



ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL N  
139-1

ARGUENTE: Associação Brasileira dos Terminais de Contêineres de Uso  
Público - ABRATEC

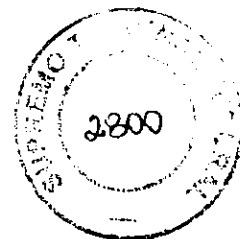
ARGUIDO: Agência Nacional de Transportes Aquaviários - ANTAQ

RELATOR: Ministro Cezar Peluso

*Constitucional. Alegação de afronta aos preceitos fundamentais contidos nos arts. 1º, IV, 21, XII, alínea "f"; 170, caput, seu parágrafo único, e inciso IV; 173 e 175, todos da Constituição Federal, em face de ato do Poder Público consubstanciado na suposta negligência da ANTAQ em exigir que, na exploração de instalação de serviços portuários de uso privativo misto, a carga de terceiro, movimentada pelo autorizado, seja apenas subsidiária em relação à movimentação de carga própria. Preliminar. Instrumento de procuração carente de especificação dos atos do poder público impugnados. Defeito de representação processual. Mérito. Preceitos fundamentais que se coordenam para estabelecer que lei federal permita delegação de serviço para a exploração de instalação de terminais portuários de uso privativo misto, mediante autorização e sem exigência de licitação. As autorizações questionadas foram outorgadas em conformidade com a legislação em vigor, que não exigia que a movimentação de carga de terceiro fosse apenas subsidiária. Edição do Decreto nº 6620/2008, após a propositura da arguição, definindo tal exigência. Manifestação pelo não conhecimento da arguição e, no mérito, pela improcedência dos pedidos.*

Egrégio Supremo Tribunal Federal,

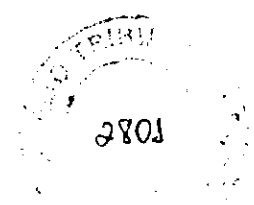
O Advogado-Geral da União, em face do despacho proferido nos autos em epígrafe, vem, nos termos do art. 5º, § 2º, da Lei nº 9.882, de 10 de novembro de 1999, manifestar-se quanto à presente arguição de descumprimento de preceito fundamental.



## I - DA AÇÃO

Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental ajuizada pela Associação Brasileira dos Terminais de Contêineres de Uso Público - ABRATEC, com pedido de medida liminar, tendo por objeto as autorizações n°s 96/2004 (fls. 520), 202/2005 (fls. 780) e 362/2007 (fls. 867), outorgadas pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários, respectivamente, à PORTONAVE S/A – Terminais Portuários de Navegantes (Processo Administrativo n° 50000.006540/1999), à ITAPOÁ Terminais Portuários S/A (processo Administrativo n° 50300.001110/2004) e à IMBITUBA Empreendimentos e Participações S/A (Processo Administrativo n° 50300.000358/2006) para a exploração de instalação de terminais portuários, na modalidade de uso privativo misto. A ação arrola como objeto, também, outras outorgas que a autora não especifica, bem como a atuação da agência reguladora no sentido de propor modificação na Resolução ANTAQ n° 517 (Processo Administrativo n° 503.00.000798/2007).

A arguente sustenta, em síntese, que as autorizações concedidas ofenderiam os arts. 1º, inciso IV, 21, inciso XII, alínea “f”; 170, *caput*, seu parágrafo único, e inciso IV; 173 e 175 todos da Constituição Federal e a direitos fundamentais que a prestação dos serviços portuários pretende resguardar, uma vez que não observariam as normas contidas em tais dispositivos. Afirma, nessa esteira, que a Agência Nacional de Transportes Aquaviários, ao outorgar tais serviços, absteve-se em: (i) exigir da PORTONAVE S/A – que teria carga originada de uma empresa por ela controlada - a demonstração de carga própria efetiva e real e (ii) exigir das Empresas IMBITUBA S/A e ITAPOÁ S/A a demonstração de observância do requisito da predominância da movimentação da carga própria sobre a movimentação de carga de terceiros.



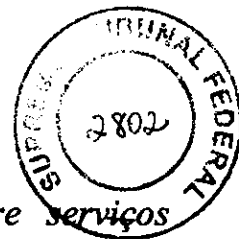
Argumenta que a conduta adotada pela ANTAQ, nos casos das Empresas PORTONAVE S/A, ITAPOÁ E IMBITUBA, em que se teria desvirtuado o conceito de instalação de uso misto, ensejaria a pretensão da Empresa LLX Logística – que já teria iniciado um processo de licenciamento ambiental do empreendimento – de pleitear uma possível autorização para a instalação de terminal de uso privado misto.

