Marçal Justen Filho
Cesar A. Guimarães Pereira
Fernão Justen de Oliveira
Eduardo Talamini
André Guskow Cardoso
Aline Lícia Klein
Alexandre Wagner Nester

Justen, Pereira, Oliveira & Talamini
advogados associados

Marçal Justen Neto
Rafael Wallbach Schwind
Ana Lucia Ikenaga Warnecke
Felipe Scripes Wladeck
Paulo Osternack Amaral
Sheila Justen Tristão
Guilherme F. Dias Reisdorfer

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
1550

Excelentíssimo Doutor Ministro **CEZAR PELLUSO**,

Digníssimo Relator da Argüição de Descumprimento Fundamental nº 139.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
Coordenadoria de
Processamento Inicial
21/05/2008 15:30 72523

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS TERMINAIS DE CONTÊINERES DE USO PÚBLICO – ABRATEC, por seus advogados, nos autos (de nº 139) de ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL, em que é Requerente, comparece respeitosamente perante Vossa Excelência para pedir a juntada dos pareceres em anexo, proferidos pelos Professores Doutores ADILSON ABREU DALLARI e ARNOLDO WALD.

Espera que o contido nesses pareceres também seja levado em consideração na apreciação do pedido de liminar.

Pede Deferimento.

Brasília, 21 de maio de 2008.

p.p. _____
Luiz Antonio Bettiol
OAB/DF 6.558

p.p. _____
Aline Lícia Klein
OAB/PR 29.615

p.p. _____
Rafael Wallbach Schwind
OAB/PR 35.318

Rua Ângelo Sampaio, 1000 • Curitiba • PR • CEP 80.250-120 • Tel (55) 41 3017.1800 • Fax (55) 41 3017.1820
Av. São Gabriel, 201 • Cj. 1006 • São Paulo • SP • CEP 01.435-001 • Tel (55) 11 3704.7316 • Fax (55) 11 3704.7315
www.justen.com.br • justen@justen.com.br

Prof. Adilson Abreu Dallari
TITULAR DA FACULDADE DE DIREITO DA
PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

351

PARECER

Interessado: ABRATEC - Associação Brasileira dos Terminais de Contêineres de Uso Público.

Assunto: Arrendamento portuário. Diferenças no regime de exploração de terminais de uso privativo e terminais de uso público. Uso privativo de caráter misto. Obrigatoriedade de movimentação de carga própria mínima, suficiente para assegurar a viabilidade econômica do empreendimento. Posicionamento em sentido contrário proferido pela ANTAQ. Violação a princípios constitucionais e ao marco regulatório aplicáveis à matéria.

CONSULTA

ABRATEC - Associação Brasileira dos Terminais de Contêineres de Uso Público, por intermédio de seus ilustres advogados, integrantes do renomado escritório Justen, Pereira, Oliveira e Talamini - Sociedade de Advogados, honra-nos com a formulação de Consulta sobre a viabilidade do fornecimento de parecer versando sobre os fatos e os quesitos relatados nos termos que se seguem:

A Constituição Brasileira atribuiu à União a competência para explorar os portos, diretamente ou mediante concessão, permissão ou autorização (art. 21, XII, f). Sob outro prisma, a União editou a Lei nº 8.630/1993, conhecida como Lei de Modernização de Portos. O diploma disciplinou a exploração da atividade portuária e distinguiu entre os terminais de uso público e os terminais de uso privativo.

O art. 4º, § 2º, previu que a exploração de terminais portuários por particulares pode fazer-se sob modalidade de uso público ou de uso privativo. Não houve definição formal sobre a figura do terminal portuário de uso público, tendo a Lei se restringido a estabelecer, no § 3º do art. 4º, que *"A exploração de instalação portuária de uso público fica restrita à área do porto organizado ou à área da Instalação Portuária Pública de Pequeno Porte"* (redação dada pela Lei nº 11.518/2007).

Já a instalação portuária de uso privativo é aquela *"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"* (art. 1º, § 1º, V, com a redação da Lei nº 11.314/2006).

Por outro lado, as instalações portuárias de uso privativo compreendem três modalidades, tal como determinado no art. 4º, § 2º, inciso II. Admite-se o uso privativo exclusivo (*"para movimentação de carga própria"*), misto (*"para movimentação de carga própria e de terceiros"*) e de turismo (*"para movimentação de passageiros"*).

A partir de 1995, o governo federal promoveu licitações para outorga de arrendamento dos terminais de uso público, dentre os quais apresentavam grande relevância aqueles que movimentavam contêineres. O critério de julgamento das licitações foi a maior oferta de remuneração pelo arrendamento. Como decorrência, as empresas arrendatárias desembolsaram valores vultosos em favor do Estado brasileiro. Além disso, realizaram investimentos de grande porte para a recuperação e ampliação das infra e superestruturas portuárias. Ao longo do tempo, esses terminais vêm desempenhando com grande eficiência a movimentação de carga e descarga de contêineres, não obstante a necessidade de observância de uma grande variedade de deveres e

1563
3

obrigações em face das autoridades públicas. Ressalte-se que as arrendatárias pagam à Administração federal valores relativos tanto à ocupação das áreas como proporcionais à movimentação realizada.

Durante longo período, verificou-se também a instalação de terminais de uso privativo, especialmente no setor de cargas a granel. Existem presentemente 57 terminais nessa situação (em comparação com 95 terminais de uso público).

Em 2005, a ANTAQ editou a Resolução nº 517, destinada a disciplinar os terminais de uso privativo. O ato reconheceu que a autorização para terminais privativos de uso misto seriam concedidos mediante a comprovação de que o operador movimentaria carga própria em quantitativos suficientes para assegurar a viabilidade econômica do empreendimento. Logo, a movimentação de carga de terceiros seria admitida, mas não poderia ser o objeto principal e essencial da atuação do terminal.

Ocorre que, ao longo do tempo, três empreendimentos privados foram instaurados, visando a implantação de terminais de uso privativo misto para movimentação de contêineres, **sem** o efetivo cumprimento do requisito da carga própria. A autorização para dois desses empreendimentos foi requerida antes da vigência da Resolução nº 517 (mas já na vigência da Lei nº 8.630). O terceiro teve a autorização requerida depois da edição da referida Resolução. Mas todos os três empreendimentos envolveram a afirmativa formal de que existiria movimentação de carga própria, mas as asserções não refletem a realidade de sua atividade. A carga própria a ser movimentada nesses terminais ou é inexistente ou se apresenta como totalmente irrelevante. A viabilidade econômica desses empreendimentos depende inquestionavelmente da movimentação de cargas de terceiros.

O tema foi examinado perante a ANTAQ, existindo parecer interno no sentido de que a ausência de fixação de um quantitativo mínimo de carga própria da Lei nº 8.630 legitimaria a instalação de terminal de uso privativo misto destinado a operar com qualquer quantitativo, por mais mínimo e irrelevante que fosse.

Por outro lado, a ANTAQ anunciou formalmente a sua intenção de promover a revisão da Resolução nº 517, visando a eliminar o requisito da carga própria para a autorização para terminais privativos de uso misto.

Em termos práticos, isso significa que a prevalência da interpretação acima referida acarretará que os três terminais já existentes e um número indefinido de outros no futuro poderão ser instalados no Brasil. Esses terminais poderão operar exclusivamente com carga de terceiros, prestando serviço ao público em geral em regime jurídico distinto daquele sob o qual operam as arrendatárias de terminais de uso público. Pode-se estimar que o resultado será a destruição dos terminais de uso público, os quais se sujeitam ao regime de serviço público. Ou seja, as arrendatárias de terminais de uso público devem prestar serviços públicos universais, de modo permanente e ininterrupto, sujeitando-se ao regime trabalhista diferenciado. O prazo dos arrendamentos é limitado a 25 anos (prorrogáveis por outro tanto), ao final do qual os bens e melhorias revertem ao patrimônio público.

Mas os terminais de uso privativo atuam sob regime de livre iniciativa e concorrência, sem obrigatoriedade de prestação de serviço universal e não subordinados ao regime trabalhista portuário. Todos os investimentos realizados são consolidados no patrimônio do particular, pois as autorizações são outorgadas por prazo indeterminado e sem limite de tempo. Enfim, as arrendatárias são obrigadas a pagar importâncias à administração dos portos, inclusive em virtude da

movimentação das cargas. Já as empresas privadas não enfrentarão qualquer ônus financeiro correspondente.

Em vista de tais pressupostos, a Consulente, entidade associativa que congrega as empresas arrendatárias de instalações portuárias de uso público que operam contêineres, pretende exercitar a defesa dos interesses de seus associados e, nesse sentido, propõe nesta Consulta a análise jurídica em relação às seguintes questões:

a) É compatível com a Constituição uma política pública destinada a eliminar a existência de serviços públicos de movimentação de cargas portuárias?

b) Em face da Lei nº 8.630, pode-se admitir que uma instalação portuária de uso privativo misto destine-se a operar exclusivamente com carga de terceiros?

c) É correta a interpretação de que, por ter o art. 4º, § 2º, II, da Lei nº 8.630 silenciado sobre quantitativo mínimo de carga própria a ser movimentada nas instalações portuárias de uso privativo misto, seria lícito ao particular operar com quantidades irrelevantes e mínimas de carga própria (em face dos quantitativos de carga de terceiros movimentados)?

d) Em face da legislação e da regulação editada pela ANTAQ, é legítima a operação de instalação portuária de uso privativo misto sem a observância do requisito de carga mínima?

e) Em face da legislação e da regulação editada pela ANTAQ, é legítima a operação de instalação portuária de uso privativo misto que movimente quantidades irrelevantes de carga própria?

f) Em face da legislação e da regulação editada pela ANTAQ, o particular titular de autorização para operar instalação portuária de uso privativo misto está obrigado a respeitar as condições quanto à movimentação de carga própria indicadas por ele próprio, por ocasião do requerimento da autorização correspondente?

g) Em face da legislação e da regulação por ela própria editada, a ANTAQ está constrangida a fiscalizar a observância pelos particulares do requisito da movimentação de carga própria?

h) Em face da legislação e da regulação editada pela ANTAQ, o particular pode ser dispensado da observância do requisito da carga própria mediante o argumento da realização de vultosos investimentos na implantação de infra-estrutura?

i) O sistema jurídico brasileiro protege a equação econômico-financeira do arrendamento portuário oneroso, outorgado mediante licitação?

j) A eventual alteração da legislação, de modo a facultar a livre movimentação de cargas por terminais de uso privativo, poderá acarretar direito de indenização em favor dos atuais arrendatários de instalações de uso público?

Prof. Adilson Abreu Dallari
TITULAR DA FACULDADE DE DIREITO DA
PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

SEDEX
1552

PARECER

I – Considerações Iniciais

Conforme restou evidenciado no relato dos fatos que ensejaram a presente consulta, é possível traçar dois momentos distintos (antes e depois da edição da Resolução 517/2005, da ANTAQ), que caracterizaram as outorgas efetuadas pelo Poder Público no setor portuário, especificamente no tocante a arrendamentos de terminais de uso público e a autorizações para instalação e exploração de terminais de uso privativo.

Num primeiro momento, o ano de 1.995 (logo depois de editada a chamada Lei dos Portos, Lei nº 8.630, de 25/02/93) marcou o início de licitações para outorgas de arrendamentos de terminais de uso público, destacando-se aqueles que têm por objeto a movimentação de contêineres.

Desde aquela data, igualmente verificaram-se consideráveis outorgas de autorizações para a construção, instalação e exploração de terminais de uso privativo, ainda que em menor escala

1558

daquela verificada no regime de arrendamento para terminais de uso público.

Essa duas modalidades de outorgas são substancialmente diferentes. Para demonstrar a distinção entre uma e outra, convém, em primeiro lugar, evidenciar as peculiaridades que se encontram presentes nos arrendamentos de terminais de uso público, que são marcadas pelas características inerentes ao regime público dessa modalidade de outorga.

A primeira e a mais óbvia particularidade está na exigência de procedimento licitatório para a outorga dos arrendamentos de terminais de uso público. Nos certames licitatórios lograram-se vencedores aqueles que ofertaram a maior remuneração pelo arrendamento, cabendo ainda às arrendatárias arcar com pagamentos proporcionais à movimentação realizada.

