrutura e à Agência Nacional de Transportes Aquaviários, no limite de suas competências, que avaliem a conveniência e oportunidade de adotar procedimentos administrativos, como a edição de diretrizes ou normativos infralegais visando:

9.1.1.1. regulamentar outras formas de ocupação e exploração de áreas e instalações portuárias não previstas na legislação específica, que viabilizem a exploração das áreas operacionais dos portos organizados em casos específicos para os quais o arrendamento não seja adequado (...);

9.1.1.2. **retirar, dos contratos de arrendamento portuário**, quando técnica e economicamente justificável, **as cláusulas de reversibilidade** dos bens, para estabelecer a obrigatoriedade de o arrendatário devolver a área, ao término do contrato, da mesma forma que a recebeu, salvo se for do interesse público que alguma eventual modificação ou investimento realizado seja mantido (...);

(...)

9.1.2. ao Ministério da Infraestrutura, com apoio da Agência Nacional de Transportes Aquaviários, que avalie a conveniência e oportunidade de:

9.1.2.1. propor alterações legislativas ou adotar procedimentos administrativos, como a edição de diretrizes ou normativos infralegais, visando **facilitar a realização de investimentos por conta e risco dos arrendatários**, admitindo a possibilidade de reequilíbrio econômico-financeiro apenas em casos excepcionais, caso reste cabalmente demonstrado que os ganhos auferidos pela autoridade portuária justifiquem algum tipo de compensação (...); (Grifos nosso)



Ao abordar a natureza sui generis do instituto, o objetivo é fornecer subsídios para uma melhor aceitação de mudanças da regulamentação e de procedimentos dentro do setor público, listando, ao final, as implicações e consequências dessa nova interpretação para as futuras contratações, as auditorias operacionais e as fiscalizações dos órgãos de controle e regulação federais.

A metodologia utilizada é uma abordagem histórica, trazendo elementos do modelo de exploração portuária no início do século XX e neste século XXI, fazendo um contraste das diferenças do arrendamento com a concessão.

2. ASPECTOS HISTÓRICOS DA EXPLORAÇÃO PORTUÁRIA

2.1 A EXPLORAÇÃO PORTUÁRIA E AS CONSTITUIÇÕES FEDERAIS

A configuração do modelo de exploração do ambiente portuário brasileiro tem evoluído ao longo do tempo em razão do grau de intervenção estatal adotado. Com a abertura dos portos pelo rei D. João VI, em 1808, o Brasil foi inserido no cenário do comércio internacional. A partir desse acontecimento e, principalmente após a promulgação da primeira Lei das Concessões, em 1869, a iniciativa privada passou a financiar as obras de expansão nos portos nacionais (CURCINO, 2007).

Para Schirato (2008), “durante todo o período imperial e a primeira fase da República brasileira, a legislação regente das atividades portuárias apresentava-se bastante vaga e imprecisa no que concerne ao regime aplicável à atividade”.

A primeira sistematização da legislação portuária nacional ocorreu na década de 1930, com a edição do Decreto nº 24.447, de 1934, que definiu as atribuições dos ministérios federais com relação às atividades de construção e operação de portos. Em seguida, foram editados outros dois decretos sobre a matéria: Decreto nº 24.511, de 1934, que dispunha sobre a utilização de instalações portuárias (em que se viu pela primeira vez o instituto de arrendamento) e Decreto nº 24.599, de 1934, que tratava do regime de concessão e da operação e manutenção de portos organizados. Ressalte-se que esse período também foi marcado pela estatização dos portos. Nasceu, nele, o conceito de porto organizado.

O termo porto organizado é uma classificação desse tipo de infraestrutura econômica denominado porto, local onde ocorre o transporte aquaviário e a troca de modais, geralmente do aquaviário para o terrestre ou ferroviário, e vice-versa. O porto “organizado” seria aquele multifuncional, que atenderia vários aspectos da demanda, perfis de carga distintos e múltiplos tipos de embarcações. Com o tempo, virou sinônimo de porto público, inclusive legalmente.

O modelo de investimento privado durou até o final dessa década de 1930, quando foi criado o Departamento Nacional de Portos e Vias Navegáveis (DNPVN), tendo o Estado assumido o papel de financiador e operador dos portos. Esse processo de estatização do



setor foi posteriormente impulsionado com a edição da Lei nº 6.222, de 1975, que extinguiu o DNPVN e criou a Empresa de Portos do Brasil S.A. (Portobrás). Os portos passaram, então, a ser administrados de forma centralizada pela Portobrás por meio de suas subsidiárias, as companhias docas e por concessionários privados e estaduais (TOVAR e FERREIRA, 2006).

O sistema legal de 1934, conforme apresentado por Lobo (2000), baseava-se no conceito jurídico de que cada porto organizado corresponderia a um monopólio da exploração de uma hinterlândia. Por essa estrutura de organização geográfica, o território nacional foi dividido, consistindo em cada hinterlândia de uma parte do litoral e a respectiva projeção para o interior do país. Nesse sentido, com fundamento no marco regulatório de 1934, criaram-se as companhias docas, que eram (e ainda são) empresas estatais controladas pela União, com o papel de prestar serviços portuários e administrar portos organizados. Os portos organizados que não eram controlados e operados por essas companhias docas, eram operados por empresas estatais (ou autarquias) controladas pelos entes subnacionais ou por empresas particulares, que prestavam serviços por meio de concessão outorgada por decreto federal (SCHIRATO, 2008).

Em 1964, os portos foram considerados agentes de segurança nacional e o controle estatal sobre a atividade portuária foi intensificado com a criação da Empresa de Portos do Brasil (Portobrás). De uma forma geral, a Portobrás foi constituída para desempenhar as funções de gestão e exploração portuária, permitindo que o Departamento Nacional de Portos e Vias Navegantes (DNPV) se concentrasse nas atividades de supervisão, de orientação, de fiscalização da política dos portos e das vias navegáveis da União.

A partir da década de 1990, houve a implementação do Programa Nacional de Desestatização (PND), instituído pela Lei nº 8.031, de 1990, e o setor portuário foi submetido a mais uma reformulação que teve como pontos de partida i) a dissolução da Portobrás pela Lei nº 8.029, de 1990 e ii) a descentralização da administração de determinados portos, hidrovias e eclusas às subsidiárias da Portobrás (em liquidação), ou às unidades federadas, mediante convênio, nos termos do Decreto nº 99.475, de 1990. Finda a concessão do Porto de Santos (1890-1980), com isso, os portos organizados passaram a ser integralmente administrados por companhias ou autarquias controladas pela União, por estados e municípios.

Em termos constitucionais comparativos, vejamos a Tabela 1.