Sustenta, ainda, que a atuação da Agência Nacional de Transportes Aquaviários com vistas à modificação da Resolução nº 517, *“para adequá-la à premissa de que as normas constitucionais e legais permitem a um terminal privativo de uso misto movimentar cargas próprias e cargas de terceiro, sem qualquer relação entre elas, cabendo ao titular do terminal decidir livremente sobre o tipo de carga que pretende operar em seu terminal”* importaria em equiparação dos terminais de uso privativo misto com os terminais públicos (fl. 17).

Aduz que a Agência Nacional de Transportes Aquaviários teria incidido em conduta omissiva, na medida em que não estaria fiscalizando o cumprimento dos requisitos previstos na Resolução nº 517, em relação aos terminais portuários de uso já autorizados.

Afirma que a finalidade da arguição proposta é, *“entre outros pontos demonstrar que as exigências relativas à carga própria dos terminais de uso privativo derivam diretamente da Constituição e não poderiam ser ignoradas pela ANTAQ”* (fl. 13).

Reconhece, enfaticamente, que os preceitos fundamentais que teriam sido violados *“estabelecem as linhas mestras do sistema econômico*



*adotado pela Constituição Federal, baseado na distinção entre serviços públicos e atividades econômicas em sentido estrito” (fl. 18). Entretanto, contraditoriamente, afirma que tais preceitos se “coordenam para estabelecer a obrigatoriedade, a abrangência e a necessidade de preservação da prestação de serviços portuários sob o regime de direito público, delegáveis apenas mediante licitação” (fl. 3).*

Para justificar o pedido de liminar, manifesta o seu temor de que o Congresso Nacional aprove emenda à medida provisória em tramitação na referida Casa Legislativa, destinada a liberar por completo os terminais de uso privativo misto, enfatizando que *“permitir a existência de terminais privativos de uso misto, não destinados à movimentação primordial de carga própria implica a consagração de concorrência desequilibrada e injusta, que estimula e destrói o setor portuário concebido pela Constituição”*(fl. 59).

Requer a procedência da arguição, para o fim de declarar: (i) *“as condições essenciais para a interpretação e aplicação do art. 21, XII, ‘F’, especialmente à luz dos arts. 1º, IV, 170, caput, parágrafo único e inciso IV, o art. 173 e o art. 175 da CF/88”* e (ii) *“que tais preceitos impõem o oferecimento, a manutenção e a proteção de um sistema de serviços portuários prestados, sob regime de direito público (serviço público), diretamente pelo Poder Público ou, indiretamente, mediante delegação, sob forma de concessão ou permissão de serviço público, contratadas após prévia licitação, e (...) exigem que as operações de movimentação e armazenagem de cargas de terceiros sejam realizadas primordialmente por meio de instalações portuárias de uso público, que operem mediante regime jurídico de direito público (de concessão ou permissão)”* (fls. 57/58).



Requer, ainda, a declaração de que os preceitos constitucionais indicados “*permitem que instalações portuárias de uso privativo, outorgadas a particulares, mediante autorização e sem prévia licitação, realizem a movimentação e armazenagem de cargas não-próprias (de terceiros) apenas de modo acessório ou secundário*” (fl. 58).

Concluído os autos ao Relator, Ministro Cezar Peluso, o processo foi submetido à Presidência desse Supremo Tribunal Federal para distribuição por dependência, uma vez que a arguente alegara a existência de conexão entre este feito e a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 929-DF, que tem por objeto os dispositivos da Lei Federal nº 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, que “*dispõe sobre o regime jurídico da exploração dos portos organizados e das instalações portuárias e dá outras providências*” (fl. 1.158). Tal incidente de prevenção foi afastado pela Presidência da Corte Suprema, que não vislumbrou conexão ou continência entre as referidas ações (fls. 1.160/1.162).

A PORTONAVE S/A – Terminais Portuários de Navegantes e a EMBRAPOT – Empresa Brasileira de Terminais Portuários S/A requereram a intervenção no feito, na qualidade de interessadas, e impugnam as razões do arguente (fls. 1244/1262, 1317/1330, respectivamente). A Empresa ITAPOÁ Terminais Portuários S/A também requereu seu ingresso no feito na condição de interessado e *amicus curiae*, suscitando preliminares de ilegitimidade ativa da ABRATEC; de ausência de relevância da controvérsia constitucional; de ofensa a Preceito Fundamental e do não atendimento ao princípio da subsidiariedade. No mérito, pugnou pela improcedência da ação (fls. 1881/2401).

Por sua vez, a Associação Brasileira da Infraestrutura e Indústrias de Base – ABDIB, igualmente, requereu seu ingresso no feito, na condição de

*amicus curiae*, apresentando memorial preliminar no sentido do indeferimento da cautelar e da improcedência da ação, argumentando, em suma, estarem as autorizações concedidas pela ANTAQ em conformidade com a Lei 8.630/93, bem como não caber arguição de descumprimento de preceito fundamental para questionar previsões de futurologia sobre uma possível modificação da Resolução 517 proposta pela ANTAQ (fls. 1643/1680).