Além disso, as empresas vencedoras ficam obrigadas a efetivamente realizar os vultosos investimentos que compunham seu caderno de obrigações frente à Administração Pública, sob pena de sofrer os efeitos das sanções contratuais típicas do regime legal que rege os contratos administrativos.

Outro ponto, não menos importante em relação aos que foram citados, refere-se à observância de dois princípios básicos inerentes ao regime jurídico de direito público, de suma relevância na execução do objeto contratual, que acaba por distinguir este pacto daqueles instrumentos dotados de índole privada, quais sejam as obrigações de *universalização* e *continuidade*, destinadas a assegurar os interesses públicos presentes nesse tipo de outorga e que acarretam limitações e ônus não existentes nos contratos privados.

SENADO FEDERAL
9 1559

Mais um aspecto tradicionalmente considerado em sede de contratos de concessão de serviços públicos (que são análogos aos contratos de arrendamento) está relacionado com o regime dos bens vinculados à prestação do serviço, os quais revertem ao poder concedente uma vez findo o prazo contratual. No caso dos arrendamentos de terminais de uso público, a reversão dos bens é cláusula obrigatória em todos os contratos.

É importante salientar que, em virtude da diferença da natureza dos regimes adotados em contratos de arrendamento e autorizações, nenhuma das regras relacionadas acima, dentre outras, é aplicável às detentoras deste segundo instrumento.

Na outorga de autorização não há um prévio procedimento licitatório (o interessado é quem solicita), não há contrato (trata-se de uma outorga unilateral), não há tempo determinado e, em relação à última característica relatada, as empresas autorizadas a construir e operar terminais privativos poderão incorporar ao seu patrimônio todos os bens utilizados na execução dos serviços. Este regime somente se justifica diante do pressuposto de que as autorizatárias irão movimentar cargas próprias.

Traçado esse primeiro quadro, passa-se à abordagem do segundo período temporal que ganha relevo para fins do presente exame, que se deu exatamente a partir de 17 de outubro de 2.005, data na qual foi editada a Resolução nº 215 pela ANTAQ, que delineou mais claramente o conjunto de regras especialmente voltado para a disciplina de autorizações para exploração de terminais portuários de uso privativo.

Como se verá mais adiante de forma detalhada, no tocante ao ponto mais relevante para os fins deste estudo, esse mencionado instrumento normativo estatui, em conformidade com o disposto na Lei

10

dos Portos, que a modalidade de terminal de uso privativo serve para, precipuamente, movimentar cargas próprias, de sorte que, mesmo na modalidade "mista", deverá obrigatoriamente prever a movimentação de carga própria mínima, de modo que seja suficiente, por si só, a sustentar a implantação do empreendimento.

Não obstante a clareza da regra, corroborada por força de outras passagens constantes do mesmo diploma, deu-se início à prática, em alguns casos, de descumprimento do quesito relativo à carga própria mínima em sede de empreendimentos autorizados sob o regime misto para fins de movimentação de contêineres.

As situações especificamente descritas pela Consulente reportam-se a dois pedidos de autorização apresentados antes mesmo da edição da Resolução nº 517 e a um pleito ofertado após o início da vigência da norma. Nos casos apresentados, ou o requisito normativo referente à carga própria não se verificou na prática, ou, então, foi realizado em níveis insignificantes.

Certo é que, nesses exemplos citados, a movimentação de carga própria, considerada de modo isolado, seria insuficiente para a sustentabilidade do negócio, que, na verdade, é assegurada pela movimentação de cargas de terceiros. Em todos esses casos, a ANTAQ não está exigindo o cumprimento da exigência determinada pela Lei e estipulada também em sua Resolução nº 517/2005.

Conforme relatado na formulação da consulta, a própria agência adotou uma interpretação no tocante a essa exigência de movimentação de cargas próprias, no sentido de que qualquer quantitativo, por menor e mais irrelevante que se apresente, seria apto a viabilizar a autorização para instalação e a exploração de um terminal de uso privativo misto, lastreando tal entendimento no fato de que a Lei

Federal nº 8.630/93, a "Lei de Portos", não estipulou um determinado quantitativo mínimo de carga própria.

Se esse entendimento vier a ser efetivamente adotado estar-se-á certamente abrindo margem para uma concorrência desleal, na medida em que arrendatárias e autorizatárias passariam a competir diretamente, porém sob a égide de diferentes regimes que resultam em um tratamento contratual infinitamente mais penoso para as primeiras, e por via de conseqüência, mais vantajoso para as segundas.

O mesmo se diz em relação ao princípio da licitação. A partir do momento em que se permitir que as autorizatárias passem a gozar dos mesmos benefícios conferidos às arrendatárias no tocante à abrangência do objeto contratual a ser executado, mas sem que haja a contrapartida de regras obrigacionais que levem em conta os encargos decorrentes de um regime de direito público, estará evidenciada uma flagrante burla à exigência de licitação.

Isso porque as arrendatárias, diferentemente das autorizatárias, submeteram-se a um processo rigoroso de seleção de candidatos, oportunidade em que propostas comerciais foram avaliadas de forma objetiva e condicionadas por regras que determinaram elevados investimentos por parte das empresas vencedoras, investimentos esses que, ao final do contrato, reverterão ao patrimônio público. As autorizatárias, ao contrário, obtiveram seus instrumentos de outorga sem a prévia realização de um processo competitivo e oneroso, e por se submeterem a um regime jurídico de direito privado, estão liberadas de todos aqueles encargos e ônus inerentes aos contratos administrativos de arrendamento.

E como se não bastasse o equivocado entendimento da ANTAQ, a ponto de gerar, de plano, esses primeiros questionamentos

brevemente abordados acima, é de se ressaltar que a agência, conforme também está relatado na formulação da consulta, anunciou formalmente sua intenção de promover uma revisão da Resolução nº 517, com o propósito de eliminar o requisito da carga própria para a autorização de terminais privativos de uso misto.

A orientação acima descrita revela típica hipótese em que são adotados dois pesos e duas medidas. Isso porque, de um lado, estende-se às autorizatárias condições de prestação de serviço nos mesmos moldes garantidos às arrendatárias, possibilitando-se em ambos os casos a movimentação exclusiva de cargas de terceiros. Ao mesmo tempo, as autorizatárias continuarão operando em regime de direito privado, não lhes sendo transferidos encargos que são infinitamente maiores em se tratando de regime de direito público. O desequilíbrio contratual para as arrendatárias que resultaria de uma condição de tal ordem é evidente.

De plano já se pode vislumbrar que, se o sistema jurídico diferenciou esses dois conceitos, não seria possível aglutiná-los e torná-los idênticos, mormente por meio de um simples parecer emitido pela própria agência, a qual expediu regulamentação em sentido contrário ao agora esposado (Resolução nº 517), sendo certo que tal parecer se apresenta em total descompasso com o ordenamento jurídico como um todo.

Diante das breves considerações expostas, já é possível afirmar que, se porventura prevalecer o entendimento em princípio firmado pela ANTAQ no sentido de legitimar situações nas quais foi desprezada a carga própria mínima para fins de sustentabilidade do empreendimento e a se admitir que a agência passará a descartar definitivamente tal exigência dos futuros autorizatários, estar-se-á diante de uma típica situação de desvio de poder, ou mesmo de pura

1563
13

arbitrariedade, podendo-se, ainda, cogitar da ocorrência de improbidade administrativa, pela inobservância dos princípios constitucionais que regem a Administração Pública.

II – A legislação aplicável

Antes de abordar o arcabouço legal e regulamentar especificamente dirigido ao regramento da exploração de portos, há de se iniciar a presente abordagem jurídica pela nossa Lei Maior e certos princípios insertos em seu texto que constituem a base de todo o raciocínio que será feito subseqüentemente.

E como o estudo no qual se assenta a presente Consulta restará fundamentalmente debruçado em princípios, torna-se imprescindível iniciar essa abordagem com o entendimento sobre o conceito e a função precípua a que se destinam os verdadeiros vetores de interpretação do nosso ordenamento jurídico.

GERALDO ATALIBA, em sua obra "República e Constituição" (2ª edição atualizada por Rosolea Miranda Folgosi, Malheiros Editores, 1995, p. 33), apresenta-nos os traços definidores dos princípios:

> *"O sistema jurídico – ao contrário de ser caótico e desordenado – tem profunda harmonia interna. Esta se estabelece mediante uma hierarquia segundo a qual algumas normas descansam em outras, as quais, por sua vez, repousam em princípios que, de seu lado, se assentam em outros princípios mais importantes. Dessa hierarquia decorre que os princípios maiores fixam as diretrizes gerais do sistema e subordinam os princípios menores. Estes subordinam certas regras que, à sua vez, submetem outras."*

1564
14

Os princípios, portanto, constituem diretrizes mestras do sistema jurídico no qual se encontram inseridos, que têm como finalidade precípua nortear os objetivos e desideratos a serem perseguidos pela sociedade e pelo Poder Público.

Disso resulta que esses valores deverão ser sempre prestigiados em qualquer circunstância e, nesse sentido, são eles que ditarão a conduta daqueles que se acham subordinados ao respectivo sistema.

No caso em exame, para que se possa chegar ao final a um entendimento sólido e firme no tocante à legislação ordinária aplicável aos fatos descritos na consulta, é preciso, primeiramente, subir ao nível constitucional e, neste nível, abordar o significado e a relevância dos princípios constitucionais que irão orientar e condicionar a interpretação das normas constantes da legislação ordinária.

É nesse sentido a lição da eminente Ministra CARMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA:

> *"Os princípios constitucionais são os conteúdos primários diretores do sistema jurídico normativo fundamental de um Estado. Dotados de originalidade e superioridade material sobre todos os conteúdos que formam o ordenamento constitucional, os valores firmados pela sociedade são transformados pelo Direito em princípios. Adotados pelo constituinte, sedimentam-se nas normas, tornando-se, então, pilares que informam e conformam o Direito que rege as relações jurídicas no Estado. São eles, assim, as colunas-mestras da grande construção do Direito, cujos fundamentos se afirmam no sistema constitucional.*
>
> *Os princípios constitucionais são predeterminantes do regramento jurídico. As decisões*

1565
15

políticas e jurídicas contidas no ordenamento constitucional obedecem a diretrizes compreendidas na principiologia informadora do sistema de Direito estabelecido pela sociedade organizada em Estado.

Princípios jurídicos constitucionais não se propõem; proclamam-se. Não se cuida de propostas. São opções constituintes projetadas no sistema constitucional expressa ou implicitamente. E são eles as opções identificadoras das raízes do sistema constitucional. Neles estão o espírito e os fins do sistema. Indicam eles - ou, antes, demonstram - a tendência ideológica do sistema jurídico, determinando primária e originariamente a concretização do que eles expressam no conjunto de normas jurídicas."

"Princípios Constitucionais da Administração Pública", Editora Del Rey, Belo Horizonte, 1994, p. 25.

Feita essa menção preliminar concernente aos princípios, em especial os de ordem constitucional, passam a ser avaliados, na seqüência, os preceitos que mais diretamente se aplicam ao objeto da Consulta.

Em primeiro lugar, deve ser mencionado, exatamente, o art. 1º da Constituição Federal, que acolhe e afirma o princípio republicano. A república é o governo dos iguais, no sentido de que não comporta nem tolera a existência de castas ou classes. Os que exercem temporariamente o poder são pessoas que receberam de seus iguais um mandato político. A república é incompatível tanto com a outorga de privilégios, quanto com a criação de especiais dificuldades em detrimento de determinados integrantes do corpo social.

Essa igualdade é reafirmada até de maneira redundante no art. 5º da Constituição Federal, ao dizer que "todos são iguais perante a lei", garantindo a todos o direito à "igualdade". Resta apenas esclarecer que essa regra fundamental da igualdade se dirige a todos os brasileiros

e estrangeiros residentes no País, sendo aplicável, também, da mesma forma às pessoas jurídicas de direito privado criadas no País.

Mais adiante, no art. 37, a Constituição Federal relaciona os princípios fundamentais que condicionam a atuação de todos os setores da Administração Pública, nestes termos:

> *"Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:".*

O primeiro princípio aí mencionado é o da legalidade, que tem raízes no já referido art. 5º, em cujo inciso II, está dito que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei". Cabe destacar, entretanto, que o princípio da legalidade opera de maneira mais acentuada com relação à Administração Pública, pois enquanto os particulares podem fazer tudo aquilo que a lei não proíbe, os agentes públicos somente podem fazer aquilo que a lei autoriza ou determina.