Tabela 1 - Evolução da exploração portuária nas cartas constitucionais brasileiras

Constituição Federal	Competência Administrativa	Competência Legislativa	Ordem Econômica
1937	Art 15 - Compete privativamente à União: VII - explorar ou dar em concessão os serviços de telégrafos, radiocomunicação e navegação aérea, inclusive as instalações de pouso, bem como as vias férreas que liguem diretamente portos marítimos a fronteiras nacionais ou transponham os limites de um Estado;	Art 54 - Terá início no Conselho Federal a discussão e votação dos projetos de lei sobre: c) regime de portos e navegação de cabotagem.	Art 146 - As empresas concessionárias de serviços públicos federais, estaduais ou municipais deverão constituir com maioria de brasileiros a sua administração, ou delegar a brasileiros todos os poderes de gerência. Art 147 - A lei federal regulará a fiscalização e revisão das tarifas dos serviços públicos explorados por concessão para que, no interesse coletivo, delas retire o capital uma retribuição justa ou adequada e sejam atendidas convenientemente as exigências de expansão e melhoramento dos serviços.
1946		Art 5º - Compete à União: XV - legislar sobre: i) regime dos portos e da navegação de cabotagem;	Art 151 - A lei disporá sobre o regime das empresas concessionárias de serviços públicos federais, estaduais e municipais. Art 160 - A lei disporá sobre o regime das empresas concessionárias de serviços públicos federais, estaduais e municipais, estabelecendo: I - obrigação de manter serviço adequado; II - tarifas que permitam a justa remuneração do capital, o melhoramento e a expansão dos serviços e assegurem o equilíbrio econômico e financeiro do contrato; III - fiscalização permanente e revisão periódica das tarifas, ainda que estipuladas em contrato anterior.
1969	Art 8º - Compete à União: XV - explorar, diretamente ou mediante autorização ou concessão: d) as vias de transporte entre portos marítimos e fronteiras nacionais ou que transponham os limites de um Estado, ou Território;	Art 8º - Compete à União: XVII - legislar sobre: m) regime dos portos e da navegação de cabotagem, fluvial e lacustre;	Art 163 - Às empresas privadas compete preferencialmente, com o estímulo e apoio do Estado, organizar e explorar as atividades econômicas. § 1º - Somente para suplementar a iniciativa privada, o Estado organizará e explorará diretamente atividade econômica. § 2º - Na exploração, pelo Estado, da atividade econômica, as empresas pública, as autarquias e sociedades de economia mista reger-se-ão pelas normas aplicáveis às empresas privadas, inclusive quanto ao direito do trabalho e das obrigações.



Constituição Federal	Competência Administrativa	Competência Legislativa	Ordem Econômica
1988	Art. 21. Compete à União: XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: f) os portos marítimos, fluviais e lacustres;	Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: X - regime dos portos, navegação lacustre, fluvial, marítima, aérea e aeroespacial;	<p>Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.</p> <p>§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (...)</p> <p>III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;</p> <p>§ 3º A lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade.</p> <p>Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.</p>

Fonte: elaborado pelo autor.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, não restaram mais dúvidas quanto à exploração da atividade portuária pelo Estado. Diversamente dos diplomas constitucionais de 1946 e de 1967, que tratavam apenas da competência da União de legislar sobre o regime dos portos e da navegação de cabotagem, a Carta Magna de 1988 atribuiu a competência à União para legislar sobre a matéria (art. 22, X), bem como para explorar os portos marítimos, fluviais e lacustres, diretamente ou mediante concessão ou autorização, reconhecendo, exclusivamente e expressamente, que poderia a União obter receitas industriais e patrimoniais sobre o conjunto de tais bens e atividades. Conforme apresentado por Schirato (2008), apesar do novo tratamento constitucional dos serviços portuários, o arcabouço legal de 1934 permaneceu vigente, ainda que com algumas alterações, até 1993, quando se iniciou um processo de desverticalização e modernização institucional do setor.

A reforma do setor portuário, pós CF88, teve o seu ápice com a edição da Lei nº 8.630, de 1993, denominada de Lei de Modernização dos Portos, a qual construiu um novo arcabouço jurídico e institucional, rompendo com o monopólio estatal e consolidando a passagem, para o setor privado, das atividades de operação portuária, permanecendo o Estado, no entanto, como detentor da infraestrutura dos portos, fomentador de investimentos e regulador. Com a promulgação da Lei nº 9.277, de 1996, a União também passou a delegar ainda mais, por meio de convênios, a administração e exploração dos portos para estados e municípios,



podendo aqueles entes federativos outorgar arrendamentos (dentro do porto público) para exploração da iniciativa privada. A regra seria a exploração indireta da operação portuária pelo aparelho estatal, mas direta dos seus bens e patrimônio.

Da tabela anterior, vimos que Carta Magna de 1988, diferente das anteriores, incluiu expressamente a exploração dos portos como atividades de competência da União e passível de delegação mediante concessão, permissão ou autorização, consoante disposto em seu art. 21, inciso XII, alínea “f”. Depreende-se do documento que a concessão se submete a uma possível caducidade¹.

2.2 REGIME PÚBLICO E REGIME PRIVADO NA CONTRATAÇÃO EXPLORAÇÃO PORTUÁRIA

Como vimos do resgate histórico, existe e sempre existiu, no ordenamento jurídico brasileiro, um dualismo de regimes nas atividades portuárias, decorrente da história da exploração econômica dos portos. Atualmente, em **regime de direito público**, a contratação da exploração das atividades portuárias ocorre por intermédio de concessão (porto organizado por completo) ou arrendamento (instalações portuárias em áreas de porto organizado estatal) e, em **regime de direito privado**, por meio de autorização² (instalações portuárias de uso privativo ou privado).

A Lei nº 8.630, de 1993, na sua redação original, havia regulado em outro sentido, determinando que o arrendamento estaria dentro do rol da exploração direta pela União, cabendo serviço público (apenas) para as concessões e permissões (do porto como um todo). Vejamos:

Art. 1º Cabe à União explorar, diretamente ou mediante concessão, o porto organizado.

(...)

I - Porto organizado: o construído e aparelhado para atender às necessidades da navegação e da movimentação e armazenagem de mercadorias, concedido ou explorado pela União, cujo tráfego e operações portuárias estejam sob a jurisdição de uma autoridade portuária.

(...)

§ 2º A concessão do porto organizado será sempre precedida de licitação realizada de acordo com a lei que regulamenta o regime de **concessão** e permissão de **serviços públicos**.

(...)

1 Como veremos mais adiante, essa possibilidade não se admite no contrato de arrendamento.

2 O regime jurídico das autorizações foi completamente reformulado pela Lei 10.233, de 2001.



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

(Regulamento)

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;

(...)

§ 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. (Grifos nosso)

O §2º do art. 1º da Lei nº 8.630, de 1993, limitou o alcance da posterior Lei nº 8.987, de 1995, às concessões e permissões de porto organizado. O arrendamento, segundo o art. 4º da revogada Lei de Modernização dos Portos, seria mera exploração de instalação portuária.

No mesmo sentido, interessante observar adicionalmente a Lei nº 9.074, de 1995, tratando das concessões e permissões de infraestrutura, especialmente no transporte e na energia elétrica. O texto vigente é o seguinte:

Art. 1º Sujeitam-se ao regime de concessão ou, quando couber, de permissão, nos termos da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, os seguintes serviços e obras públicas de competência da União:

I - (VETADO)

II - (VETADO)

III - (VETADO)

IV - vias federais, precedidas ou não da execução de obra pública;

V - exploração de obras ou serviços federais de barragens, contenções, eclusas ou outros dispositivos de transposição hidroviária de níveis, diques, irrigações, precedidas ou não da execução de obras públicas;

VI - estações aduaneiras e outros terminais alfandegados de uso público, não instalados em área de porto ou aeroporto, precedidos ou não de obras públicas.

VII - os serviços postais.



Na época, o Sr. Presidente da República vetou os incisos I, II e III do art. 1º, conforme relata o documento disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/Mensagem_Veto/anterior_98/Vep750-L9074-95.pdf.

O inciso III do art. 1º da Lei nº 9.074, de 1995, tal como aprovado pelo Congresso Nacional, era o seguinte:

III - **portos marítimos**, fluviais e lacustres, na forma da Lei nº 8.630, de 25 de fevereiro de 1993. (Grifo nosso)

As razões informadas para o veto presidencial incluem a possibilidade de “induzir a errôneas interpretações em virtude do aforismo de que a lei não contém palavras inúteis, em prejuízo da estabilidade das relações jurídicas”. Assim, translúcida a intenção presidencial de excluir do mundo jurídico a possibilidade de interpretação que a exploração portuária seria, em qualquer hipótese, serviço público.