Tal entidade apresentou, também, a petição de fls. 2.728/2.743, onde registra a falta de interesse processual da arguente, porquanto editado o Decreto Federal nº 6.620, de 29 de outubro de 2008, que, a seu ver, *“adotou um novo marco regulatório, justamente no sentido defendido pela autora da presente ação”* (fl. 2.730).

O relator solicitou informações à Agência Nacional de Transportes Aquaviários e determinou vista, sucessivamente, ao Advogado-Geral da União e ao Procurador-Geral da República, nos termos do art. 5º, § 2º, da Lei nº 9.882 de 03 de dezembro de 1999 (fl. 2733).

A Agência Nacional de Transportes Aquaviários defende, em suma, ausência de ofensa a preceito fundamental, inépcia da inicial e não atendimento do princípio da subsidiariedade. No mérito, pugna pela improcedência da ação, sustentando, em síntese, que a Administração Pública, por estar adstrita ao princípio da legalidade, cumpriu os exatos termos da Lei nº 8.630, de 1993 – que, ao permitir a exploração de terminal de uso privativo misto para movimentação de carga própria e de terceiros, a esta não atribui caráter eventual ou subsidiário, não exige licitação para a outorga do serviço público, tampouco restringe o conceito de *“carga própria”* àquela produzida ou beneficiada por uma empresa e por ela transportada – e da Resolução ANTAQ nº 517 que,

2805

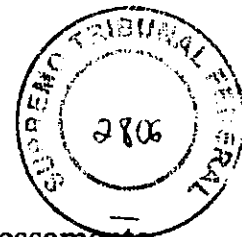
igualmente, não prevê preponderância de carga própria sobre a de terceiros (fls. 2750/2784).

Registra, ainda, a referida agência que, apenas recentemente, o Governo Federal veio a editar o Decreto nº 6.620, de 29 de outubro de 2008, que *“delineou novas condições de exploração dos terminais privativos, dentre elas a de que em terminais privativos de uso misto deve prevalecer a movimentação de carga própria, sendo as cargas de terceiros, subsidiárias”* (fl. 2.782).

## **II. PRELIMINAR - DA AUSÊNCIA DE PROCURAÇÃO ESPECIFICANDO OS ATOS DO PODER PÚBLICO QUESTIONADOS**

A arguente, na petição inicial, afirma que a presente ação tem por objeto as autorizações nsº 96, de 2004 (fls. 520), 202, de 2005 (fls. 780) e 362, de 2007 (fls. 867), outorgadas pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários, respectivamente, à PORTONAVE S/A – Terminais Portuários de Navegantes (Processo Administrativo nº 50000.006540/1999), à ITAPOÁ Terminais Portuários S/A (processo Administrativo nº 50300.001110/2004) e à IMBITUBA Empreendimentos e Participações S/A (Processo Administrativo nº 50300.000358/2006), para a exploração de instalação de terminais portuários, na modalidade de uso privativo misto. Ainda como objeto da arguição, arrola outras outorgas que não especifica, bem como a atuação da agência reguladora no sentido de propor modificação na Resolução ANTAQ nº 517 (Processo Administrativo nº 503.00.000798/2007).

Contudo, no Instrumento de procuração de fl. 68, a arguente outorga poderes específicos para os advogados proporem arguição de descumprimento de preceito fundamental *“em vista de atos praticados pela*



*Agencia Nacional de Transportes aquaviários*”, mas não indica expressamente tais atos.

Tal fato constitui irregularidade na representação processual, eis que retira do procurador da arguente poderes para a propositura da presente ação, a resultar, igualmente, incapacidade postulatória da própria Associação Brasileira dos Terminais de Contêineres de Uso Público.

Com efeito, essa Corte Suprema fixou que a especificação dos dispositivos ou leis questionados, no instrumento de procuração, é requisito indispensável para o reconhecimento da capacidade postulatória do requerente, no ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade. É o que se extrai do acórdão proferido na ADI nº 2.187<sup>1</sup>, cuja ementa está assim redigida:

*“Ação direta de que não se conhece, por não haver sido cumprida a diligência destinada à regularização da representação processual (procuração com poderes específicos para atacar a norma impugnada)”. (Rel. Octávio Gallotti, Pleno, DJ de 12.12.2003). [Destaques não originais].*

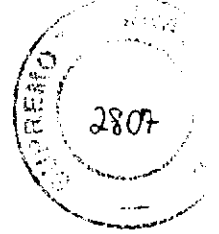
Assim, como a arguição de descumprimento de preceito fundamental tem a mesma natureza da ação direta de inconstitucionalidade, uma vez que ambas constituem modalidade de controle concentrado, o precedente ora suscitado merece aplicação.

Argumente-se, ainda, que, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 110<sup>2</sup>, a relatora adotou como um dos fundamentos para negar-lhe seguimento a ausência de especificação da norma impugnada no instrumento procuratório. Extrai-se o seguinte teor da decisão:

<sup>1</sup> Rel. Min. Octávio Gallotti, Pleno, DJ de 15.06.2000.