Em face do princípio constitucional da legalidade, é certo que nenhuma autoridade, de qualquer dos Poderes, inclusive do Poder Judiciário, tem competência para criar, modificar ou extinguir direitos dos particulares sem que algum dispositivo legal tenha previamente estabelecido tal prerrogativa.

O princípio constitucional da legalidade não foi derrogado nem enfraquecido pelo advento das chamadas políticas públicas, dado que tais políticas públicas somente podem ser estabelecidas por lei. São coisas completamente diferentes criar ou estabelecer uma política pública

TRIBUNAL FEDERAL
17

para um específico setor, e exigir a prática de atos decorrentes de política pública legalmente estabelecida.

Política pública não é um substituto da lei, mas, sim, uma nova forma de expressão de comandos legais. A atividade da Administração Pública continua sendo desenvolvida em nível infra-legal, dando cumprimento a comandos legalmente estabelecidos. O que se pode observar, com o advento dos chamados direitos de terceira geração (difusos e coletivos) é que, além de regular o relacionamento entre o indivíduo isolado e a Administração Pública, prescrevendo condutas determinadas para situações específicas, a lei estabelece princípios diretrizes e objetivos que condicionam a atuação concreta dos órgãos e entidades da Administração Pública.

As políticas públicas são opções políticas e, por isso, são formuladas por quem dispõe de capacidade política, por quem recebeu da ordem jurídica competência para decidir sobre o que é bom, necessário, conveniente, oportuno e prioritário para a satisfação dos interesses qualificados como públicos. Por isso mesmo é que são condicionantes da atuação administrativa, na prática de atos específicos e determinados, conforme ensina a doutrina:

> *"A escolha das diretrizes da política, os objetivos de determinado programa não são simples princípios de ação, mas são os vetores para a implementação concreta de certas formas de agir do Poder Público, que levarão a resultados desejados. E essa é a conexão das políticas públicas com o direito administrativo. Cada vez mais os atos, contratos, regulamentos e operações materiais encetados pela Administração Pública, mesmo no exercício de competências discricionárias, devem exprimir não a decisão isolada e pessoal do agente público, mas escolhas politicamente informadas que por essa via demonstrem os interesses públicos a concretizar".*

MARIA PAULA DALLARI BUCCI, "Direito Administrativo e Políticas Públicas", Saraiva, 2.002, p. 267/268.

As políticas públicas se destinam precipuamente a condicionar a atuação da própria Administração Pública, dos órgãos e entidades dotados de poder/dever para sua execução, mas podem, também, condicionar a atuação de particulares. Em qualquer caso, somente serão válidas se houverem sido estabelecidas por lei, em razão, exatamente, do princípio constitucional da legalidade, acima mencionado.

Voltando ao texto constitucional e a seus princípios, é preciso retornar ao art. 1º, cujo inciso IV menciona, entre os princípios fundamentais da república, "os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa".

O dispositivo constitucional que mais especificamente identifica o conteúdo desse último princípio é o art. 170, ao enumerar as diretrizes que nortearão a ordem econômica fundada na livre iniciativa, conforme se transcreve parcialmente:

> *"Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:*
> ...
> *IV - livre concorrência;'.*

A importância da livre iniciativa e da liberdade de concorrência é evidenciada pelo § 4º, do art. 173, que impõe ao Poder Público o dever de repudiar o abuso do poder econômico que vise à

1569
19

dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

A exegese do texto constitucional aponta para o seguinte caminho: a legislação infraconstitucional tem o dever não apenas de reprimir o abuso do poder econômico que vise à eliminação da concorrência, mas a obrigação estatal se revela principalmente na via positiva, na medida em que *compete ao Estado estimular a livre concorrência.* Em nenhuma hipótese poderão os agentes públicos atuar no sentido de, direta ou indiretamente, afetar ou prejudicar a livre concorrência.

Esta diretriz que milita em favor do mercado, da sociedade e do próprio Poder Público, somente pode e deve interferir na ordem econômica para estimular e garantir a livre concorrência.

Reflexamente, protege-se pela *livre iniciativa* e, paralelamente, pela *livre concorrência*, a liberdade de trabalho, de todas as formas de produção, sejam elas de caráter individual ou coletivo e, por conseguinte, a *dignidade da pessoa humana* que, por sua vez, é um dos fundamentos republicanos do Estado Democrático de Direito, tal qual dispõe o art. 1º, inciso III, da Magna Carta.

Entretanto, no caso em exame, empresas que obtiveram autorizações para exercer a exploração de instalações portuárias em caráter privado, basicamente envolvendo movimentação de cargas próprias, não estão procedendo nos termos em que lhe foi outorgada a autorização pela autoridade competente e de acordo com o ordenamento vigente.

A tolerância da autoridade governamental afeta e ofende o princípio da livre e justa concorrência, na medida em que as

1570
20

arrendatárias, contando com encargos pesadíssimos decorrentes do regime de direito público que se aplica aos seus contratos, estarão, em última análise, disponibilizando aos consumidores o mesmo serviço agora estendido às autorizatárias, sendo que a estas se aplica um regramento obrigacional muito mais flexível e menos oneroso, tipicamente aplicável ao regime do direito privado.

Obviamente as autorizatárias terão condição de ofertar preços muito mais atrativos aos interessados, mas não em razão de sua eventual competência para gerir seus próprios negócios, o que seria legítimo se estivéssemos diante de condições simétricas de competição entre essas duas frentes, mas, sim, em virtude de uma concorrência desleal e em detrimento do preceito constitucional que determina ao Poder Público o dever de manter um ambiente concorrencial sadio, de forma a ensejar condições justas e adequadas para o bom desenvolvimento dos negócios em benefício da própria sociedade.

Mas, além disso, a ANTAQ, ao pretender afastar o requisito da carga própria mínima no âmbito de autorizações de exploração de terminal de uso privativo misto, está ofendendo também o princípio constitucional, mais específico, da licitação, constante do art. 37, inciso XXI, da CF:

> *"Art. 37. (...)*
>
> ...
>
> *XXI - ressalvados 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."* (grifamos)

1571
21

Como se sabe, "licitação" é um procedimento administrativo através do qual o Poder Público, no exercício de suas funções administrativas, confere oportunidade aos eventuais interessados de submeterem-se às condições estabelecidas no ato convocatório, para fins de execução do objeto ofertado, devendo, para tanto, apresentar propostas que serão avaliadas de acordo com critérios objetivos dispostos no edital e selecionando-se, ao final, aquela que se apresentar como a mais vantajosa às necessidades do ente público.

Em princípio, os contratos celebrados pela Administração Pública com particulares devem ser precedidos de licitação. Cabe destacar que a Lei de Licitações e Contratações Administrativas (Lei nº 8.666, de 21/06/93), proíbe, expressamente, celebrar contratos com quem não tenha participado do correspondente procedimento licitatório (art. 50), vedando, ainda, a celebração de contratos por tempo indeterminado (art. 57,§ 3º).

Além disso, o art. 175 da Constituição Federal estabelece que a outorga a particulares da prerrogativa de prestar serviços públicos deve ser sempre precedida de licitação. Mais diretamente, o art. 21, inciso XII, letra "f", diz que compete à União explorar, diretamente ou mediante autorização concessão ou permissão, os portos marítimos.

Abra-se um parêntesis para dizer que a Constituição não menciona o "arrendamento", mas esta modalidade de outorga se assemelha à concessão e à permissão, que são modalidades de contrato, enquanto a mera autorização é, em princípio, uma outorga unilateral (daí porque pode ser conferida por tempo indeterminado).

No caso em exame, verificamos que o princípio da licitação foi plenamente atendido quando da contratação das empresas

arrendatárias dos chamados terminais de uso público para movimentação de cargas em geral, por tempo determinado.

A questão que se coloca em pauta diz respeito às autorizações que vêm sendo concedidas sem a observância efetiva do requisito de movimentação de carga própria suficiente para a sustentabilidade do negócio, em desacordo com a regulamentação vigente e, mais que isso, em descompasso com a própria lógica do mercado em análise e com o regime privado que se aplica a essas companhias.

A partir do momento em que a ANTAQ permite que as autorizatárias deixem de cumprir essa condição, a agência acaba por igualar situações que a Constituição e as leis disciplinam de maneira diferente. Ou seja, a ANTAQ está conferindo a quem não se submeteu a uma disputa licitatória, e nem celebrou um contrato comutativo e oneroso, as mesmas prerrogativas de quem cumpriu todas as exigências e requisitos inerentes à celebração de um contrato administrativo, mas sem os ônus correspondentes.

Deveras, ao se admitir que empresas autorizatárias que não se submeteram a um procedimento licitatório, tal qual as arrendatárias, passem a desempenhar o mesmo papel que estas últimas, uma vez que estariam oferecendo o mesmo serviço, sem, contudo, estarem submetidas às mesmas regras obrigacionais aplicáveis no âmbito de um regime de direito público, restará inevitavelmente configurada burla à licitação, afora o prejuízo de todos os demais princípios correlacionados a esse preceito, quais sejam os princípios da igualdade, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, citando-se apenas os principais deles.

Não bastasse a violação de todos esses preceitos de ordem constitucional, o próprio arcabouço regulatório do setor portuário também está sendo desatendido, conforme se passará a demonstrar, após uma pequena digressão sobre a interpretação das normas jurídicas.

Interpretar um texto normativo é algo mais do que ler a seqüência de palavras que o integram. Por certo, qualquer pessoa alfabetizada é capaz de ler um texto normativo, mas somente alguém dotado de conhecimentos técnicos científicos em Direito é capaz de apreender todo o seu conteúdo, retirando daí ilações de ordem prática.

Antes de se aplicar qualquer disposição normativa a um caso concreto é preciso interpretá-la, até para se saber se ela se aplica efetivamente ao específico caso em pauta.

O que é interpretar um dispositivo legal? Quem responde com excepcional clareza a essa pergunta é EROS ROBERTO GRAU, na parte inicial de sua obra "Licitação e Contrato Administrativo" (Malheiros Editores, 1995, p. 5 e 6):

> *"A interpretação do direito é atividade voltada ao discernimento de enunciados semânticos veiculados por preceitos (disposições, textos) -- o intérprete desvencilha a norma do seu invólucro (o texto); neste sentido, o intérprete "produz a norma". Atividade que se presta a transformar disposições (textos, enunciados) em normas, a interpretação é meio de expressão dos conteúdos normativos das disposições, meio através do qual o juiz desvenda as normas contidas nas disposições. Por isso, as normas resultam da interpretação, e podemos dizer que elas, enquanto disposições, não dizem nada -- elas dizem o que os intérpretes dizem que elas dizem. A interpretação é um processo intelectivo através do qual, partindo-se de fórmulas lingüísticas contidas nos atos normativos (os textos, enunciados, preceitos,*

disposições), alcançamos a determinação do seu conteúdo normativo".

A doutrina já evoluiu o suficiente para saber que um dispositivo legal normalmente comporta uma pluralidade de interpretações. Cabe ao intérprete e aplicador da norma, diante das circunstâncias do caso concreto e, principalmente, à luz do conjunto normativo do qual a norma específica é apenas uma parte, buscar a melhor interpretação possível, a mais consentânea com os princípios fundamentais que delineiam a ordem jurídica.

Para isso é preciso se valer da interpretação sistemática:

> *"Destarte, assumindo ótica mais elucidativa, a interpretação sistemática deve ser entendida como uma operação que consiste em atribuir, topicamente, a melhor significação, dentre várias possíveis, aos princípios, às normas estritas (ou regras) e aos valores jurídicos, hierarquizando-os num todo aberto, fixando-lhes o alcance e superando antinomias em sentido amplo, tendo em vista bem solucionar os casos sob apreciação".*
>
> JUAREZ FREITAS ("A Interpretação Sistemática do Direito", 3ª. ed., Malheiros Editores, 2003, p. 80)

Com base em tais ensinamentos, e muito especialmente à luz dos princípios acima mencionados, pode-se, agora, examinar a legislação mais diretamente relacionada ao questionamento em exame.

Em primeiro plano, a Lei Federal nº 8.630/93, que dispõe sobre o regime jurídico da exploração dos portos organizados e das instalações portuárias, contém alguns dispositivos bastante relevantes para o deslinde das questões suscitadas.