Na verdade, a incidência do regime público nos arrendamentos portuários decorre da existência de bem público, de imóvel público dentro do porto organizado, portanto, **sem qualquer relação com algum tipo de serviço público**. O arrendamento é a materialização de uma cessão onerosa. O legislador considerou superada a incidência do serviço público, e é o que se verifica na Lei nº 12.815, de 2013:

Art. 1º Esta Lei regula a **exploração pela União, direta ou indiretamente**, dos portos e instalações portuárias e as atividades desempenhadas pelos operadores portuários.

§ 1º A exploração indireta do porto organizado e das instalações portuárias nele localizadas ocorrerá mediante concessão e arrendamento de **bem público**.

(...)

Art. 2º Para os fins desta Lei, consideram-se:

I - porto organizado: **bem público** construído e aparelhado para atender a necessidades de navegação, de movimentação de passageiros ou de movimentação e armazenagem de mercadorias, e cujo tráfego e operações portuárias estejam sob jurisdição de autoridade portuária;

(...)

IX - concessão: **cessão onerosa** do porto organizado, com vistas à administração e à exploração de sua infraestrutura por prazo determinado;

(...)



X - delegação: transferência, mediante convênio, da administração e da exploração do porto organizado para Municípios ou Estados, ou a consórcio público, nos termos da Lei nº 9.277, de 10 de maio de 1996 ;

(...) XI - arrendamento: **cessão onerosa** de área e infraestrutura públicas localizadas dentro do porto organizado, para exploração por prazo determinado; (Grifos nosso)

O verbete bem público é recorrente, mas o legislador de 2013 cuidou de excluir qualquer menção à figura do **serviço público** da Lei nº 12.815, de 2013, assim como diferenciar fortemente a exploração direta daquela indireta. A exploração indireta do porto organizado dar-se-á por “arrendamento OU concessão”. A concessão refere-se à administração do porto organizado, e o arrendamento a uma instalação portuária dentro do porto organizado.

O bem público citado no art. 2º, I da Nova Lei dos Portos revela, acima de tudo, o papel do Estado na cadeia de transporte aquaviário e o posicionamento estatal frente aos seus cidadãos.

Na verdade, em tal caracterização, numa interpretação mais sistemática e teleológica, cabem duas visões que se complementam mutuamente. Se tomada em um sentido econômico, significa que o porto organizado consiste em um conjunto de elementos fixos (bens de capital) que realizam uma finalidade de interesse coletivo, necessárias à produção de um serviço e mercadorias. Assim, ainda que composto por bens integrantes do patrimônio particular do ponto de vista do Direito Societário, o porto organizado teria uma destinação pública maior (justificando, portanto, os subsídios da cabotagem pelo longo curso, por exemplo). Se tomada em sentido do direito público, se extrai que não podem e não devem ser afastados os princípios republicanos que cercam a coisa pública e os direitos dos usuários dessa utilidade, tais como o de não receber tratamento discriminatório, de igualdade de oportunidades e condições, transparência, previsibilidade, zelo pela integridade do bem público, continuidade e regularidade, seleção isonômica e ainda o direito ao livre acesso (desde que remunerado) (PEREIRA, 2013). Entretanto, nenhum sentido aponta para serviço público associado aos serviços portuários, no porto público ou fora dele.

Segundo a melhor doutrina de Eros Grau (2008), nem tudo que foi reservado pela Constituição ao Estado (chamado por ele de *publicatio*) é, evidentemente, serviço público. As atividades reservadas (como a exploração portuária pelas estatais) estão, na verdade, no art. 173 da Carta Maior, a saber:

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

(...)



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

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

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

(...)

§ 3º A lei regulamentará as relações **da empresa pública** com o Estado e a sociedade. (Grifos nosso)

Concordando com Eros Grau, a simples leitura da Constituição é insuficiente para estabelecer o que é serviço público, uma vez que o art. 21 apenas indicaria a titularidade estatal, que poderá ser exercida pelo privado, pois não são reservadas à administração pública. É o caso do setor portuário. Não há qualquer lei ou regulamento que expresse a vontade do poder público em elevar a atividade portuária como serviço público.

Do ponto de vista da Contabilidade Pública, o porto organizado gera receitas industriais, derivadas da exploração do patrimônio e dos direitos da União. A permanência de empresas controladas pela União explorando os portos, arrecadando tarifas e outras receitas, como administradoras portuárias, enquadra-se justamente no art. 173 da CF88, porque o legislador foi claro: a atividade econômica no setor portuário é, via de regra, exercida pelo setor privado, podendo, sob certas condições, a União explorar diretamente seus bens dentro do contexto do transporte aquaviário. De qualquer maneira, independente da modalidade de exploração, cabe ao Poder Público, seja na figura ministerial ou da própria Agência Reguladora, o papel indelegável de planejamento, fiscalização e normatização, como nos orienta o art. 174 da Constituição.

Em resumo, a Tabela 2 demonstra o movimento do marco de 2013, em relação ao marco de 1993, quanto à reclassificação das atividades dentro do setor portuário.



Tabela 2 - Classificação das atividades dentro do setor portuário

Exploração		Dentro do porto organizado			Fora do porto organizado	
		Direta		Indireta		
Modalidade		Empresa pública da União	Empresa pública dos estados e municípios conveniados com a União	Contrato de Arrendamento	Contrato de Concessão Portuária	Autorização
Objeto		Área do Porto Organizado		Instalação Portuária	Área do Porto Organizado	Terminal de Uso Privado
Atividade no Marco Regulatório Anterior (Lei nº 8.630/93)		Econômica		Econômica	Serviço Público	Econômica
Atividade no Marco Regulatório atual (Lei nº 12.815/13)		Econômica		Econômica	Econômica	Econômica
Aplicação da Lei nº 8.987/95	Lei nº 8.630/93	Não		Não	Integral	Não
	Lei nº 12.815/13	Não		Subsidiária	Subsidiária	Não
CF 88		art. 173		art. 173	art. 175*	art. 170, §único

Fonte: elaborado pelo autor (parcialmente).

2.3 ATRIBUTOS DO CONTRATO DE ARRENDAMENTO

Todavia, o contrato de arrendamento não se limita exclusivamente ao regime público – não se trata de um contrato administrativo comum. Conjuga, a um só tempo, autorização para atividade econômica dentro do porto organizado e a cessão onerosa de bens públicos. Veremos em seção adiante a natureza híbrida dessa tipologia de contrato.

Há autores, no entanto, definindo impropriamente o arrendamento portuário como sendo uma subconcessão de serviço público à luz do art. 26 da Lei nº 8.987, de 1995 (LOBO, 2000)³

3 Carlos Augusto da Silveira Lobo apresenta uma visão geral dos contratos referentes aos terminais portuários disciplinados na Lei nº 8.630, de 1993, estabelecendo uma análise distintiva entre os contratos de arrendamento e os contratos de adesão. Salieta que “os contratos de arrendamento de uso público pouco têm a ver com o contrato de arrendamento de terminal de uso privativo, além da circunstância de serem ambos os terminais localizados em Área do Porto Organizado”, pois, enquanto aqueles, por configurarem uma delegação de serviço público, são “muito mais uma subconcessão de serviço público do que um arrendamento”, figurando o seu titular “apenas secundariamente como um arrendatário de imóvel localizado em Área do Porto Organizado”. Estes últimos constituem-se em verdadeiros contratos de arrendamento, porque, nesse caso, não há delegação ou subdelegação de sistema público, mas apenas mera locação de um imóvel do qual a concessionária do porto organizado tem o domínio útil para que ali se implante um terminal privativo.



ou mesmo uma subconcessão sui generis à luz da semelhança das cláusulas essenciais do contrato de arrendamento, constantes do art. 4º, §4º, da revogada Lei nº 8.630, de 1993, com as do contrato de concessão de serviços públicos nos termos do art. 23 da Lei nº 8.987, de 1995 (MARQUES NETO e LEITE, 2003). Essas teses não podem prosperar à luz do marco regulatório de 2013.