<sup>2</sup> ADPF nº 110, Rel. Min. Carmen Lúcia, DJ 25.06.2007.





*“7. A procuração trazida aos autos especifica os poderes nela contidos: “da cláusula ad judicium para Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF” (fl. 44).*

*O instrumento de mandato não indicou qual a norma específica autorizaria ao advogado ajuizar arguição de descumprimento de preceito fundamental”.*

Assim, diante da irregularidade na representação processual, a presente ação não merece ser conhecida.

### III – DO MÉRITO

Toda a argumentação da arguente contida na petição inicial demonstra, na verdade, a sua insatisfação diante da forma pela qual a Agência Nacional de Transportes Aquaviários tem aplicado a legislação inerente ao regime jurídico da exploração dos portos organizados e das instalações portuárias vigentes, à data da propositura da ação. Para tanto, a autora parte do pressuposto de que a interpretação dos supostos preceitos fundamentais indicados como violados conduzem a uma restrição da exploração de instalação portuária dos terminais de uso privativo misto para movimentação de cargas de terceiros.

Não obstante, a arguente sustenta, também, em sua petição inicial, que a interpretação dos preceitos fundamentais tidos por violados se **coordena para estabelecer a obrigatoriedade, a abrangência e a necessidade de preservação da prestação de serviços portuários sob o regime de direito público, delegáveis apenas mediante licitação.**

Dessa forma, cumpre demonstrar, apesar da percepção quanto à delimitação da controvérsia instaurada na exordial, que a interpretação dos preceitos fundamentais apontados pela arguente, ao contrário do que afirma, não se coordena para estabelecer a obrigatoriedade, a abrangência e a necessidade de preservação da prestação de todos os serviços portuários sob o regime de direito público, delegáveis apenas mediante licitação.

Com efeito, a interpretação sistemática dos arts, 21, inciso XII, alínea “f”, 22, inciso X, 37, inciso XXI, 170, *caput*, seu parágrafo único, e inciso IV, 173 e 175, todos da Constituição Federal, conduzem à permissão de outorga da exploração de algumas modalidades de serviços portuários, mediante autorização e sem a exigência da licitação.

Nesse ponto, a Constituição da República é expressa ao estabelecer, em seu art. 21, inciso XII que:

*“Art. 21. Compete à União:*

*(...)*

*XII - explorar, diretamente ou mediante **autorização**, concessão ou permissão:*

*a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 8, de 15/08/95:)*

*b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos;*

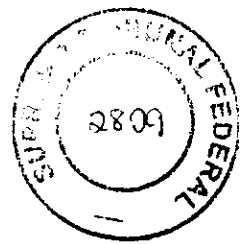
*c) a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária;*

*d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território;*

*e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros;*

*f) os portos marítimos, fluviais e lacustres;”*

Assim, a Lei Fundamental admite o instituto da autorização como forma de outorga dos serviços públicos enumerados no mencionado dispositivo. E mais adiante, no art. 22, confere à União a competência para legislar sobre o



regime dos portos. Tais previsões constitucionais não se contrapõem ao art. 175, *caput*, segundo o qual “*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*”, e, sim, complementam-se.

A propósito, Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>3</sup> e Celso Ribeiro Bastos<sup>4</sup> reconhecem a possibilidade dos serviços públicos previstos no art. 21, XI e XII, da Constituição Federal serem outorgados mediante autorização, conforme consta dos respectivos textos destacados de suas obras, *verbis*:

*“Na terceira acepção autorização é ato administrativo unilateral e discricionário pelo qual o Poder Público delega ao particular a título precário, Trata-se de autorização de serviço público. Está hipótese está referida, ao lado da concessão e da permissão, como modalidade de delegação de serviço público de competência da União. Até a 17ª edição, vínhamos entendendo que a autorização não existe como forma de delegação de serviço prestado ao público, porque o serviço é prestado no interesse exclusivo do autorizatário. A partir da 18ª edição esse entendimento é reformulado. Os chamados serviços públicos autorizados previstos no art. 21, XI e XII, da Constituição Federal, são de titularidade União, podendo ou não ser delegados, por decisão discricionária do poder público e essa delegação pode ser para atendimento de necessidades coletivas com prestação a terceiros (casos de concessão e permissão), ou para execução no próprio benefício do autorizatário, o que não deixa de ser também interesse público”. [grifos não são do original]*

*“A Constituição Federal, em seu art. 21, inciso XII, possibilita à união, mediante **autorização**, transferir a exploração de determinado serviços de sua responsabilidade a particulares”. [grifos não são do original]*

Ressalte-se que essa Corte Suprema também já firmou por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário nº 172816<sup>5</sup>, que a exploração dos **portos marítimos**, fluviais ou lacustres cabe a União, diretamente ou mediante **autorização**, concessão ou permissão.