Logo de início, a norma esclarece o significado de "instalação portuária de uso privativo":

> *"Art. 1°. (...)*
>
> *§1° Para os efeitos desta lei, consideram-se:*
>
> ...
>
> *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."*

Esse conceito legal de "instalação portuária de uso privativo" é realmente muito vago, não possibilitando um exato conhecimento dessa modalidade sem o necessário exame de outros dispositivos correlatos, como é o caso do art. 4º, que se refere às diferentes modalidades de outorgas:

> *"Art. 4° Fica assegurado ao interessado o direito de construir, reformar, ampliar, melhorar, arrendar e explorar instalação portuária, dependendo:*
>
> *I - de **contrato de arrendamento**, celebrado com a União no caso de exploração direta, ou com sua concessionária, sempre através de licitação, quando localizada dentro dos limites da área do porto organizado;*
>
> *II - de **autorização** do 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."*

Fica absolutamente claro que a lei estabeleceu dois distintos regimes jurídicos de outorga para situações necessariamente distintas quanto aos pressupostos, objetos e às finalidades. Isso fica bem evidente logo mais adiante, no § 2º desse mesmo dispositivo, quando a lei se refere a duas modalidades distintas de instalações portuárias:

> *"§ 2° A exploração da instalação portuária de que trata este artigo far-se-á sob uma das seguintes modalidades:*
>
> ***I - uso público;***
>
> ***II - uso privativo:***
>
> ***a) exclusivo, para movimentação de carga própria;***
>
> ***b) misto, para movimentação de carga própria e de terceiros.***
>
> *c) de turismo, para movimentação de passageiros.*
>
> *d) Estação de Transbordo de Cargas."*

O texto legal é cristalino neste aspecto. Uma das modalidades é a de uso público, cujo regime jurídico é aquele do inciso I. Outra modalidade é a de uso privativo, cujo regime jurídico é aquele correspondente ao inciso II. Por sua vez, a modalidade de exploração de instalação portuária de uso privativo comporta quatro espécies, quais sejam, *exclusivo, misto, de turismo e Estação de Transbordo de Cargas.*

Para os fins deste estudo, é possível deixar de lado as duas últimas espécies e verificar, com mais detença as duas primeiras espécies, correspondentes às letras "a" e "b", com a advertência de que, logicamente, se são duas espécies do gênero "uso privativo", alguma diferença fundamental há de haver entre elas.

1572
27

O traço comum às duas é o de que ambas servem à movimentação de cargas próprias. O diferencial está em que apenas na espécie "mista" se fala textualmente em possibilidade de movimentação de carga de terceiros, *porém necessariamente aliada à movimentação de carga própria*. ***É gritantemente óbvio que não existe uma terceira modalidade de outorga de autorização para movimentação exclusiva de cargas de terceiros.***

Melhor dizendo: a modalidade de autorização é típica, específica e fundamentalmente destinada à movimentação de carga própria, podendo, entretanto, excepcionalmente, movimentar também cargas de terceiros. Mas nunca, exclusivamente ou majoritariamente cargas de terceiros.

Embora a Lei de Portos não determine expressamente uma margem mínima de movimentação de carga própria, a conclusão de que esse item deva comportar o núcleo principal do objeto da autorização é óbvia, diante de uma interpretação sistemática do ordenamento aliado ao conteúdo dos próprios preceitos legais anteriormente destacados.

Note-se que a lei não diferencia coisas idênticas e muito menos atribui as mesmas conseqüências a situações que diferem entre si. A lei não contém palavras inúteis. Caberá sempre ao intérprete proceder a uma análise sistemática do ordenamento e, dessa forma, extrair os conceitos cabíveis às expressões legais.

O raciocínio acima pode parecer elementar, e de fato o é, mas é necessário para se perceber que quando a lei portuária cuidou de traçar duas modalidades distintas de exploração de instalações – sendo elas, de uso público e privativo – certamente não o fez para que se pudesse extrair de seu texto que a espécie mista decorrente da segunda

modalidade poderia alcançar o mesmo fim a que se destina a modalidade de uso público.

Da mesma forma, não podemos considerar que as duas expressões referem-se a conceitos idênticos, afinal, como se disse, a lei não contém palavras inúteis, nem se pode atribuir ao legislador um disparate, conforme adverte CARLOS MAXIMILIANO ("Hermenêutica e Aplicação do Direito", 9ª edição, Forense, 1984, p. 166) :

> *"Deve o Direito ser interpretado inteligentemente: não de modo que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis".*

Essa interpretação inteligente foi feita, sim, pela ANTAQ, ao editar a Resolução nº 517. Com efeito, a regulamentação editada pela ANTAQ teve o zelo de esclarecer de uma vez por todas a regra relativa à carga própria mínima no âmbito de instalações de uso privativo. Essa Resolução não inovou; apenas deixou mais claro aquilo que estava na lei e ofereceu um parâmetro para que se pudesse separar o acessório do principal.

O art. 5° da Resolução nº 517, de 18/10/05, ao versar sobre a documentação necessária para se obter autorização para a construção, exploração e ampliação de terminal portuário de uso privativo, obrigou a interessada, no seu inciso II, alínea "c", a apresentar declaração *"especificando as cargas próprias que serão movimentadas no terminal, com **movimentação anual mínima estimada que justifique, por si só,** de conformidade com o estudo técnico especializado, **a sua implantação,** e, com relação às cargas de terceiros, se houver, a natureza destas."*

Seja qual for a espécie a que se refira a instalação de uso privativo (exclusiva ou mista), haverá sempre a necessidade de se

apontar uma movimentação de carga própria mínima que justifique a implantação do terminal.

A regra acha-se reforçada no âmbito do art. 12, quando são apontadas as obrigações afetas às autorizadas, *in verbis*:

> *"Art. 12. São obrigações da Autorizada:*
> ...
> *XV – realizar a movimentação mínima anual de carga própria na conformidade do especificado na declaração de que trata o art. 5°, inciso II, alínea c."*

Vale, ainda, destacar que o eventual descumprimento do dever de realizar a movimentação mínima de carga própria constitui infração sujeita à multa, nos termos do art. 16, inciso XIV, cujo mandamento segue transcrito abaixo:

> *"Art. 16. São infrações:*
> ...
> *XIV – deixar de efetuar, injustificadamente, a movimentação mínima anual de carga própria constante da declaração de que trata o art. 5°, inciso II, aliena c, ou para o caso dos terminais já em operação, a movimentação de carga própria de acordo com o objeto do terminal (Multa de até R$ 50.000,00)."*

Como emerge claramente do marco regulatório no campo portuário, não há qualquer dúvida de que não basta proceder a qualquer movimentação de carga própria, por mais ínfima que seja, para legitimar a autorização de exploração de instalação de uso privativo de espécie mista, como pretendeu sustentar a ANTAQ. Muitíssimo menos ainda será possível reconhecer formalmente (por meio de nova Resolução) à autorizatária o "direito" de deixar de proceder a movimentação de carga própria, por completo, conforme noticiado na formulação da Consulta.

1580
30

A admissão de qualquer uma das duas hipóteses retratadas acima significará colocar em xeque não apenas as regras legais e regulamentares absolutamente claras quanto à obrigatoriedade de movimentação de carga própria suficiente para a sustentação do empreendimento a ser levado a efeito, mas notadamente o próprio ordenamento jurídico como um todo, na medida em que princípios de índole constitucional mostram-se inquestionavelmente atingidos com a consumação dos fatos relatados.

Nem mesmo por lei seria possível possibilitar a outorga de uma autorização para a movimentação exclusiva de carga de terceiros, pois a Constituição Federal, no mencionado art. 175, deixa perfeitamente claro que somente é possível outorgar a particulares a prerrogativa de prestar serviço público (para o público em geral, atuando no lugar do Poder Público) por meio de um contrato, precedido de licitação.

É importante lembrar que à ANTAQ compete zelar pela regularidade de todos os atos objeto da presente consulta, tendo em vista a própria índole das obrigações que são afetas às agências reguladoras em geral, dever que, no caso em específico, acha-se positivado em virtude de determinação legal.

Nesse sentido, a Lei Federal nº 10.233/01 que, dentre outros assuntos, criou a Agência Nacional de Transportes Aquaviários - ANTAQ, apresenta, em seu art. 27, a esfera de atuação da autarquia. Alguns incisos revelam-se especialmente importantes para demonstrar que a lei trata diferentemente a outorga de autorização (ato unilateral) para a execução de um serviço privado e a outorga de um contrato (bilateral, que pode ter a forma de concessão, permissão ou arrendamento) para a prestação de serviço público:

581
31

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

...

V – celebrar atos de outorga de permissão ou autorização de prestação de serviços de transporte pelas empresas de navegação fluvial, lacustre, de travessia, de apoio marítimo, de apoio portuário, de cabotagem e de longo curso, observado o disposto nos art. 13 e 14, gerindo os respectivos contratos e demais instrumentos administrativos;

...

XXI - fiscalizar o funcionamento e a prestação de serviços das empresas de navegação de longo curso, de cabotagem, de apoio marítimo, de apoio portuário, fluvial e lacustre;

XXII - autorizar a construção e a exploração de terminais portuários de uso privativo, conforme previsto na Lei nº 8.630, de 1993;

...

XXV - celebrar atos de outorga de concessão para a exploração da infra-estrutura aquaviária e portuária, gerindo e fiscalizando os respectivos contratos e demais instrumentos administrativos."

O art. 28 é igualmente ilustrativo nesse ponto:

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

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

II – os instrumentos de concessão ou permissão sejam precedidos de licitação pública e celebrados em

TRIBUNAL FEDERAL 1582

cumprimento ao princípio da livre concorrência entre os capacitados para o exercício das outorgas, na forma prevista no inciso I, definindo claramente:

a) (VETADO)

b) limites máximos tarifários e as condições de reajustamento e revisão;

c) pagamento pelo valor das outorgas e participações governamentais, quando for o caso.

d) prazos contratuais."

Como se pode notar, a lei trata diferentemente a outorga unilateral e a celebração de um contrato, exatamente porque na autorização para construção e exploração de terminal de uso exclusivo o particular autorizatário estará, em princípio, cuidando da movimentação de suas próprias cargas, em caráter privado, enquanto que as formas contratuais (permissão, concessão, arrendamento), são de observância obrigatória quando se tratar de prestação de serviço público, aberto ou disponível para todos os interessados, sob um regime jurídico de direito público.

Em resumo, no presente momento, a ANTAQ está obrigada a cumprir a própria orientação normativa, consubstanciada na Resolução nº 517, uma vez que esse instrumento serve, exatamente, para assegurar a atuação isonômica da agência, que não poderá conferir tratamento privilegiado a quem quer que seja, não podendo, portanto, dispensar alguns de cumprir as exigências que foram estabelecidas para todos.

Mesmo que venha editar uma nova Resolução, é certo que não poderá outorgar autorizações unilaterais para movimentação de carga de terceiros, dado que o atendimento ao público em geral configura

típico serviço público e, nesse caso, somente pode ser delegado a particulares por meio de contrato precedido de licitação.

Não há como, licitamente, nem agora, nem no futuro, "transformar" as autorizações para a exploração de terminais de uso privativo em autorizações para a exploração de terminais de uso público, pois não é dado à ANTAQ igualar situações jurídicas que a Constituição e a lei tratam distintamente.

Como é sabido, o princípio da isonomia é violentado tanto mediante o tratamento desigual aos iguais, quanto mediante o tratamento igual aos que são diferentes. Desde a remota antiguidade é sabido que a verdadeira igualdade consiste em tratar desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade.

III – Considerações doutrinárias

Conquanto a própria regulamentação específica sobre o assunto ora tratado se mostre absolutamente convergente com o sentido que se extrai da interpretação sistemática do ordenamento jurídico, convém retomar um pouco ao ponto de partida para reafirmar o destaque especial aos princípios que em primeiro lugar conferem respaldo ao entendimento esposado.

Todos os princípios constitucionais são relevantes e dotados de eficácia imediata, mas há um princípio que sobreleva todos outros, o princípio da igualdade, ou da isonomia, dado que ocupa, sem dúvida alguma, posição privilegiada no sistema, tanto por ser um dos primeiros princípios implícita e expressamente afirmados pelo texto constitucional, quanto por sua reiteração no mesmo texto e, acima de tudo por sua inseparável conexão com o princípio republicano.