Neste ponto, merece-se registrar adicionalmente que, na época em que foi publicada a Lei de Modernização dos Portos, o anteprojeto da Lei nº 8.987, de 1995, estava em tramitação no Congresso Nacional. Logo, não há como executar qualquer hierarquia entre os diplomas, a não ser inferir que o legislador ordinário da Lei nº 8.630, de 1993 possa ter inserido (ou aproveitado) nesta lei alguns dos dispositivos daquele anteprojeto.

Apesar de existirem diversas argumentações na literatura caracterizando o contrato de arrendamento como uma subconcessão, na Tabela 3 está bem representada a natureza distinta das operações regidas por este instrumento. Nela, aponta-se também os fundamentos pertinentes.

Tabela 3 - Atributos dos contratos de arrendamento portuário. Comparativo

	Contrato de Arrendamento Portuário	Contrato de Concessão (não portuário)
Origem	Direito Privado	Direito Público
Outorga (via de entrada e seleção)	Licitação, dispensável em certas situações (art. 37, XXI da CF88; art. 173, §1º, III da CF88; art. 5º-B, §único da Lei nº 12.815, de 2013)	Sempre precedida de licitação (art. 175 da CF88 e art. 14 da Lei nº 8.987, de 1995)
Natureza do contrato	Administrativo (pós CF88)	Administrativo (art. 4º da Lei nº 8.987, de 1995)
Objeto	Cessão onerosa de bem público, para usufruto privativo; licenciamento para atividade dentro do porto organizado	Delegação de prestação de atribuição pública (art. 2º, II da Lei nº 8.987, de 1995)
Regime Jurídico	Híbrido (até 1993, era privado, entre as empresas estatais e particulares)	Público
Atividade do contratado	Econômica, sujeita à regulação (art. 27 da Lei nº 10.233, de 2001)	Serviço Público, sob delegação (art. 175 da CF88).
Responsabilidade civil do contratado	Subjetiva (Código Civil)	Objetiva (art. 37, §6 da CF88)
Extinção do contrato	Culpa de uma das partes (art. 70 da Lei nº 8666, de 1993)	Caducidade (falha do concessionário - art. 38 da Lei nº 8.987, de 1995)
Remuneração do concedente	Aluguel mensal (conhecido como “valor de arrendamento” no jargão)	Nenhuma
Remuneração do contratado	Preços livremente negociados (art. 3º, VI da Lei nº 12.815, de 2013)	Tarifas (art. 9º da Lei nº 8.987, de 1995)
Compartilhamento de rendas do contrato com o concedente	Sim. Existe, tipicamente, a parcela fixa e variável do “valor de arrendamento”. Bônus. Royalties (art. 25-A, §7º e art. 42-C do Decreto nº 8.033, de 2013)	Não
Subconcessão pelo contratado	Vedada	Após autorização do poder concedente, mediante concorrência (art. 26 da Lei nº 8.987, de 1995)



	Contrato de Arrendamento Portuário	Contrato de Concessão (não portuário)
Terceirização pelo contratado	Nata, já que o marco regulatório setorial, criou a figura obrigatória do operador portuário para a movimentação de cargas (art. 2º, XIII da Lei nº 12.815, de 2013). A arrendatária precisa obter outra licença para atuar como operador (com requisitos diversos), ou contratar operador independente, ou seja, o arrendamento não se liga diretamente a um serviço de transporte aquaviário. A mão de obra dentro do setor portuário possui também caráter sui generis: é o chamado trabalhador portuário, contratado de forma avulsa, sem vínculo, de uma entidade externa, o Órgão Gestor de Mão de Obra (art. 32 da Lei nº 12.815, de 2013), existente em cada porto.	Opcional, para atividades inerentes ou acessórias (art. 11 e art. 25, §1º da Lei nº 8.987, de 1995)
Intervenção do poder público na gestão	Inaplicável. A administração portuária possui competências exaustivas previstas no art. 17 da Lei nº 12.815, de 2013, não podendo exercer as atividades de movimentação de cargas e passageiros. Poderá responsabilizar pela inexecução ou deficiência na execução (art. 5º-C da Lei nº 12.815, de 2013) ou suspender as operações (art. 17, X da Lei nº 12.815, de 2013), dado o seu poder cautelar.	Prevista em lei (art. 32 da Lei nº 8.987, de 1995)
Rescisão por iniciativa da contratada	Por demonstração de culpa do concedente (com possibilidade de interrupção da exploração no advento do pedido de distrato).	Somente pela via judicial, mediante descumprimento das normas contratuais pelo concedente, com impossibilidade da interrupção da exploração até o advento do distrato (art. 39 da Lei nº 8.987, de 1995).
Prerrogativas estatais do contratado	Nenhuma	Desapropriação, servidão e vedação de acesso às áreas da concessão (art. 31, VI da Lei nº 8.987, de 1995)

Fonte: elaborado pelo autor. Contratos do atual programa de arrendamento licitados pela ANTAQ após 2015.

Tais elementos evidenciam **a distância abismal entre o contrato de arrendamento e a concessão tradicional, em suas diferentes espécies.**

Os pontos comuns entre os institutos, cabe mencionar, entre os principais e significativos de nota, o direito a reequilíbrio econômico-financeiro da relação entre as partes e a reversibilidade (com indenização) de bens ao patrimônio público ao final do contrato. Esses pontos têm explicação simples, pois decorrem apenas da relação jurídica contratual estabelecida entre o poder público e o particular, à semelhança de muitos outros contratos regidos pela Lei nº 8.666, de 1993.

3. 3. DA NATUREZA DO ARRENDAMENTO PORTUÁRIO

3.1 3.1 O VOCÁBULO ARRENDAMENTO NO SETOR PORTUÁRIO

Na exploração portuária, o vocábulo arrendamento foi aproveitado do direito privado, oriundo da legislação civil. O Código Civil de 1916 já dizia:



Art. 724. O usufrutuário pode usufruir em pessoa, ou mediante **arrendamento, o prédio**, mas não mudar-lhe o gênero de cultura, sem licença do proprietário ou autorização expressa no título; salvo se, por algum outro, como os de pai ou marido, lhe couber tal direito. (Grifo nosso)

O arrendamento, na legislação civil, em geral é, portanto, nada mais do que o usufruto, por terceiro, de um patrimônio de outrem, sob autorização deste. A redação do Novo Código Civil de 2002⁴ confirma o significado histórico.

O Código Civil de 1916 já dizia também:

Art. 714. O usufruto pode recair **em um ou mais bens, móveis ou imóveis**, em um patrimônio inteiro, **ou parte deste**, abrangendo-lhe, no todo ou em parte, os frutos e utilidades.

(...)