<sup>3</sup> *Direito Administrativo, 19ª edição: São Paulo: Atlas, 2006, p. 236*

<sup>4</sup> *Curso de Direito Administrativo, São Paulo: Celso Bastos, 2002, p. 285/286*

<sup>5</sup> *RE nº 172816, Rel. Paulo Brossard, Pleno, DJ de 13.05.94*

Sobre o assunto, vale trazer à colação, também, excertos extraídos de artigo publicado na Revista de Direito Público da Economia<sup>6</sup>, da autoria de Vitor Rhein Schirato, que demonstram que a atividade portuária constitui serviço público que pode ser delegado, também, mediante autorização. Confira-se:

*“Com a publicação da Constituição Federal de 1988, as atividades portuárias passaram a constituir de forma clara e inequívoca serviço público de competência da União Federal, nos termos da alínea ‘f’ do inciso XII do artigo 21 da Constituição Federal, podendo ser exercidas, no regime público, por meio de concessão ou permissão, ou, no regime privado, por, por meio de autorização, aí não mais como serviço público.*

*Sem embargo do novo tratamento constitucional dos serviços portuários, o regime de 1934 permaneceu em vigor, ainda que com algumas alterações, durante várias décadas, tendo sido substituído apenas com a edição da Lei Federal nº 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, a qual, conforme muito bem identificado por Dinorá Musetti Grotti, apresentou uma considerável alteração no marco jurídico-regulatório do setor portuário, encerrando o regime monopólico existente no marco jurídico de 1934”. [grifei]*

O mesmo autor demonstra, ainda, a dualidade de regimes a que podem ser submetidos os serviços previstos no art. 21, XII, alínea “f”, da Constituição Federal, da seguinte forma:

*“A exploração de atividade no setor portuário em regime privada é sem sombra de dúvidas, o ponto mais polêmico do marco legislativo do setor. Conforme descrito acima, as atividades do setor portuário foram inseridas pela Constituição Federal de 1988, dentre os serviços públicos de competência da União Federal. Todavia, ao disciplinar as atividades do setor portuário, a Carta Política já previu uma dualidade de regime, pois, ao mesmo tempo em que determinou a obrigação da União Federal de prestar atividades diretamente ou por meio de concessão ou permissão no regime privado por meio de autorizações outorgadas pela União Federal.*

*Dizemos defluir da própria Constituição Federal a dualidade de regimes em razão da previsão em sede constitucional do instituto da*

<sup>6</sup> RDPE, Belo Horizonte, ano, n. 23, p. 59-74, jul./set. 2008, p. 174 e 181

*autorização como forma de franquia das atividades portuárias a particulares.*

Destaque-se, ainda, que essa mesma dualidade de regime jurídico de exploração permitida no art. 21 da Constituição é reconhecida pela Professora Sara Jane Leite de Farias<sup>7</sup>, conforme se extrai do texto de sua obra, *verbis*:

*“Diverso são os serviços considerados da alçada do Poder Público Federal. Merecem destaque especial os serviços listados no art. 21, incisos XI e XII, pois, é a partir da interpretação desta parte do texto constitucional que se estabelece a previsão dual de sistemas jurídicos em matéria de serviços públicos, visto que as concessões e permissões são típicos instrumentos de regulação da atividade no regime público e as autorizações, no de direito privado”.*

De igual modo, a interpretação sistemática dos arts. 37, XXI e 175 da Constituição Federal conduz à inexigibilidade de licitação na outorga de autorização dos serviços públicos enumerados no inciso XII do art. 22 da Constituição Federal. Dispõem os mencionados dispositivos, *in verbis*:

*“Art. 37 (...)*

*(...)*

*XXI - ressaltados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”* (grifos não são do original)

*“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.”* (grifos não são do original)

<sup>7</sup> Regulação Jurídica Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p 125

Nota-se que o referido inciso XXI do art. 37, que insere no texto constitucional a licitação como princípio a ser observado pela Administração Pública, somente se aplica aos serviços de obras, compras e alienações a serem contratados pelo Poder Público, e ressalva do processo licitatório os casos especificados na legislação. Para o fim de regulamentar tal dispositivo, foi editada a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que também prevê, inclusive, hipóteses de inexigibilidade de licitação.

No que tange à licitação para os serviços públicos delegados, a Constituição Federal, expressamente, **a exige para as modalidades de concessão e permissão, mas não para a autorização**. O que, também, veio a ser regulamentado pela Lei nº 8.987, de 1995, a qual *“dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos”*.