1584

O princípio da isonomia é uma decorrência imediata do princípio republicano, motivo pelo qual o insuperável GERALDO ATALIBA, às ps. 133 e ss. de seu "República e Constituição", (RT, São Paulo, 1985) afirmou que ele se irradia sobre todos os dispositivos constitucionais, afetando tanto a elaboração das leis quanto todos os atos administrativos:

> *"Não teria sentido que os cidadãos se reunissem em república, erigissem um estado, outorgassem a si mesmos uma constituição, em termos republicanos, para consagrar instituições que tolerassem ou permitissem, seja de modo direto, seja indireto, a violação da igualdade fundamental, que foi o próprio postulado básico, condicional da ereção do regime. Que dessem ao estado --- que criaram em rigorosa isonomia cidadã --- poderes para serem usados criando privilégios, engendrando desigualações, favorecendo grupos ou pessoas, ou atuando em detrimento de quem quer que seja. A res pública é de todos e para todos. Os poderes que de todos recebem devem traduzir-se em benefícios e encargos iguais para todos os cidadãos. De nada valeria a legalidade, se não fosse marcada pela igualdade.*
>
> *A igualdade é, assim, a primeira base de todos os princípios constitucionais e condiciona a própria função legislativa, que é a mais nobre, alta e ampla de quantas funções o povo, republicanamente, decidiu criar. A isonomia há de se expressar, portanto, em todas as manifestações de Estado, as quais, na sua maioria, se traduzem concretamente em atos de aplicação da lei, ou seu desdobramento. Não há ato ou forma de expressão estatal que possa escapar ou subtrair-se às exigências da igualdade.*
>
> *Nos casos em que as competências dos órgãos do Estado --- e estes casos são excepcionais --- não se cinjam à aplicação da lei, ainda aí, a isonomia é princípio que impera e domina. Onde seja violado, mistificado, fraudado, traído, há inconstitucionalidade a ser corrigida de ofício ou mediante pronta correção judicial. Toda violação da isonomia é uma violação aos princípios básicos do próprio sistema, agressão a seus mais caros fundamentos e razão de nulidade das manifestações estatais. Ela é como que a pedra de toque do regime republicano."*

TRIBUNAL FEDERAL
1585
35

Em se falando de atuação da Administração Pública, o princípio que vem imediatamente em seguida é o princípio da legalidade, dada a sua íntima conexão com o princípio da igualdade.

O significado, o alcance e a finalidade do princípio da legalidade foram magnificamente expostos por CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO na seguinte passagem:

> *"Para avaliar corretamente o princípio da legalidade e captar-lhe o sentido profundo cumpre atentar para o fato de que ele é a tradução jurídica de um propósito político: o de submeter os exercentes do poder em concreto – o administrativo – a um quadro normativo que embargue favoritismos, perseguições ou desmandos. Pretende-se através da norma geral, abstrata e por isso mesmo impessoal, a lei, editada, pois, pelo Poder Legislativo – que é o colégio representativo de todas as tendências (inclusive minoritárias) do corpo social –, garantir que a atuação do Executivo nada mais seja senão a concretização desta vontade geral.*
>
> *O princípio da legalidade contrapõe-se, portanto, e visceralmente, a quaisquer tendências de exacerbação personalista dos governantes. Opõe-se a todas as formas de poder autoritário, desde o absolutista, contra o qual irrompeu, até as manifestações caudilhescas ou messiânicas típicas dos países subdesenvolvidos".*
>
> "Curso de Direito Administrativo", 15ª ed., Malheiros Editores, 2.003, p. 91.

No âmbito do exercício das atividades econômicas e, muito especialmente, quando se trata do exercício de atividades públicas pelos particulares, é absolutamente essencial para assegurar a igualdade, que o Poder Público assegure e estimule a livre concorrência:

> *"A livre concorrência é um dos alicerces da estrutura liberal da economia e tem muito que ver com a livre*

JUSTIÇA FEDERAL
1586
36

> *iniciativa. É dizer, só pode existir a livre concorrência onde há livre iniciativa. (...) Assim, a livre concorrência é algo que se agrega à livre iniciativa, e que consiste na situação em que se encontram os diversos agentes produtores de estarem dispostos à concorrência de seus rivais."*
>
> CELSO BASTOS, "Curso de Direito Constitucional". Celso Bastos Editor, São Paulo, 2002. p. 459.

A doutrina não deixa margem a dúvida quanto ao prestígio que a Lei Máxima pretendeu atribuir à livre concorrência e, no mesmo sentido, o repúdio que se tem em relação ao inverso do seu conteúdo: a concorrência desleal.

Trata-se de uma situação que deve obrigatoriamente ser evitada através da ação disciplinadora do Estado e se, eventualmente, esse caráter preventivo falhar ou, pior ainda, se os agentes públicos atuarem no sentido de proporcionar ou favorecer a concorrência desleal, é certo que a ordem jurídica, inclusive mediante a atuação do Poder Judiciário, dispõe de meios hábeis para a correção desse desvio de conduta, mesmo que isso ocorra de maneira disfarçada, mediante o chamado desvio de poder.

Desvio de poder é uma ilegalidade disfarçada; é uma ilicitude com aparência de legalidade. Ao vício propriamente jurídico agrega-se o vício ético; o embuste, a intenção de enganar. Pelo desvio de poder violam-se, simultaneamente, os princípios da legalidade e da moralidade administrativa.

Em razão dessa intenção do agente, diversa da finalidade com a qual se anuncia que o ato foi praticado, a doutrina costuma designar o desvio de poder também como desvio de finalidade. Usando essa nomenclatura, DIÓGENES GASPARINI ("Direito Administrativo", 2ª ed. 1992, Editora Saraiva, p. 59), assim expõe o que é o desvio de poder:

TRIBUNAL FEDERAL
587
37

> *"De fato, ocorre desvio de finalidade quando o agente exerce sua competência para alcançar fim diverso do interesse público. Vale dizer: o agente público que somente pode praticar ato ou agir voltado para o interesse público acaba por praticar ato ou atuar para satisfazer a um interesse privado. É o que ocorre quando o agente público desapropria para vingar-se de seu desafeto político que é o proprietário do bem expropriado, ou quando determina a construção de uma escola para valorizar o plano de loteamento de seu correligionário. Nessas hipóteses costuma-se dizer que o desvio de finalidade é genérico: o interesse passa de público para particular.*
>
> *Ainda há desvio de finalidade quando a autoridade administrativa vale-se de um dado instrumental jurídico destinado por lei a alcançar um certo fim para obter outro, ainda que de interesse público".*

Com sua insuperável clareza, o saudoso HELY LOPES MEIRELLES ("Direito Administrativo Brasileiro", 15ª ed., RT, 1990, p. 92) assim descreve esse fenômeno:

> *"O desvio de finalidade ou de poder se verifica quando a autoridade, embora atuando nos limites de sua competência, pratica o ato por motivos ou com fins diversos dos objetivados pela lei ou exigidos pelo interesse público. O desvio de finalidade ou de poder é, assim, a violação ideológica da lei, ou, por outras palavras, a violação moral da lei, colimando o administrador público fins não queridos pelo legislador, ou utilizando motivos e meios imorais para a prática de um ato administrativo aparentemente legal".*

O desvio de poder nunca é confessado, somente se identifica por meio de um feixe de indícios convergentes, dado que é um ilícito caracterizado pelo disfarce, pelo embuste, pela **aparência** de

TRIBUNAL
1588

legalidade, para encobrir o propósito de atingir um fim contrário ao direito, exigindo um especial cuidado por parte do Poder Judiciário.

Conforme demonstrado à saciedade, a autorização de exploração de instalações portuárias de uso privativo deve se dar nos estritos termos em que foi concebida pelo arcabouço legal e regulamentar, eis que em plena consonância com a orientação principiológica aplicável ao caso. A eventual dispensa do requisito referente à carga própria como o elemento principal da autorização (sendo a carga de terceiros meramente acessória) acarretará a configuração de uma ilicitude e mesmo de uma inconstitucionalidade.

Conforme sempre nos ensinou CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO (Curso de Direito Administrativo, 24ª ed., Malheiros Editores, 2.007, p. 658), pouco importa a nomenclatura ou o rótulo que acompanha determinado instituto, mas a relevância de uma noção jurídica está necessariamente aliada ao regime jurídico a que se relaciona. Daí que, segundo seu entendimento, qualquer noção jurídica *"só tem préstimo e utilidade se corresponder a um dado sistema de princípios e regras; isto é, a um regime, a uma disciplina peculiar."*

Nesse sentido, o mesmo autor (obra citada, p. 605) nos ensina que *"as palavras são meros rótulos que sobrepomos às coisas. Seria desejável que às realidades distintas fossem dadas titulações diferentes, para evitar confusões e extrapolações indevidas."*

Veja-se que no caso vertente sequer podemos atribuir qualquer falha à legislação por eventualmente utilizar nomenclatura idêntica para referir-se a noções jurídicas distintas. Muito pelo contrário, tanto a lei, como a regulamentação vigente, designaram duas distintas modalidades de outorgas com *nomen juris* diversos. Logo, não seria possível extrair do texto legal ou regulamentar qualquer confusão de

conceitos, não sendo possível que a ANTAQ permita que alguém atue com o rótulo de autorização para executar aquilo que corresponde substancialmente ao arrendamento.

As normas que disciplinam a Administração Pública são cogentes e, nesse sentido, a ANTAQ é obrigada a cumpri-las, incluindo obviamente os princípios, as leis e os regulamentos expedidos por ela mesma, sem o que seria ferido o princípio da isonomia.

Por último, é importante que se afirme que a concordância da ANTAQ com o desvirtuamento do terminal de uso privativo, além de colocar em xeque a boa fé com que agiram as arrendatárias ao participarem de uma licitação para a execução de um determinado objeto, sem contar, obviamente, com um quadro de concorrência desleal assentido pela própria Administração, traz à tona um problema de responsabilidade ética.

Quando se fala em ética de uma forma geral, em qualquer relação jurídica ou na convivência social, não se está a supor simplesmente um mero cumprimento de formalidades ou leis, mas sim de um imperativo moral. Muito bem colocado é o ensinamento de EMERSON GABARDO a respeito da Ética da Responsabilidade:

> *"A atuação dos agentes do Estado, principalmente os políticos, exige a apreensão de alguns dos caracteres daquilo que Max Weber denominou ser a 'ética da responsabilidade'. É indiscutível que o Estado não deve ser uma seguradora universal, mas é preciso que ofereça segurança aos cidadãos. Segurança contra a mudança das regras jurídicas ditadas em função da maior ou menor disponibilidade do caixa d governo, por exemplo. Segundo o autor, a ética da responsabilidade condiciona-se pela avaliação das conseqüências dos atos praticados. Portanto, na perspectiva do Direito, o foco central*

JUNTA FEDERAL
1590
40

implica a ponderação das conseqüências que os atos estatais produziriam na esfera jurídica de seus cidadãos".

Responsabilidade objetiva do Estado em face dos princípios da eficiência e da boa-fé, in Direito Público Moderno – Homenagem especial do Professor Paulo Neves de Carvalho, coordenadores e co-autores Luciano Ferraz e Fabrício Motta, Del Rey, Belo Horizonte, 2.003, p.293.

Na medida em que o indevido favorecimento conferido pela ANTAQ às autorizatárias acarretar um prejuízo às empresas arrendatárias, é certo que estas poderão invocar a responsabilidade objetiva, prevista no art. 37, §6º, da Constituição Federal, para obter a correspondente indenização.

IV - Conclusões

Com base nos fundamentos legais e doutrinários apresentados, pode-se, agora, responder direta e objetivamente aos quesitos formulados, os quais passam a ser recapitulados na seqüência:

a) É compatível com a Constituição uma política pública destinada a eliminar a existência de serviços públicos de movimentação de cargas portuárias?

Resposta: Não, o art. 21, inciso XII, aliena "f", da Constituição Federal não deixa margem a dúvidas ao classificar a atividade concernente à exploração de portos marítimos como serviço público, ressaltando-se que o "caput" permite o seu desempenho de forma direta pela União ou indiretamente através de terceiros, mediante autorização, concessão ou permissão.

Uma vez que a própria Carta Constitucional concedeu o "status" de serviço público à exploração de portos marítimos, o que obviamente contempla, em seu núcleo, a atividade de movimentação de cargas

portuárias, não é possível, seja por meio de políticas públicas, seja por meio de legislação infra-constitucional, retirar-lhe essa natureza.