Art. 717. O usufruto só se pode transferir, por alienação ao proprietário da coisa; mas o seu exercício pode ceder-se por título gratuito ou **oneroso**. (Grifos nosso)

A Lei nº 10.406, de 2002, o Novo Código Civil, manteve o usufruto por alienação e título de cessão onerosa:

Art. 1.393. Não se pode transferir o usufruto por alienação; mas o seu exercício pode ceder-se por título gratuito ou oneroso.

Emprestando o termo, a primeira aparição no setor portuário, já na República, remonta a reforma setorial de 1934, no Decreto nº 23.447. Dizia assim:

Art. 2º São “portos organizados” os que tenham sido melhorados, ou aparelhados, atendendo-se às necessidades da navegação e da movimentação e guarda de mercadorias e cujo tráfego se realize sob a direção de uma “administração do pôrto”, a quem caiba a execução dos “serviços portuários” e a conservação das “instalações portuárias”.

Parágrafo único. A “administração do pôrto” pode ser dependência direta do Governo Federal, ou **de concessionário, ou arrendatário**, a quem, por contrato, tenha sido delegada a execução daqueles serviços. (Grifo nosso)

Desde então, é marcante o contraste entre arrendatárias de instalações e concessionárias de portos.

4 Art. 1.399. O usufrutuário pode usufruir em pessoa, ou mediante arrendamento, o prédio, mas não mudar-lhe a destinação econômica, sem expressa autorização do proprietário.



O Decreto Lei nº 5, de 1966, em seu art. 27 e art. 28, compara o arrendamento com a locação para terceiros, nos afastando, portanto, desde a origem, de qualquer vínculo desse com o conceito moderno de parceria público-privada, ou delegação de serviço público, em qualquer amplitude. Vejamos:

Art 27. Poderão ser locados ou **arrendados** a seus usuários ou a outrem os terrenos, armazéns e outras **instalações portuárias**, tendo preferência na locação ou arrendamento a longo prazo, os que se dispuserem a investir para completar, expandir ou aparelhar as instalações, ressalvados os interesses da segurança nacional.

Art 28. Nos portos organizados, poderão ser executados por entidades estivadoras ou **por terceiros**, nas condições estabelecidas em regulamento, os serviços de movimentação de mercadorias e de armazenagem interna, o seu transporte de um para outro ponto das instalações, inclusive pelas vias férreas do pôrto, bem como todos os demais serviços portuários incumbidos às administrações de portos.

Parágrafo único. A regulamentação a que se refere êste artigo obedecerá, entre outros, aos seguintes princípios:

- a) a movimentação de mercadorias será realizada por entidades estivadoras com a utilização, quando fôr o caso, do pessoal e do aparelhamento das administrações dos portos;
- b) a utilização, total ou parcial, das instalações portuárias **dependerá de contrato**, que poderá ser a prazo ou para operação de carga ou descarga de navio;
- c) a arrecadação e o contrôle da Taxa de Melhoramento dos Portos continuarão, respectivamente, a cargo das administrações dos portos e do Departamento Nacional de Portos e Via Navegáveis; e
- d) as entidades estivadoras ou **terceiros**, quando **arrendatários** ou locatários de instalações portuárias, ficam sujeitos, no que couber, aos preceitos legais que disciplinam as administrações dos portos.
(Grifos nosso)

O arrendamento era, e sempre foi, uma transação privada firmada entre a empresa pública e o particular. A empresa pública era a administradora do porto, criada por lei para gerir, como monopólio, a área do porto organizado, espaço a ela afetada. Tínhamos a intervenção direta do Estado na produção de bens e serviços: o Estado empresário.

Confirmação desse argumento encontramos na recente emenda na Lei nº 12.815, de 2013, promovida pela Lei nº 14.047, de 2020, incluindo o art. 5º-A, *in verbis*:



Art. 5º-A. Os contratos celebrados entre a concessionária e terceiros, inclusive os que tenham por objeto a exploração das instalações portuárias, **serão regidos pelas normas de direito privado**, não se estabelecendo qualquer relação jurídica entre os terceiros e o poder concedente, sem prejuízo das atividades regulatória e fiscalizatória da Antaq. (Grifo nosso)

O marco setorial promoveu o encontro dos contratos de arrendamento à sua origem essencialmente privada, quando o porto organizado deixar de ser explorado por entidades estatais aproveitando atividade econômica.

O Decreto nº 8.033, de 2013, regulamentando a Nova Lei dos Portos, foi no mesmo sentido, no seu art. 22:

Art. 22. Os contratos de arrendamento e demais instrumentos voltados à exploração de áreas nos portos organizados vigentes no momento da celebração do contrato de concessão poderão ter sua titularidade transferida à concessionária, conforme previsto no edital de licitação.

§ 1º A concessionária deverá respeitar os termos contratuais originalmente pactuados.

§ 2º A transferência da titularidade afasta a aplicação das normas de **direito público sobre os contratos**. (Grifo nosso)

De fato, a publicização do instituto do arrendamento ocorreu paulatinamente, à medida que as empresas públicas ganharam os controles típicos da administração pública direta, particularmente após o Decreto-Lei nº 200, de 1967, situação ratificada pela Carta de 1988, tido como um retrocesso burocrático. Por fim, o contrato de arrendamento tornou-se um contrato administrativo, sujeito aos órgãos federais de controle e fiscalização.

Ressalte-se que o Decreto nº 4.391, de 2002, em seu art. 9º, rezava que o contrato de arrendamento constitui espécie do gênero contrato administrativo. O Decreto nº 4.391, de 2002 (revogado pelo Decreto nº 8.033, de 2013), na verdade, foi a primeira referência quanto à natureza do contrato de arrendamento:

Art. 9º O contrato de arrendamento de que trata este Decreto constitui **espécie do gênero contrato administrativo** e se regula pelas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhe, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as **disposições do direito privado**. (Grifos nosso)

O dualismo (público e privado) do contrato de arrendamento foi mais uma vez consignado no Decreto nº 6.620, de 2008, que, por sua vez, dispõe em seu art. 29, inciso VII, que o contrato de arrendamento de instalação portuária reger-se-ia por regime dual. O mesmo decreto traz definição para arrendamento:



Art. 2º Para os fins deste Decreto, consideram-se:

(...)

V - Arrendamento - cessão onerosa de instalação portuária dentro da área do porto organizado;

(...)

Art. 29. O arrendamento de instalação portuária operacional observará que:

(...)

VII - o contrato de arrendamento de instalação portuária rege-se pela Lei nº 8.630, de 1993, e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhe, supletivamente, a legislação que rege as contratações e concessões, assim como os **princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado**. (Grifos nosso)

O exame das disposições constantes da legislação portuária demonstra que o arrendamento ali disciplinado – perseguindo-se a sua verdadeira essência, independentemente da nomenclatura que se lhe venha a atribuir – corresponde, atualmente, a uma forma contratual administrativa, mista, híbrida, que conjuga elementos do direito privado com o direito público (MOREIRA NETO, 2000).

De qualquer forma, o regime aplicável aos contratos de arrendamento originalmente previstos na Lei nº 8.630, de 1993, foi, desde lá, necessariamente, híbrido, porque as instalações portuárias no porto organizado têm natureza de bens públicos de uso especial, seja, ainda, porque existe interesse público envolvido. Ainda que persista a controvérsia quanto à verdadeira natureza do contrato, as contratações em causa sempre serão administrativas.

A internalização de institutos de direito privado pela Administração Pública, como é o caso do arrendamento, não só é perfeitamente possível como foi uma exigência da realidade econômica. O Poder Público não é uma entidade fora do universo econômico, nem nele atua necessariamente como um ser extraterreno. Por isso, a CF88 trata do Estado empresário num único artigo (art. 173), disciplinando ao mesmo tempo, a atuação da empresa pública dentro do universo privado, integrando-a à concorrência. A exploração de bens e serviços que não se incluem entre os serviços públicos stricto sensu (previstos no art. 175) exige uma equiparação básica entre a empresa pública e a privada no que tange ao regime legal.