Contudo, a Lei Fundamental não prevê a exigência de licitação para os serviços públicos autorizados, conferindo, portanto, ao legislador ordinário a disciplina da matéria. A propósito, a União, no exercício de sua competência constitucionalmente prevista ao editar a Lei Federal nº 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, que *“dispõe sobre o regime jurídico da exploração dos portos organizados e das instalações portuárias”*, prevê a exigência de licitação para a concessão de porto organizado (art. 1º, § 2º); para contrato de arrendamento de instalações portuárias (art. 4º, I); para arrendamento de terrenos e instalações portuárias localizadas dentro da área do porto (art. 34) e para a construção e exploração de instalação portuária dentro dos limites da área do porto organizado (art. 5º), mas não a exige para **autorização** prevista no art. 4º, inciso

II, para a outorga da exploração 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 (art. 6º).

Da mesma maneira, a Lei nº 10.233, de 5 de julho de 2001, que *“Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes, e dá outras providências”*, também prevê que as autorizações independem de licitação (art. 43, I) e que seriam disciplinadas em regulamento próprio pela Agência e outorgadas mediante termo.

Destaque-se, também, que Hely Lopes Meirelles<sup>8</sup> e Paulo Magalhães da Costa Coelho<sup>9</sup>, ao definirem o instituto da autorização, deixam claro que tal modalidade de delegação de serviço público não exige licitação.

No caso das autorizações para exploração de instalação de terminais portuários de uso privado misto, a exigência de licitação não se coadunaria com o regime jurídico dessa atividade, tampouco com as exigências que são feitas ao particular que pretenda explorar esse tipo de serviço. A propósito, nesse sentido são elucidativas as observações feitas por Carlos Ari Sunfeld e Jacinto Arruda Câmara<sup>10</sup> que, em artigo publicado na Revista de Direito Público, assim expõem:

*“A Lei de Portos, todavia, criou alternativa que, de certo modo, representa outro nicho de competição. Trata-se da possibilidade de o*

<sup>8</sup> *Direito Administrativo Brasileiro, 34ª Edição, São Paulo: Malheiros, 2008, p. 411*

<sup>9</sup> *Manual de Direito Administrativo, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 134/135)*

<sup>10</sup><sup>10</sup> *R. de Direito Público da Economia - RPE, Belo Horizonte, ano 6, n. 23, p. 59-74, jul./set. 2008, p. 64.*

*próprio detento da carga construir e manter sua instalação portuária, para uso próprio. Quem não quiser se servir de instalações públicas pode, nos termos da lei, criar a sua instalação própria, privativa.*

*O direito à manutenção de instalações privativas é outorgado por intermédio de autorizações, sem necessidade de prévia licitação. A ausência de licitação é justificável uma vez que, por definição, tais instalações não devem se situar em áreas destinadas ao uso público. Para as situações em que a instalação privativa esteja dentro da área do porto organizado, o interessado deve ser o detentor do domínio útil do terreno. De uma forma ou outra – Isto é, fora ou dentro do porto organizado – o terreno a ser beneficiado pela instalação privativa deve ser o objeto de um direito conferido ao particular por título legítimo, de uso privado (o que torna inaplicável a licitação)”.*

Feitas essas colocações iniciais sobre a disciplina constitucional do instituto da autorização e da licitação e sobre o atual disciplinamento legal do regime jurídico da exploração de portos e das instalações portuárias – tão-somente para não haver omissão quanto à equivocada alegação da arguente de que os preceitos fundamentais indicados **“coordenam para estabelecer a obrigatoriedade, a abrangência e a necessidade de preservação da prestação de serviços portuários sob o regime de direito público, delegáveis apenas mediante licitação”** – passa-se ao exame da controvérsia específica instaurada na presente arguição.

Impende, em primeiro plano, situar o instituto da autorização para exploração de instalação portuária na modalidade de uso privativo misto na legislação legal e infralegal então em vigor, quando da questionada atuação da ANTAQ.

A delegação dos serviços de exploração de instalação portuária de uso privativo misto encontra previsão no art. 4º, § 2º, inciso II, aliena “a”, da Lei nº 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, redação conferida pela Lei nº 11.518, de 5 de setembro de 2007, que prevê:



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

*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. (Redação dada pela Lei nº 11.518, de 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:*

*II - uso privativo:*

*b) misto, para movimentação de carga própria e de terceiros”.*  
[grifei].

O mencionado diploma legal, ao disciplinar o regime jurídico da exploração dos portos organizados e das instalações portuárias, traz, dentre outras, a definição de instalação portuária de uso privativo nos seguintes termos:

*“Art. 1º (...)*  
*(...)*

*V - Instalação portuária de uso privativo: a explorada por pessoa jurídica de direito público ou privado, dentro ou fora da área do porto, utilizada na movimentação e ou armazenagem de mercadorias destinadas ou provenientes de transporte aquaviário.” [com grifos].*

A Lei nº 11.314, de 13 de julho de 2006, alterou o referido dispositivo, mas não trouxe alteração na definição de instalação portuária relativamente à *movimentação ou armazenagem de mercadorias, destinadas ou provenientes de transporte aquaviário*, dispondo:

***“V - Instalação Portuária de Uso Privativo: a explorada por pessoa jurídica de direito público ou privado, dentro ou fora da área do porto, utilizada na movimentação de passageiros ou na movimentação ou armazenagem de mercadorias, destinados ou provenientes de transporte aquaviário”. [com grifos]***

Observe-se que a Lei de Portos não trouxe nenhuma definição de carga própria, ou determinação no sentido de que a movimentação de carga de terceiro seja subsidiária. Posteriormente, o Decreto nº 1886, de 29 de abril de 1996, regulamentou o referido diploma legal, mas apenas os arts. 18 a 25, 33, § 1º, inciso XI, 47 e 49 da Lei nº 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, todos voltados para a gestão da mão-de-obra do trabalho portuário avulso.

Com o advento da Lei nº 10.233, de 2001, criou-se, além de outros órgãos, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (art. 21), inserindo em sua esfera de atuação os portos organizados e os terminais privativos (art. 23), o que foi mantido pela Lei nº 11.518, de 2007, que incluiu, também, as Instalações Públicas de Pequeno Porte e as Estações de Transbordo de Cargas.

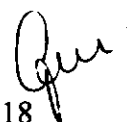
A outorga de autorização para a construção e exploração de terminais portuários de uso privativo também foi atribuída à referida Agência Reguladora (art. 27, XXII), que foi autorizada a disciplinar em regulamento próprio sobre a prestação de serviços de transporte e à exploração da infraestrutura aquaviária e portuária (art. 27, IV) e sobre autorização de sua competência a ser outorgada mediante termo, que, na forma do art. 44, indicará:

*“Art. 44 - A autorização será disciplinada em regulamento próprio pela Agência e será outorgada mediante termo que indicará*

*I – o objeto da autorização;*

*II – as condições para sua adequação às finalidades de atendimento ao interesse público, à segurança das populações e à preservação do meio ambiente;*

*III – as condições para anulação ou cassação;*



*IV – as condições para a transferência de sua titularidade, segundo o disposto no art. 30. (Revogado pela Medida Provisória nº 2.217-3, de 4.9.2001)*

*V - sanções pecuniárias.”*

Com apoio na lei de sua criação, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários estabeleceu normas para a outorga de autorização para a construção, a exploração e a ampliação de terminal portuário de uso privativo, que foi aprovada pela Resolução nº 517, de 18 de outubro de 2005, para vigorar a partir de sua data de publicação. Tal ato normativo reproduz a definição de terminal portuário constante da Lei nº 8.630, de 1993 (redação originária), bem como conceitua carga própria, nos seguintes termos:

*“Art. 2º Para os efeitos dessa Norma, considera-se:*

*IV – carga própria: a que pertença a pessoa jurídica autorizada ou a pessoa jurídica que seja sua subsidiária integral ou controlada, ou a pessoa jurídica de que a autorizada seja subsidiária integral ou controlada, ou, ainda, que pertença a pessoas jurídicas que integrem grupo de sociedades de que a autorizada seja integrante, como controladora ou controlada, na forma do disposto nos arts. 265 a 268 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976.*

*(...)*

*§ 2º Não se considera carga própria o seu meio de embalagem e de transporte, tais como contêineres e veículos transportadores”. (com grifos)*

A mencionada resolução estabelece os procedimentos necessários à outorga de autorização para exploração de instalações de terminais portuários de uso privativo misto e, dentre eles, inclui as obrigações da autorizada, as infrações e penalidades aplicáveis no caso de seu descumprimento, bem como as disposições transitórias da seguinte forma:

*“Art. 17 A titular de terminal portuário de uso privativo, autorizada mediante contratado de adesão celebrado anteriormente à entrada em vigor da Lei nº 10.233, de 2001, observará, no que não conflitar com*



*os termos do referido contrato de adesão, o estabelecimento nesta Norma.*

*18. A titular de terminal portuário de uso privativo de que trata o art. 17 deverá se adequar ao disposto nesta Norma, mediante a expedição de novo termo de autorização, na forma do disposto no art. 590 da lei nº 10.233, de 2001, quando:*

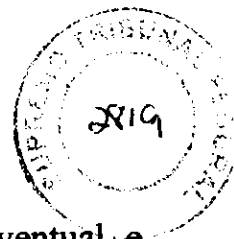
- I - pleitear, quando não prevista no respectivo contrato de adesão, a ampliação da área física do terminal, ou propor qualquer alteração no referido contrato de adesão de que resulte ampliação, modificação ou qualquer forma de alteração do objeto inicialmente pactuado;*
- II - pleitear, quando não previsto no respectivo contrato de adesão, a prorrogação do prazo de vigência da autorização.*

*Parágrafo único. A partir da adequação de que trata este artigo, a outorga de autorização para exploração de terminal portuário de uso privativo a reger-se pelo novo termo de autorização de que trata o caput, in fine”.*

Entre as disposições que cuidam dos procedimentos, o mencionado regulamento, relativamente à carga própria, prevê, em seu art. 5º, II, alínea “c”, que o interessado em obter a autorização para a exploração de instalação de terminal portuário de uso privativo misto deverá apresentar declaração 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.