Nos termos do art. 175 da CF, a outorga a particulares de delegação para a prestação de serviço público somente pode ser feita sob regime de concessão ou permissão. A autorização somente é admitida para a exploração de instalações portuárias de uso privativo.

b) Em face da Lei nº 8.630, pode-se admitir que uma instalação portuária de uso privativo misto destine-se a operar exclusivamente com carga de terceiros?

Resposta: Não. Sendo a exploração dos portos um serviço público federal, a autorização para construção e exploração de terminais de uso privativo já é uma figura excepcional, que não comporta interpretação e aplicação ampliativa. Pode-se admitir que quem detenha tal autorização possa, em caráter acessório, movimentar cargas de terceiros. Entretanto, a movimentação exclusiva de cargas de terceiros somente pode ser feita por detentores de contrato administrativo de arrendamento de terminal de uso público.

A admissão de operação exclusiva de cargas de terceiros no âmbito das instalações portuárias de uso privativo significaria igualar o objeto das autorizações àquele previsto no âmbito dos arrendamentos, lembrando-se que ambos representam institutos regidos por regimes jurídicos completamente diferentes.

A operação exclusiva de carga de terceiros por meros autorizatários, configura vício de inconstitucionalidade, por violação aos princípios da igualdade, da livre concorrência e da licitação, além de contrariar a própria legislação e regulamentação especificamente aplicáveis ao caso, podendo ser enquadrada como ato de improbidade.

c) É correta a interpretação de que, por ter o art. 4º, § 2º, II, da Lei nº 8.630 silenciado sobre quantitativo mínimo de carga própria a ser movimentada nas instalações portuárias de uso privativo misto, seria lícito ao particular operar com quantidades irrelevantes e mínimas de carga própria (em face dos quantitativos de carga de terceiros movimentados)?

Resposta: O silêncio da lei é absolutamente irrelevante do ponto de vista jurídico para o fim de supostamente legitimar a conduta pretendida pelos autorizatários. A interpretação sistemática supre perfeitamente essa suposta lacuna, pois o ordenamento jurídico como um todo obriga os detentores das autorizações a observar um regime diferente daquele previsto para os arrendatários.

A Constituição, em seu art. 21, inciso XII, menciona três distintos regimes jurídicos, autorização, concessão e permissão. Se o fez é porque cada um desses institutos obedece a um conjunto de princípios que de alguma forma os diferencia. Diante disso, pode-se admitir a outorga unilateral de autorização para a exploração de terminais de uso privativo, mas não é admissível a exploração do serviço público de movimentação de cargas de terceiros senão mediante contratos de concessão ou de permissão, sendo que o arrendamento corresponde a essa duas modalidades de contratos administrativos.

Além disso, a Resolução nº 517 é imperativa quanto à obrigatoriedade de observância ao quesito da carga própria mínima que por si só sustente a implantação a ser levada a efeito, sob pena, inclusive, de aplicação de sanções em caso de descumprimento dessa obrigação.

d) Em face da legislação e da regulação editada pela ANTAQ, é legítima a operação de instalação portuária de uso privativo misto sem a observância do requisito de carga mínima?

TRIBUNAL FEDERAL
593

Resposta: Não. A operação de instalação portuária de uso privativo destina-se, precipuamente, à movimentação de carga própria. Excepcionalmente, em caráter acessório, pode-se admitir a movimentação de cargas de terceiros, mas sempre em caráter acessório e nunca como atividade principal ou exclusiva.

e) Em face da legislação e da regulação editada pela ANTAQ, é legítima a operação de instalação portuária de uso privativo misto que movimente quantidades irrelevantes de carga própria?

Resposta: Não. A Resolução nº 517 da ANTAQ, em consonância com a Constituição e com a Lei, expressamente exige que a movimentação de carga própria, por si só, justifique a implantação do terminal de uso privativo.

Em face e por força do princípio constitucional da isonomia, a Resolução é de observância obrigatória pela própria ANTAQ, que, de resto, deve observar a Constituição e as leis, que não permitem a movimentação de carga de terceiros senão em caráter acessório, jamais podendo ser a atividade principal do terminal de uso privativo.

f) Em face da legislação e da regulação editada pela ANTAQ, o particular titular de autorização para operar instalação portuária de uso privativo misto está obrigado a respeitar as condições quanto à movimentação de carga própria indicadas por ele próprio, por ocasião do requerimento da autorização correspondente?

Resposta: Sim. Em princípio, como condição de obtenção da autorização para exploração de terminal de uso privativo, o particular autorizatário assumiu a obrigação de, principalmente, movimentar cargas próprias, não podendo eximir-se do cumprimento dessa obrigação.

TRIBUNAL FEDERAL
1594

Cumpre esclarecer que as condições referentes à movimentação de carga própria nos terminais privativos acham-se previstas na Lei Federal nº 8.630/93 e no âmbito da Resolução nº 517/05 editada pela ANTAQ. Não se trata, portanto, de mera e livre estipulação voluntária que possa ser alterada por entendimento entre outorgante e outorgado.

Pode-se afirmar que o autorizatário acha-se absolutamente vinculado aos requisitos vigentes no momento da emissão da autorização pela ANTAQ. A manutenção desse ato de outorga depende necessariamente da permanência dos mesmos requisitos que ensejaram a autorização naquele primeiro momento.

g) Em face da legislação e da regulação por ela própria editada, a ANTAQ está constrangida a fiscalizar a observância pelos particulares do requisito da movimentação de carga própria?

Resposta: Sim. A competência que a lei confere a um agente público traz consigo o dever de exercê-la. Assim sendo, é um poder/dever da Agência proceder à fiscalização do bom desenvolvimento dos serviços por ela regulados, por força do disposto no art. 27, incisos V, VI, XIX, XX e XXII e no art. 28, da Lei Federal nº 10.233/02.

h) Em face da legislação e da regulação editada pela ANTAQ, o particular pode ser dispensado da observância do requisito da carga própria mediante o argumento da realização de vultosos investimentos na implantação de infra-estrutura?

Resposta: Não, o argumento não é válido para legitimar a dispensa do requisito da carga própria, na medida em que o particular deve obrigatoriamente estar plenamente ciente da relação econômico-financeira que regerá seu empreendimento ao pleitear a autorização para explorar o terminal privativo.

TRIBUNAL FEDERAL 1595 45

Portanto, constitui responsabilidade única e exclusiva da empresa outorgada, no momento da apresentação de sua proposta, calcular os custos e benefícios que decorrerão daquela atividade, não cabendo à mesma postular a inobservância de uma condição de caráter obrigatório a fim de amortizar investimentos que deveriam estar previamente delineados em sua equação financeira.

Sendo a autorização uma outorga unilateral para uma operação portuária em caráter privado, não se aplica a ela a garantia de manutenção do equilíbrio econômico típico dos contratos de concessão e permissão de serviços públicos. Mesmo em sede de avenças regidas pelo direito público, não se trataria de um argumento válido para fins de readequação do equilíbrio econômico contratual.

i) O sistema jurídico brasileiro protege a equação econômico-financeira do arrendamento portuário oneroso, outorgado mediante licitação?

Resposta: Sim, o equilíbrio econômico-financeiro constitui uma garantia inerente aos contratos administrativos amparada, em primeiro lugar, na Constituição Federal, em seu art. 37, inciso XXI, e, também pela legislação ordinária que rege os contratos administrativos em geral e, muito especialmente, os contratos de concessão e permissão de serviços públicos.

O dispositivo constitucional mencionado versa sobre a obrigatoriedade de licitação para a realização de obras, serviços, compras e alienações pelo Poder Público, *mantidas as condições efetivas da proposta*. Essa última expressão corresponde exatamente ao conceito de equilíbrio econômico-financeiro do contrato, tal como decorrente da licitação.

TRIBUNAL 1596 46

j) A eventual alteração da legislação, de modo a facultar a livre movimentação de cargas por terminais de uso privativo, poderá acarretar direito de indenização em favor dos atuais arrendatários de instalações de uso público?

Resposta: Uma eventual nova legislação nesse sentido estaria, em primeiro lugar, maculada pelo vício de inconstitucionalidade, por afronta aos princípios constitucionais da igualdade, da livre concorrência e da licitação, sendo incompatível, também e especialmente, com o disposto no art. 175 da Constituição Federal.

Na improvável hipótese que isso venha a ocorrer, é certo que as atuais arrendatárias sofreriam um sensível dano econômico.

Assim, por força da garantia constitucional de manutenção do equilíbrio econômico dos contratos administrativos, à Administração contratante caberá a recomposição de todos os prejuízos sofridos pelas arrendatárias, em razão do desequilíbrio contratual resultante de um novo cenário legislativo.

Além disso, o art. 37, §6º, da Constituição Federal assegura o direito à indenização por danos causados pela atuação de agentes públicos, não fazendo distinção entre atos materiais, administrativos, legislativos ou judiciais, bastando haver um nexo entre o comportamento dos agentes públicos e dano experimentado pelo particular.

S.M.J., é o parecer.

São Paulo, 28 de abril de 2.008.

ADILSON ABREU DALLARI
OAB/SP: 19.696

WALD
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
1597

O REGIME JURÍDICO DOS TERMINAIS PORTUÁRIOS. EXAME DOS ARTIGOS 4º A 6º DA LEI 8.630/1993 E DAS NORMAS LEGAIS E REGULAMENTARES SUBSEQÜENTES.

P A R E C E R

solicitado pela

ABRATEC – ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS TERMINAIS DE CONTÊINERES DE USO PÚBLICO

por intermédio do seu advogado
PROFESSOR MARÇAL JUSTEN FILHO

e apresentado pelo
PROFESSOR ARNOLDO WALD

São Paulo
Maio/2008

Av. Brigadeiro Faria Lima, 3729 7º A
04538-133 São Paulo SP Brasil
Fone 55 11 3074 6000 Fax 55 11 3074 6048
waldsp@wald.com.br

WALD
TRIBUNAL FEDERAL
1598

EMENTA

A legislação e a regulamentação atuais devem ser interpretadas no sentido de admitir que os terminais privativos de uso misto só podem operar carga alheia numa atuação secundária e acessória em relação às suas operações com carga própria.

Conseqüentemente, terminal privativo de uso misto que não opere principalmente com carga própria não pode ser autorizado a funcionar. Se autorizado, com a obrigação de movimentar carga própria, e não o fizer na proporção fixada, deve ser suspenso o seu funcionamento, por ato da autoridade competente para fiscalizar as suas operações.

Em decorrência das disposições constitucionais vigentes, não é juridicamente possível, através de norma legal ou de decisão administrativa, liberar os terminais privativos de uso misto da obrigação de movimentarem "carga própria" para se transformarem, de fato, em terminais de uso público. Para tanto, devem eles assumir as obrigações dos titulares de terminais de uso público, após licitação e em virtude de contratos administrativos (de arrendamento e/ou concessão).

A quebra do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos firmados pelos terminais de uso público, em virtude de concorrência ilegal e desleal dos terminais privativos de uso misto, ensejada ou tolerada pelo Poder Público, acarretará a responsabilidade deste, devendo o mesmo arcar com a indenização correspondente.

WALD 1599

JURISPRUDÊNCIA

"EMENTA: (...)
*3. A licitação é um procedimento que visa à satisfação do interesse público, pautando-se pelo princípio da isonomia. Está voltada a um duplo objetivo: o de proporcionar à Administração a possibilidade de realizar o negócio mais vantajoso --- o melhor negócio --- e o de assegurar aos administrados a oportunidade de concorrerem, em igualdade de condições, à contratação pretendida pela Administração. Imposição do interesse público, seu pressuposto é a competição. (...) A competição visada pela licitação, a instrumentar a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, impõe-se seja desenrolada de modo que reste assegurada a igualdade (isonomia) de todos quantos pretendam acesso às contratações da Administração. 4. **A conversão automática de permissões municipais em permissões intermunicipais afronta a igualdade** --- artigo 5º ---, bem assim o preceito veiculado pelo artigo 175 da Constituição do Brasil. 5. **Inconstitucionalidade dos preceitos que conferem vantagem às empresas permissionárias dos serviços de transporte coletivo intermunicipal no Estado de Rondônia. Criação de benefício indevido. Afronta ao princípio da isonomia, igualdade entre todos quantos pretendam acesso às contratações da Administração**. (...)"*

STF, *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.716/RO*, Tribunal Pleno, Relator Ministro **EROS GRAU**, j. 29.11.2007.