3.2 OBJETO DO ARRENDAMENTO PORTUÁRIO E O LANDLORD: FOCO NO PRIVADO

Genericamente, a cessão onerosa é um regime de contratação do poder público para áreas e infraestruturas. É prática mundial para captar recursos por meio do pagamento de bônus (no evento da contratação) e por royalties (durante a execução do contrato, mediante o compartilhamento de riscos e rendas). Tem seu maior exemplo na exploração de minerais.



O objeto do arrendamento portuário é a cessão onerosa de áreas ou instalações dentro do porto organizado, definido como bem público. Vem acompanhado do licenciamento para exercer a respectiva atividade econômica dentro do porto em questão, bem como o usufruto privativo do bem. O arrendatário tem o dever natural de conservar e até mesmo melhorar, conforme o acordo original – assim como explorar o bem de forma alinhada com o interesse público e as regras do porto.

Realmente, houve quem julgasse tratar-se, no caso de arrendamento de natureza pública, como um objeto análogo à concessão, da chamada concessão de uso de bem público. O próprio Hely Lopes Meirelles (1976) salientava que as Administrações Portuárias faziam erroneamente o uso de locação de bens públicos em lugar de concessão remunerada de uso que, na verdade, seriam “locações” impróprias. Independentemente da questão, mais correta parece-me a posição de Diniz (1993) e Di Pietro (1994) ao distinguir entre o arrendamento do uso do domínio público patrimonial em termos de cessão de uso, de um lado, e, de outro lado, exploração de frutos ou prestação de serviços inerentes ao bem público, caso em que se deve falar propriamente de arrendamento mediante condições especiais e sob fiscalização da autoridade.

A exploração completa do porto organizado exige, de fato, concessão. Mas a exploração de instalações portuárias por agentes econômicos privados já é negócio jurídico entre esses e a administração portuária⁵ (que poderá ser uma empresa pública da União ou de municípios conveniados, como tipicamente é). O arrendatário receberá, assim, um consentimento para ocupar e explorar a coisa pública, o que depende de consensualização, diferentemente do concessionário que atua como se Estado fosse (FERRAZ JUNIOR, 1999).

Isso não exclui que, no arrendamento público, haja a necessidade de desvios que visem a adaptar o direito privado às peculiaridades da Administração, o que deve ocorrer por determinação legal e não por via de interpretações extensivista. Não obstante, o foco fundamental no arrendamento é privado, não público (FIGUEIREDO, 1986). Pensar de outro modo, mormente quando estamos no terreno do mercado de que fala o art. 173 da CF88, é reverter o preceito constitucional não só pelo desequilíbrio nas relações de mercado, mas no cerceamento que se imporia à empresa pública em termos de sua viabilização econômica.

Ou, como se pode ler, em suma, em Di Pietro (1994), no arrendamento, como modalidade de locação ou usufruto de áreas, “o poder público transfere apenas o uso e gozo da coisa, enquanto na concessão pode haver transferência de poderes públicos ao concessionário, em especial nos casos em que a concessão de uso se apresenta como instrumento acessório da concessão de serviço público”.

De arrendamento nestes termos, falava seguramente o art. 21 do Decreto-lei nº 5, de 1966, quando dispunha: “poderão ser locados ou arrendados a seus usuários ou a outrem os terrenos, armazéns e outras instalações portuárias, tendo preferência na locação ou arrendamento a longo prazo, os que se dispuserem a investir para completar, expandir ou aparelhar as instalações, ressalvados os interesses da segurança nacional”.

5 A Lei nº 12.815, de 2013, sub-rojou os contratos de arrendamento existentes para a União.



Novamente, Di Pietro (2015), na sua obra “Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas”, incapaz de enquadrar a exploração portuária nas espécies tradicionais do direito administrativo, reservou apêndice especial para os arrendamentos portuários. É o Apêndice 9 (p. 478): “Lei dos portos: autorização, arrendamento e concessão de uso em áreas portuárias”.

Vimos que a Lei nº 8.630, de 1993, em seus artigos 4º, 5º e 6º, introduziu importantes modificações no regime de arrendamento de instalações portuárias, revogando expressamente o Decreto-lei nº 5, de 1966. Ao fazê-lo, aproximou o arrendamento da cessão de uso, mormente pela previsão expressa da reversão (art. 4º, § 6º). Manteve, contudo, a distinção fundamental em face da concessão, prevista para o porto organizado, como um todo, conforme a exigência constitucional.

Tais mudanças estão em linhas com o modelo desenhado pelo Banco Mundial (WORLD BANK, 2012) para um porto público-privado (ora em aplicação nos portos organizados, desde 1993), conforme o Quadro 1.

Quadro 1 - Modelos de exploração portuária, conforme a atividade

Modelo Portuário	Regulamentação e Supervisão	Gestão de Áreas Comuns	Gestão de Áreas de Uso Restrito	Operação Portuária
Público	Pública	Pública	Não há	Pública
Quase-Público	Pública	Pública	Não há	Privada
Público-Privado	Pública	Pública	Privada	Privada
Quase-Privado	Pública	Privada	Privada	Privada
Privado	Privada	Privada	Privada	Privada

Fonte: WORLD BANK, 2012.

A modernização do setor portuário em 1993 consagrou a sistemática denominada *Landlord Port*. As companhias docas deixaram de atuar diretamente na operação portuária (prerrogativa agora do “operador portuário”) e converteram-se no papel de “autoridades portuárias”, com a responsabilidade de garantir a infraestrutura das áreas comuns, gerindo o espaço do porto organizado como uma espécie de “condomínio”. Tal inovação da Lei nº 8.630, de 1993, foi em prol de uma maior eficiência, significando transferir competências das docas em relação à movimentação e à armazenagem de cargas, e repassá-las aos operadores portuários (entes privados previamente qualificados pela própria estatal). Pela Lei de Modernização dos Portos, passariam as Administrações Portuárias a exercer a atividade quase única de Autoridade Portuária, ou seja, de administradora do patrimônio público, disciplinadora local e fiscalizadora das atividades portuárias na sua jurisdição.

No modelo *Landlord Port*, a autoridade portuária administra o porto e fica responsável por toda a infraestrutura portuária, enquanto a superestrutura e a operação portuária ficam sob responsabilidade de arrendatários e operadores portuários, entes privados.

O modelo, ora nacionalizado, parte de dois pressupostos essenciais adicionais: i) a finalidade e caráter mais universalista do porto organizado, como bem público, fornecendo infraestrutura e serviços de utilidade geral a ela associados (o relevante interesse público do porto não consigna necessariamente serviço público, lembra-se); ii) existe uma autoridade superior, com poder de supervisão e coordenação da atividade local, um poder de domínio que excede em muito à vontade privada convencional.

Esse conceito de *Landlord Port* nasceu nos países cujos portos se desenvolveram baseados numa figura de autoridade pública (*Port Authority*), a atuar apenas na oferta de instalações comerciais para o segmento privado, com influência regional ou local, visando atrair negócios e atividades econômicas para a sua área de atendimento, ordenando, assim, o uso do solo de sua propriedade. Aos moldes da tradição dos portos hanseáticos, em que a titularidade é pública, da União (ou do município, como nos Países Baixos), e áreas operacionais, podem ser atribuídas para o setor privado por meio de contratos administrativos, setorialmente denominados de arrendamentos. A função da autoridade pública dentro do porto organizado é fornecer a infraestrutura menos sujeita à possibilidade de exclusão, como a aquaviária e a terrestre. Nesse modelo, há uma estreita parceria entre o público e o privado. A Lei nº 12.815, de 2013, a chamada novíssima Lei dos Portos, nesse ínterim, manteve o modelo de 1993.