Estabelece, ainda, o regulamento, que constitui uma das obrigações do autorizado explorar o referido serviço: *“realizar a movimentação mínima anual da carga própria na conformidade do especificado na declaração de que trata o art. 5º, inciso II, alínea c;”*.

Ressalte-se que foi nesse cenário jurídico que as autorizações questionadas foram outorgadas, e em perfeita consonância com a legislação em vigor, que não exige que a movimentação de carga própria fosse preponderante



sobre a movimentação de carga de terceiro, ou que esta, fosse eventual e subsidiária, como pretende a arguente.

É oportuno ressaltar que, posteriormente ao ajuizamento desta ação, foi editado o Decreto nº 6.620, de 2008, que *“dispõe sobre políticas e diretrizes para o desenvolvimento e o fomento do setor de portos e terminais portuários de competência da Secretaria Especial de Portos da Presidência da República, disciplina a concessão de portos, o arrendamento e a autorização de instalações portuárias marítimas, e dá outras providências.”*

O referido regulamento, em seu art. 2º, X, trouxe a definição de carga de terceiro como sendo *“aquela compatível com as características técnicas da infra-estrutura e da superestrutura do terminal autorizado, tendo as mesmas características de armazenamento e movimentação, e a mesma natureza da carga própria autorizada que justificou técnica e economicamente o pedido de instalação de do terminal privativo, e cuja operação seja eventual e subsidiária”*. Da mesma forma, prevê o seu art. 35, *verbis*:

*“Art. 35. As instalações portuárias de uso privativo destinam-se à realização das seguintes atividades portuárias:*

*II - movimentação preponderante de carga própria e, em caráter subsidiário e eventual, de terceiros, em terminal portuário de uso misto; e”* [com grifos].

Assim, somente a partir do referido decreto, o ordenamento jurídico passou a exigir do autorizatário de exploração de instalação de terminais portuários de uso privativo misto que a movimentação de terceiros seja eventual e subsidiária.

A superveniência, portanto, de norma específica regulamentando a movimentação de carga de terceiros, de forma a impor-lhe as restrições a que alude a autora, esvazia a tese exposta na presente ação, no ponto específico.

Nessa esteira, a ANTAQ cumpriu estritamente a legislação em vigor, à época em que outorgadas as autorizações impugnadas, tendo sido, inclusive, duas delas (a da PORTONAVE S.A – Terminais Portuários de Navegantes e a da ITAPOÁ Terminais Portuários S/A) outorgadas antes da Resolução nº 517, de 2004, que, se vier a ser modificada, relativamente à definição de carga de terceiros, haverá de estar em consonância com o novo decreto. Resta afastada, assim, a alegação da arguente no sentido de que uma possível conduta da ANTAQ de proceder à modificação da mencionada Resolução pudesse causar lesividade a preceitos fundamentais. Portanto, a impugnada conduta não se presta como objeto da presente arguição.

Ressalte-se, ainda, que o temor da arguente de emenda à Medida Provisória nº 412 no sentido de **“liberar por completo os terminais de uso privativo misto”** não mais serve de fundamento para a obtenção da liminar pleiteada, porquanto tal medida já fora convertida na Lei nº 11.726, de 23 de junho de 2008, cujo teor, aliás, nada prevê sobre o tema.

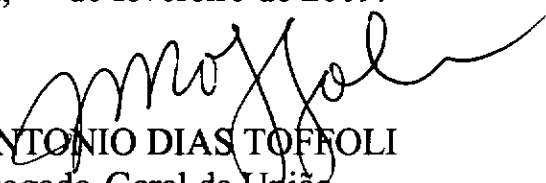
Assim, os atos do Poder Público impugnados foram outorgados em conformidade com a legislação então em vigor e uma possível conduta da ANATAQ, com vistas a modificar a Resolução nº 517, de 2005, não pode ser passível da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, pelas razões já mencionadas.

**IV - CONCLUSÃO**

Ante o exposto, manifesta-se o Advogado-Geral da União pelo não conhecimento da presente arguição e, se conhecida, pela sua improcedência.

São essas, Excelentíssimo Senhor Relator, as considerações que se tem a fazer em face do art. 5º, § 2º, da Lei nº 9.882 de 03 de dezembro de 1999, cuja juntada aos autos ora se requer.


Brasília, 20 de fevereiro de 2009.



JOSÉ ANTONIO DIAS TOFFOLI  
Advogado-Geral da União



GRACE MARIA FERNANDES MENDONÇA  
Secretária-Geral de Contencioso



MÁRCIA REGINA GONÇALVES DA SILVA  
Advogada da União