"VOTO: (...)
*2. Sabe-se que **o princípio da boa-fé deve ser atendido também pela administração pública, e até com mais razão por ela**, e o seu comportamento nas relações com os cidadãos pode ser controlado pela teoria dos atos próprios, que não lhe permite voltar sobre os próprios passos, depois de estabelecer relações em cuja seriedade os cidadãos confiaram. (...)"*
STJ, *Recurso Especial nº 184.487/SP*, Quarta Turma, Relator Ministro **RUY ROSADO DE AGUIAR**, j. 24.11.1998.

WALD 1600

DOUTRINA

"El principio general de la buena fe no sólo tiene aplicación en el Derecho Administrativo, sine que en este ámbito adquiere especial relevancia. (...) Porque, en efecto, la presencia de los valores de lealtad, honestidad y moralidad que su aplicación comporta es especialmente necesaria en el mundo de las relaciones de la Administración con los administrados."

JESUS GONZALEZ PEREZ, El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo, Madri: Editorial Civitas, 1983, p. 37.

"Serviços autorizados *são aqueles que o Poder Público, por ato unilateral, precário e discricionário, consente na sua execução por particular para atender a interesses coletivos instáveis ou emergência transitória."*

HELY LOPES MEIRELLES, Direito administrativo brasileiro, 33ª. ed., São Paulo: Malheiros, 2007, p. 407.

WALD 1601

ÍNDICE

I.	Da consulta	06
II.	Das questões suscitadas	11
III.	A evolução legislativa	13
IV.	A distinção entre os regimes jurídicos dos terminais de uso público e dos terminais de uso privativo	16
	A) O texto constitucional	16
	B) A interpretação das normas legais	19
V.	Da violação às normas constitucionais	25
VI.	Dos princípios constitucionais aplicáveis	27
	A) O princípio da isonomia	27
	B) O princípio da licitação	28
	C) O princípio do equilíbrio econômico e financeiro	30
	D) Os princípios da boa-fé objetiva, da confiança e da segurança jurídica	34
VII.	Conclusões	37
VIII.	Respostas aos quesitos	39
	Primeiro quesito	39
	Segundo quesito	39
	Terceiro quesito	40
	Quarto quesito	41
	Quinto quesito	41
	Sexto quesito	42
	Sétimo quesito	42
	Oitavo quesito	43
	Nono quesito	44

WALD 1602

I. DA CONSULTA

Recebemos da **ABRATEC – ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS TERMINAIS DE CONTÊINERES DE USO PÚBLICO**, por intermédio do ilustre Professor **MARÇAL JUSTEN**, a seguinte consulta para elaboração de parecer:

> *"No interesse de **ABRATEC**, venho formular consulta a V. Sa. sobre a viabilidade do fornecimento de parecer versando sobre os fatos e os quesitos abaixo expostos.*
>
> *A Constituição brasileira atribuiu à União a competência para explorar os portos, diretamente ou mediante concessão, permissão ou autorização (art. 22, XII, j). Sob outro prisma, a União editou a Lei nº 8.630/1993, conhecida como Lei de Modernização de Portos. O diploma disciplinou a exploração da atividade portuária e distinguiu entre os terminais de uso público e os terminais de uso privativo.*
>
> *O art. 4º, § 2º, previu que a exploração de terminais portuários por particulares pode fazer-se sob modalidade de uso público ou de uso privativo. Não houve definição formal sobre a figura do terminal portuário de uso público, tendo a Lei se restringido a estabelecer, no § 3º do art. 4º, que:*
>
> > *'A exploração de instalação portuária de uso público fica restrita à área do porto organizado ou à área da Instalação Portuária Pública de Pequeno Porte'. (redação dada pela Lei nº 11.518/2007)*
>
> *Já a instalação portuária de uso privativo é aquela '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'. (art. 1º, § 1º, V, com a redação da Lei nº 11.314/2006)*

1603

Por outro lado, as instalações portuárias de uso privativo compreendem três modalidades, tal como determinado no art. 4°, § 2°, inc. II. Admite-se o uso privativo exclusivo ('para movimentação de carga própria'), misto ('para movimentação de carga própria e de terceiros') e de turismo ('para movimentação de passageiros').

A partir de 1995, o governo federal promoveu licitações para outorga de arrendamento dos terminais de uso público, dentre os quais apresentavam grande relevância aqueles que movimentavam contêineres. O critério de julgamento das licitações foi a maior oferta de remuneração pelo arrendamento. Como decorrência, as empresas arrendatárias desembolsaram valores vultosos em favor do Estado brasileiro. Além disso, realizaram investimentos de grande porte para a recuperação e ampliação das infra e superestruturas portuárias. Ao longo do tempo, esses terminais vêm desempenhando com grande eficiência a movimentação de carga e descarga de contêineres, não obstante a necessidade de observância de uma grande variedade de deveres e obrigações em face das autoridades públicas. Ressalte-se que as arrendatárias pagam à Administração federal valores relativos tanto à ocupação das áreas como proporcionais à movimentação realizada.

Durante longo período, verificou-se também a instalação de terminais de uso privativo, especialmente no setor de cargas a granel. Existem presentemente 57 terminais nessa situação (em comparação com 95 terminais de uso público).

*Em 2005, a **ANTAQ** editou a Resolução n° 517, destinada a disciplinar os terminais de uso privativo. O ato reconheceu que a autorização para 1terminais privativos de uso misto seria concedida mediante a comprovação de que o operador movimentaria carga própria em quantitativos suficientes para assegurar a viabilidade econômica do empreendimento. Logo, a movimentação de carga de terceiros seria admitida, mas não poderia ser o objeto principal e essencial da atuação do terminal.*

Ocorre que, ao longo do tempo, três empreendimentos privados foram instaurados, visando a implantação de terminais de uso privativo misto

*para movimentação de contêineres, **sem** o efetivo cumprimento do requisito da carga própria. A autorização para dois desses empreendimentos foi requerida antes da vigência da Resolução nº 517 (mas já na vigência da Lei nº 8.630/1993). O terceiro teve a autorização requerida depois da edição da referida Resolução. Mas todos os três empreendimentos envolveram a afirmativa formal de que existiria movimentação de carga própria, mas as asserções não refletem a realidade de sua atividade. A carga própria a ser movimentada nesses terminais ou é inexistente ou se apresenta como totalmente irrelevante. A viabilidade econômica desses empreendimentos depende inquestionavelmente da movimentação de cargas de terceiros.*

*O tema foi examinado perante a **ANTAQ**, existindo parecer interno no sentido de que a ausência de fixação de um quantitativo mínimo de carga própria da Lei nº 8.630/1993 legitimaria a instalação de terminal de uso privativo misto destinado a operar com qualquer quantitativo, por mais mínimo e irrelevante que fosse.*

*Por outro lado, a **ANTAQ** anunciou formalmente a sua intenção de promover a revisão da Resolução nº 517, visando a eliminar o requisito da carga própria para a autorização para terminais privativos de uso misto.*

Em termos práticos, isso significa que a prevalência da interpretação acima referida acarretará que os três terminais já existentes e um número indefinido de outros no futuro poderão ser instalados no Brasil. Esses terminais poderão operar exclusivamente com carga de terceiros, prestando serviço ao público em geral em regime jurídico distinto daquele sob o qual operam as arrendatárias de terminais de uso público. Pode-se estimar que o resultado será a destruição dos terminais de uso público, os quais se sujeitam ao regime de serviço público. Ou seja, as arrendatárias de terminais de uso público devem prestar serviços públicos universais, de modo permanente e ininterrupto, sujeitando-se ao regime trabalhista diferenciado. O prazo dos arrendamentos é limitado a 25 anos (prorrogáveis por outro tanto), ao final do qual os bens e melhorias revertem ao patrimônio público. Mas os terminais de uso privativo atuam sob regime de livre iniciativa e concorrência, sem obrigatoriedade de prestação de serviço universal e não subordinados ao regime trabalhista portuário. Todos os investimentos realizados são consolidados no

patrimônio do particular, pois as autorizações são outorgadas por prazo indeterminado e sem limite de tempo. Enfim, as arrendatárias são obrigadas a pagar importâncias à administração dos portos, inclusive em virtude da movimentação das cargas. Já as empresas privadas não enfrentarão qualquer ônus financeiro correspondente.

Em vista de tais pressupostos, a ***ABRATEC*** *(entidade associativa que congrega as empresas arrendatárias de instalações portuárias de uso público que operam contêineres) pretende exercitar a defesa dos interesses de seus associados. Para orientar as diversas medidas cogitadas, consulta V. Sa. sobre a viabilidade de fornecer parecer versando sobre os quesitos abaixo expostos:*

a) ***Em face da Lei nº 8.630/1993, pode-se admitir que uma instalação portuária de uso privativo misto destine-se a operar exclusivamente com carga de terceiros?***

b) ***É correta a interpretação de que, por ter o art. 4º, § 2º, II, da Lei nº 8.630/1993 silenciado sobre quantitativo mínimo de carga própria a ser movimentada nas instalações portuárias de uso privativo misto, seria lícito ao particular operar com quantidades irrelevantes e mínimas de carga própria (em face dos quantitativos de carga de terceiros movimentados)?***

c) ***Em face da legislação e da regulação editada pela ANTAQ, é legítima a operação de instalação portuária de uso privativo misto sem a observância do requisito de carga mínima?***

d) ***Em face da legislação e da regulação editada pela ANTAQ, é legítima a operação de instalação portuária de uso privativo misto que movimente quantidades irrelevantes de carga própria?***

e) ***Em face da legislação e da regulação editada pela ANTAQ, o particular titular de autorização para operar instalação portuária de uso privativo misto está obrigado a respeitar as***

WALD 1606

condições quanto à movimentação de carga própria indicadas por ele próprio, por ocasião do requerimento da autorização correspondente?

f) Em face da legislação e da regulação por ela própria editada, a ANTAQ está constrangida a fiscalizar a observância pelos particulares do requisito da movimentação de carga própria?

g) Em face da legislação e da regulação editada pela ANTAQ, o particular pode ser dispensado da observância do requisito da carga própria mediante o argumento da realização de vultosos investimentos na implantação de infra-estrutura?

h) O sistema jurídico brasileiro protege a equação econômico-financeira do arrendamento portuário oneroso, outorgado mediante licitação?

i) A eventual alteração da legislação, de modo a facultar a livre movimentação de cargas por terminais de uso privativo, poderá acarretar direito de indenização em favor dos atuais arrendatários de instalações de uso público?"

WALD 1607

II. DAS QUESTÕES SUSCITADAS

1. A presente Consulta versa sobre o regime jurídico dos terminais de uso privativo misto para movimentação de carga própria e de terceiros, aos quais se refere o art. 4º, § 2º, alínea b, da Lei nº 8.630/1993 e que foi objeto de regulamentação pela Resolução nº 517 da **AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS - ANTAQ**. Trata-se, no fundo, de saber se os terminais privativos mistos podem atuar como verdadeiros prestadores de serviços públicos, equiparando-se aos terminais de uso público, embora estes tenham sido objeto de arrendamento precedido de licitação e aqueles simplesmente autorizados, sem prévia licitação. Ou, se, ao contrário, conforme se entendeu quando da elaboração da lei e de acordo com as normas constitucionais, os terminais mistos são destinados a atender principalmente à carga própria dos seus titulares e só excepcionalmente, de modo acessório ou secundário, poderiam também movimentar carga de terceiros.

2. As duas principais questões suscitadas são:

1) a inconstitucionalidade da ampliação, de fato e de direito, da área de atuação dos terminais de uso privativo misto e;

2) o direito a uma justa indenização, se vier a ocorrer essa ampliação afetando a equação econômico-financeira dos terminais de uso público.

WALD 1608

3. Inicialmente, examinaremos (i) a evolução da regulação atinente à matéria, para, em seguida, (ii) fazer a distinção entre os dois regimes legais: do arrendamento dos terminais de uso público e da autorização dada aos terminais de uso privativo misto, para, finalmente, (iii) analisar a violação de normas constitucionais, (iv) definir os princípios aplicáveis e (v) responder aos quesitos formulados.

WALD 1609

III. A EVOLUÇÃO LEGISLATIVA

4. Se a abertura dos portos foi considerada um dos atos mais importantes para a economia brasileira do século XIX[1], a Lei de Modernização dos Portos de 1993 foi, certamente, a que abriu novos caminhos para as exportações brasileiras, permitindo que fossem feitos investimentos privados relevantes na infra-estrutura portuária, iniciando, assim, uma nova fase do nosso desenvolvimento econômico.