A Tabela 4 demonstra como é remunerado o modelo *Landlord Port* no Brasil, tipicamente explorado mediante a gestão de empresas públicas. Trata-se de uma visão do papel do arrendamento como parte de uma cadeia logística de transporte, distanciando, portanto, o seu objeto do serviço público.

Tabela 4 - Típico modelo de remuneração do Landlord brasileiro (administração portuária constituída como empresa pública)

Fornecimento	Responsável	Fonte de recursos (financiamento)	Natureza do Bem
Ampliação da Infraestrutura aquaviária	União (Administração Pública Direta)	Receita Pública / Impostos federais / Lei Orçamentária	Bem Público
Operação e Manutenção da Infraestrutura aquaviária	Administração Portuária (Administração Pública Indireta)	Tarifas portuárias – inframar	Bem Público
Infraestrutura terrestre e de acostagem	Administração Portuária (Administração Pública Indireta)	Tarifas portuárias – infracais, infraterra e serviços complementares	Bem Público
Superestrutura de terminais portuários / Operação / Transporte Aquaviário	Setor privado (operadores portuários e arrendatários)	Preços livremente negociados (cobrados dos usuários pela movimentação e armazenagem de cargas)	Bens Privados, sujeitos a reversibilidade + Bens Públicos arrendados

Fonte: elaborado pelo autor.



Percebe-se as tarifas portuárias somente no contexto do fornecimento típico da Administração Portuária.

Quanto à natureza dos bens, sabemos que os bens públicos, de acordo com o art. 99 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), se revelam sob três formas básicas:

Art. 99. São bens públicos:

I - os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças;

II - os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias;

III - os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades.

O critério utilizado pelo Código Civil é o da destinação ou afetação dos bens: a primeira categoria é destinada, por natureza ou por lei, ao uso coletivo. O da segunda, ao uso da Administração, para consecução dos seus objetivos, como os imóveis onde estão instaladas as repartições públicas, enquanto os da terceira não têm destinação pública definida, razão pela qual podem ser aplicadas para obtenção de renda (é o caso das terras devolutas, e dos terrenos de marinha) (DI PIETRO, pg. 817).

No entanto, pelo parágrafo único do art. 99 do Código Civil de 2002:

Parágrafo único. Não dispondo a lei em contrário, consideram-se dominicais os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado.

A redação do dispositivo permite concluir que, no caso da administração portuária estatizada, a destinação do bem é irrelevante, a menos que a lei disponha em sentido contrário. Vale dizer que a lei instituidora da pessoa jurídica (gestora do porto) pode estabelecer a categoria dos bens, consoante a sua destinação. Nesses, existe o domínio privado do Estado, abrangendo os bens dominicais. Tradicionalmente, tais bens comportam uma função patrimonial ou financeira, porque se destinam a assegurar rendas ao Estado, em oposição aos demais bens públicos, que são afetados para uma destinação de interesse geral. A consequência disso é que a gestão dos bens dominicais não é considerada serviço público, mas uma atividade privada da Administração. Nada obstante, os referidos bens, em uma perspectiva mais ampla, também atendem a fins de interesse geral e são administrados no benefício de todos, mas podem ser cedidos a particulares para fins privados alinhados ao interesse público (o comércio internacional, por exemplo, gerador de muitos tributos aduaneiros, como é o caso dos portos).



Nesse sentido, a autoridade portuária tem o *directum dominiun*, isto é, um direito de senhorio das áreas, de domínio sobre as terras e aquavias, incluindo a possibilidade de arrendá-las (*dominium utile*) ou mesmo de operar diretamente.

4. DISCUSSÃO DOS RESULTADOS

Diante desse contexto da inaplicabilidade do conceito de serviço público no âmbito da regulação e do controle externo dos arrendamentos portuários, deduzimos que essa tipologia de contrato de exploração prescinde de dispositivos de restrição de liberdade econômica típicos da concessão.

De fato, os serviços públicos concedidos possuem características peculiares, tais como a universalidade e a generalidade, encaradas na maioria das vezes como direito social, em muitas situações, têm apenas o Estado como fornecedor direto do serviço (monopólio estatal) ou é subvencionado por esse. Não sendo o caso dos arrendamentos, seria justa a exclusão dos consumidores pela sistemática de preços (admitindo-se que existe competição e alternativas de fornecimento dentro do setor), desde que respeitado os objetos dos contratos e descaracterizadas as condutas listadas no art. 36 da Lei nº 12.529, de 2011 (Lei da Concorrência) e nos normativos da Agência Reguladora.

Mesmo os princípios da modicidade e da igualdade aplicam-se de forma mitigada e subsidiária, ainda que seja necessário reprimir (vocábulo destoante de outro, o prevenir) o abuso do poder econômico e defender o direito do consumidor, tarefa que a Agência Reguladora tem se incumbido com dinamismo, maturidade e instrumentalização crescente.

A própria Agência demonstra estar avaliando esse novo paradigma, seja na publicação dos normativos mais recentes (tais como a Resolução nº 49, de 2021, tratando da contabilidade nos portos organizados, bem como a Resolução nº 57, de 2021, tratando da transferência de controle e de titularidades dos contratos), seja no posicionamento das setoriais técnicas nos casos concretos, inclusive já levadas adiante para o próprio Tribunal de Contas da União. Uma parcela dessa nova compreensão já resultou na edição da Lei nº 14.041, de 2020, tendo sido criado o art. 5º-B na Lei nº 12.815, de 2013.

Em dez pontos, lista-se a seguir as consequências práticas para o setor, iniciativas viáveis econômica e juridicamente:

A. NOVOS CONTRATOS:

- I. simplificação ainda maior dos estudos prévios de viabilidade econômica, financeira e ambiental (EVTEA) do objeto do arrendamento, podendo a sua maioria ser utilizada em versão simplificada, aos moldes do previsto no art. 6º, §1º do Decreto nº 8.033, de 2013, tomando como premissa, em contrapartida, que a matriz de riscos eventualmente poderia ser revista para aumentar a segurança do investidor, principalmente nas questões ambientais e passivos ocultos;



- II. alternativamente à aplicação de uma estimativa de custo médio ponderado de capital e da técnica do valor presente líquido (a qual depende da geração de cenários futuros de fluxos de caixa), a justa remuneração unitária mensal pela área cedida pode ser previamente tabelada pela autoridade portuária, como já prevê a Resolução ANTAQ nº 61, de 2021, ou melhor, simplificando ainda mais, como valor mensal de arrendamento, poder-se-ia aplicar um percentual da receita bruta operacional do arrendatário, a depender da tipologia de carga movimentada, do potencial exploratório do espaço (áreas primárias ou retroportuárias), do provável giro do ativo e do patamar de investimento a ser empregado (áreas greenfield ou brownfield) – parâmetros a serem estudados, avaliados e aprovados pela Agência Reguladora;
- III. redução do prazo ou mesmo a dispensabilidade de prévias audiências públicas antes da publicação dos editais de licitação de áreas, restringindo-se esse evento para projetos realmente estruturantes e impactantes para a integração entre porto e cidade, cabendo, ainda, buscarmos mecanismos de concertação social alternativos para o aprimoramento dos projetos;
- IV. na estruturação do mercado e das hinterlândias, os atos de concentração submeter-se-iam aos controles já existentes na autoridade concorrencial brasileira, dispensada a exclusão, a priori, de grupos econômicos das licitações de arrendamentos, cuja participação poderia resultar em ganhos de escala e aumentar a rivalidade do certame, com benefícios externos inclusive para o valor de outorga – exceto se evidente o elevado risco de fechamento de mercado;
- V. aplicabilidade do art. 28, §3º, II e §4º da Lei nº 13.303, de 2016 (oportunidades de negócio nas empresas públicas) como forma de ocupação e exploração de áreas e instalações portuárias não previstas na legislação específica, na forma a ser regulamentada pela Agência Reguladora;

A. CONTRATOS EXISTENTES:

- I. exclusão de parâmetros mínimos de qualidade e de produtividade para avaliação da adequada prestação do serviço, restando os indicadores de movimentação mínima contratual apenas no seu viés econômico-financeiro, ou seja, para fins de aferição da parcela variável do valor mensal de arrendamento e definição da escala de produção desejada;
- II. retirada da obrigatoriedade de respeito a valores-teto de preços nas operações portuárias, restando, extremamente residual, tal espécie de restrição à liberdade dentro dos contratos, podendo o preço-teto ser estipulado pelo órgão regulador em situações de maior excepcionalidade, caso necessário, observadas as condutas após a contratação – haveria, assim, uma translação de uma regulação contratual para a regulação discricionária da Agência;
- III. descabimento dos dados relativos aos custos operacionais incorridos na prestação dos serviços serem encaminhados para a Agência Reguladora com o fito de avaliar e monitorar a



eficiência da operação portuária. Considerando que o desempenho econômico e financeiro dessas entidades é exclusivo interesse dos seus controladores, poderia o Regulador requisitar demonstrações contábeis regulatórias quando forem necessárias dentro de algum processo decisório específico. Nada obstante, a contabilização e o controle de investimentos e de bens reversíveis empregados pelos arrendatários continuaria sendo do interesse público, já que têm repercussão patrimonial para a União, cabendo, nesse ponto, a contínua prestação de contas;

- IV. retirada, quando técnica e economicamente justificável, das cláusulas de reversibilidade dos bens, para estabelecer a obrigatoriedade de o arrendatário devolver a área, ao término do contrato, da mesma forma que a recebeu, salvo se for do interesse público que alguma eventual modificação ou investimento realizado seja mantido;
- V. facilitação da realização de investimentos por conta e risco dos arrendatários, inclusive a expansão de áreas, admitindo a possibilidade de reequilíbrio econômico-financeiro apenas em casos excepcionais, caso reste cabalmente demonstrado que os ganhos auferidos pela autoridade portuária justifiquem algum tipo de compensação.

5. CONCLUSÃO

Diante do exposto, demonstrou-se que o objeto do contrato de arrendamento é a cessão onerosa pelo usufruto privativo de bem público, acompanhando de uma outorga para atividade econômica dentro do porto organizado, não se confundindo com qualquer espécie ou subespécie de concessão de serviço público ou atividade pública.

Dado o contexto histórico, o arrendamento portuário guarda maiores semelhanças com o direito privado, afastando-se da Lei nº 8.987, de 1995. A sua natureza é híbrida. A licitação para a contratação de arrendamento decorre, exclusivamente, do art. 37, XXI e do art. 173, §1º, III da CF88, sem qualquer relação com o art. 175 do referido documento.

Considerando que o contrato de arrendamento não se sujeita à caducidade e a outros elementos característicos e típicos da concessão, não adequada à equivalência jurídica ou econômica entre os institutos, não sendo razoável que elementos da concessão comum (tais como preço-teto, modicidade etc.) sejam aplicados ao contrato de arrendamento sem uma mediação pelo arcabouço regulatório setorial. Assim, diante do cenário de menor risco para o interesse público, existem condições para retirada de controles que possam estar sobrestando o desenvolvimento de economias de escala e de escopo dentro dos portos.

Por fim, este trabalho destacou, em dez pontos, possibilidades concretas de novos caminhos para o setor portuário, os quais visam contribuir para o desenvolvimento do transporte aquaviário nacional.



REFERÊNCIAS

ANTAQ. **Painel de Outorgas – Portos Organizados**. Disponível em: [https://app.powerbi.com/view](https://app.powerbi.com/view?r=eyJrljoiNTEyMDBhMjMtYTEwYy00YjZLTG2YzEtNzlmYWUyOTU1MWMxliwidCI6IjhlNTdmNzI3LTBINWUtNDEzMC04ZTI0LTJkNWY3YzhjMzhmNiJ9)

?r=eyJrljoiNTEyMDBhMjMtYTEwYy00YjZLTG2YzEtNzlmYWUyOTU1MWMxliwidCI6IjhlNTdmNzI3LTBINWUtNDEzMC04ZTI0LTJkNWY3YzhjMzhmNiJ9. Acesso em 18 ago. 2021.

CURCINO, G. A. **Análise de adequabilidade de portos às novas teorias e práticas portuárias: um estudo de caso no porto de Belém**. 2007. Dissertação (Mestrado) - Universidade de Brasília, Departamento de Engenharia Civil e Ambiental, Brasília, 2007.

DI PIETRO, M. S. Z. **Direito Administrativo**. São Paulo, 1994. p. 452.

_____ **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. Editora Atlas. 10ª edição, 2015.

DINIZ, M. H. **Tratado teórico e prático dos contratos**. São Paulo, v. V, 1993. p. 351

FERRAZ JÚNIOR, T. S. **Porto: arrendamento; cessão e prorrogação do contrato (parecer)**. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, n. 26, 1999. pp. 144-152.

FIGUEIREDO, L. V. **Extinção dos contratos administrativos**, São Paulo, 1986. p. 15.

GRAU, E. R. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. Editora Malheiros, 2008.

LOBO, C. A. da S. **Os terminais portuários privativos na Lei n. 8.630/93**. Revista do Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 220, 2000. pp. 19-34.

MARQUES NETO, F. P. de A.; LEITE, F. B. **Peculiaridades do contrato de arrendamento portuário**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 2003. pp. 269-295.

MEIRELLES, H. L. **Direito Administrativo Brasileiro**, São Paulo. 1976. pp. 238.

MOREIRA NETO, D. de F. **Transferências de execução de atividades estatais a entes da sociedade**. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações do direito administrativo, Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 136-137.

PEREIRA, C. **A qualificação do porto organizado como bem público**. Comexblog, 2013. Disponível em: <https://www.comexblog.com.br/direito-em-foco/a-qualificacao-do-porto-organizado-como-bem-publico/>. Acesso em: 27 jul. 2020.

SCHIRATO, V. R. **A experiência e as perspectivas da regulação do setor portuário no Brasil**. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 6, n. 23, 2008. pp. 171-190.



TOVAR, A. C. de A.; FERREIRA, G. C. M. **A Infra-Estrutura Portuária Brasileira: O Modelo Atual e Perspectivas para seu Desenvolvimento Sustentado.** Revista do BNDES, Rio de Janeiro, v. 13, n. 25, 2006. pp. 209-230.

THE WORLD BANK. **Port Reform Tool Kit PPIAF - Module 6: Port Regulation: Overseeing the Economic Public Interest in Ports.** 2º edition, 2012. Disponível em: <https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/library/port-reform-toolkit-ppiaf-world-bank-2nd-edition>. Acesso em: 18 ago. 2021.

Os conceitos e interpretações emitidos nos trabalhos assinados são de exclusiva responsabilidade de seus autores.