5. Por ocasião da sua sanção, o Presidente da República chegou a afirmar que:

> *"Trata-se de profunda mudança nas condições de funcionamento dos portos. Medidas de ordem estrutural atingem fundamentalmente as relações de trabalho num setor regulado por práticas constituídas ainda no século passado e que criaram hábitos e normas transmitidos até de forma hereditária".*

6. Por outro lado, na ocasião, a imprensa chegou a afirmar que, conforme pesquisa da **PRICE WATERHOUSE**, a reforma do sistema portuário situava-se em primeiro lugar entre as modificações de base necessárias ao efetivo aprimoramento da economia nacional, eliminando um gargalo que onerava e dificultava o comércio internacional.[2]

---

1 LAURENTINO GOMES, 1808, São Paulo, Editora Planeta, p. 203 e seguintes.

2 CARLOS TAVARES DE OLIVEIRA, Modernização dos portos, 2ª ed., São Paulo, Edições Aduaneiras, 1996, p. 20.

WALD 1610

7. Embora os terminais privativos tenham sido regulamentados anteriormente, tanto no fim da Segunda Guerra Mundial (Decreto-Lei nº 6.640, de 1944), quanto no Governo **CASTELO BRANCO** (Decreto-Lei nº 5, de 1966), e já existissem alguns terminais em funcionamento, coube à Lei nº 8.630/1993 dar-lhes um regime legal mais adequado, promovendo, inclusive, a distinção correta e necessária entre os terminais de uso público e os terminais privativos.

8. A nova lei (Lei nº 8.630/1993) foi, então, saudada pelos meios empresariais, pela imprensa e pelo Governo, por ter implementado uma verdadeira revolução nos conceitos e normas anteriores, permitindo o aumento efetivo das nossas exportações, em virtude dos consideráveis investimentos necessários à completa reestruturação do setor, dando competitividade aos nossos portos. Resumindo a importância do texto legal, afirmou o Ministro **RUBENS RICUPERO** que:

> *"Com a Lei nº 8.630, de 1993, o Governo brasileiro dotou o setor de um instrumento jurídico que possibilitará uma ampla reestruturação portuária, mediante a abertura de maior espaço para a participação do setor privado na operação de nossos portos".*[3]

9. Não obstante ser merecedora de algumas críticas, pela impropriedade de certas definições e pelo uso de uma terminologia que, em certos casos, poderia parecer ambígua, a Lei nº 8.630/1993 teve o grande mérito de respeitar a letra e o espírito do texto constitucional e de permitir que a iniciativa privada pudesse implantar e explorar instalações portuárias, dentro e fora das áreas

---

[3] **RUBENS RICUPERO**, prefácio do livro de **CARLOS TAVARES DE OLIVEIRA**, Modernização dos portos, 2ª ed., São Paulo, Edições Aduaneiras, 1996, p. 14.

WALD 1614

definidas como "Área do Porto Organizado", ensejando o desenvolvimento dos terminais portuários de uso público e dos privativos de empresas, que, em geral, se dedicavam à exportação de carga própria.

TRIBUNAL FEDERAL 1612

IV. A DISTINTIÇÃO ENTRE OS REGIMES JURÍDICOS DOS TERMINAIS DE USO PÚBLICO E DOS TERMINAIS DE USO PRIVATIVO

A) O TEXTO CONSTITUCIONAL

10. Sendo a Lei nº 8.630/1993 o primeiro movimento do legislador para regular sistematicamente a matéria, nela encontramos alguns trechos, que, por conterem inovações, dificultaram, na época, a sua interpretação. Essas dificuldades, que foram superadas pela legislação e regulamentação posteriores, ensejaram divergências doutrinárias. Mas, cabe reconhecer que há um consenso majoritário quanto aos seus pontos fundamentais.

11. É preciso salientar, inicialmente, que houve, no direito constitucional, relevante modificação no tratamento dos portos. Efetivamente, as Constituições de 1946 e 1967 referiam-se à competência da União Federal para legislar sobre portos de navegação de cabotagem, mas não tratavam da sua exploração. Na ocasião, a matéria não era, pois, de natureza constitucional. Ao contrário, a Constituição de 1988, mantendo a competência tradicional da União (art. 22, X) no tocante à legislação, acrescentou, no seu art. 21, XII, que também lhe cabia:

> *"XII. Explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:*
>
> .....
>
> *f) os portos marítimos, fluviais e lacustres".*

WALD 1613

12. A conseqüência evidente dessa posição do constituinte foi o enquadramento da exploração dos portos como serviço público.

13. A discussão surgiu em relação aos terminais, havendo quem entendesse que não eram abrangidos pela determinação constitucional. Assim, **TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ**, numa opinião que nos parece isolada, chegou a escrever que:

> *"Concedido é o porto (artigo 21, XII, f da CF), enquanto uma unidade organizada. Diferente da concessão (e da delegação) do porto, isto é, da sua exploração como um todo, é a exploração de instalação portuária de uso público ou privativo, que é exploração de parte do objeto da concessão (e da delegação) e que pressupõe a prévia concessão (ou delegação). Havendo já a concessão (ou delegação) do todo organizado, a relação de exploração de parte deste todo não se faz mais por concessão (ou delegação) que, por pressuposto, já abrangeu o totalidade. (...) Entende-se neste sentido que a Lei nº 8.630, de 25.03.1993, que dispõe sobre o regime jurídico da exploração dos portos organizados e das instalações portuárias, tenha distinguido entre a exploração do porto organizado, pela União, diretamente ou mediante concessão (artigo 1º), do arrendamento de instalações portuárias quando dentro dos limites do porto organizado (artigo 4º, I)."*[4]

14. Essa distinção entre o porto, como unidade global organizada, e as instalações portuárias nele operadas, não parece estar de acordo com o texto constitucional, que não permite essa distinção, nem com a conceituação que, tanto no plano econômico como jurídico, temos atualmente do

---

[4] **TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ**, "Porto – Arrendamento – Cessão e Prorrogação do Contrato", *in* Revista Trimestral de Direito Público, nº 26, abr./jun. 1999, p. 146.

WALD 1614

porto, como verdadeiro conjunto de serviços, formando um complexo unitário, que pode ser considerado como constituindo uma universalidade de fato ou de direito.[5]

15. Por sua vez, **IVES GANDRA DA SILVA MARTINS** salienta a modificação do direito constitucional na matéria, afirmando que:

> *"Os portos marítimos, lacustres e fluviais passam a ter sua exploração incluída constitucionalmente na competência da União, com alargamento da intervenção estatal em tais áreas, mesmo que tais atividades sejam exploradas mediante autorização, concessão ou permissão."*[6]

16. E acrescenta:

> *"Resta lembrar que o alargamento do elenco do inc. XII do art. 21 deveu-se em parte à intenção de consolidar, segundo os constituintes, em nível constitucional, o que já, de certa forma, vinha ocorrendo em nível de legislação ordinária."*[7]

---

5 **MARÇAL JUSTEN FILHO**, "O regime jurídico dos operadores de terminais portuários no Direito Brasileiro", *in* Revista de Direito Público da Economia, nº 16, out./dez. 2006 p. 84.

6 **IVES GANDRA DA SILVA MARTINS**, Comentários à Constituição do Brasil, (em colaboração com **CELSO RIBEIRO BASTOS**), 3º vol., tomo I, São Paulo, Saraiva, 1992, p. 179.

7 Ob. cit., p. 181.

WALD
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
1615

B) A INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS LEGAIS

17. Coube ao Professor **MARÇAL JUSTEN FILHO** analisar a matéria, em monografia que publicou, em dezembro de 2006, versando sobre o regime jurídico dos operadores de terminais portuários.[8] Inicialmente, salientou que inexistia definição do terminal de uso privativo misto e considerou que o terminal privativo de uso exclusivo era um conceito indeterminado, pois "carga exclusiva" era expressão que "tinha conteúdo mais econômico do que jurídico".[9] Considerou que "a movimentação de carga alheia num terminal de uso privativo propicia uma certa desnaturação da figura"[10], e que, evidentemente, não pode haver "concorrência entre os terminais privativos de uso público e os de uso misto".[11] E concluiu que, em virtude tanto das Leis de nºs 8.630/1993 e 10.233/2001, quanto da Resolução **ANTAQ** nº 517, que explicitou o sentido destes diplomas legais, os terminais privativos não devem ser utilizados para uso público.[12]

18. Já anteriormente, em parecer sobre a mesma matéria, o Professor **CAIO TÁCITO** esclareceu que:

> *"A Lei nº 8.630/1993 claramente distingue, em norma expressa, a existência de duas relações jurídicas.*
>
> *No porto organizado, de natureza permanente, o serviço à comunidade em geral será prestado diretamente pela União, ou delegado a outra pessoa jurídica mediante concessão de serviço público.*

---

8 MARÇAL JUSTEN FILHO, "O regime jurídico dos operadores de terminais portuários no Direito Brasileiro", *in* Revista de Direito Público da Economia, nº 16, out./dez. 2006, p. 77.

9 Ob. cit., p. 103.

10 Ob. cit., p. 104.

11 Ob. cit., p. 106.

12 Ob. cit., p. 110.

1616

Nos terminais de uso privativo, a autorização administrativa é ato de polícia, constitutivo de direito privado, caracterizado pela permissão de uso de bem público".[13]

19. Por sua vez, **CARLOS AUGUSTO DA SILVEIRA LOBO** considerou que os terminais privativos não constituem nem concessão, nem permissão de serviço público, enquanto os terminais de uso público são subconcessões.[14]

20. Diante do novo direito administrativo que surgiu após as privatizações e que tem características próprias[15], multiplicaram-se novas formas de arrendamento, com sentido que nem sempre é o mesmo. É o que aconteceu no direito aplicável aos terminais portuários.

---

13 **CAIO TÁCITO**, "Regime de portos. Terminal Privativo. Permissão.", parecer emitido em 17.04.1995, *in* Temas de Direito Público (estudos e pareceres), Rio de Janeiro, Renovar, 1997, vol. I, p. 1249.

14 **CARLOS AUGUSTO DA SILVEIRA LOBO**, invocando, inclusive, o art. 26 da Lei nº 8.987/1995, pondera que: *"Os terminais de uso público são subconcessionários de serviços públicos portuários*

Os terminais de uso público prestam serviços públicos tal como acima definidos, ou seja:

a) o seu objetivo primordial é suplementar os portos organizados na satisfação das necessidades da coletividade, quanto a serviços portuários;

b) qualquer interessado tem o direito de utilizar-se do serviço, em igualdade de condições com os demais usuários;

c) o titular de terminal de uso público tem a obrigação de colocar o serviço à disposição dos interessados de forma regular e contínua, sem discriminar entre os usuários;

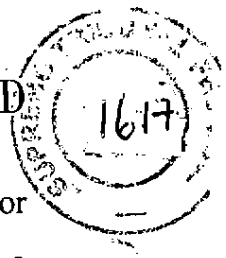
d) seus serviços devem ser remunerados mediante uma tarifa estabelecida pelo poder público, de aplicação geral;

e) *seus serviços estão sujeitos a fiscalização pelo poder concedente.*

[...]

Em nosso modo de ver, os terminais de uso público se enquadram na figura da subconcessão, prevista no artigo 26 da Lei nº 8.987/1995 (Lei de Concessões de Serviços Públicos)." ("Os terminais Portuários privativos na Lei nº 8.630/1993", *in* Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, vol. 220, abr./jun. 2000, pp. 28 *in fine* e 29).

15 Escrevemos a respeito no artigo "Novas tendências do direito administrativo: A flexibilidade no mundo da incerteza", publicado na Revista de Direito Administrativo, vol. 202, out./dez. 1995, pp. 43-47. Outros autores destacam as peculiares do Direito Administrativo da Economia, do Direito Público Econômico e até do Direito Administrativo dos Negócios.



21. De um lado, parte da doutrina entende, com o Professor **MARÇAL JUSTEN FILHO**, que há, no caso dos terminais de uso público, a possibilidade de termos uma cumulação da figura do arrendamento com a da concessão.[16] Por sua vez, **ALICE MARIA GONZALEZ BORGES** prefere considerar que, no caso, o arrendamento se identifica com a concessão de uso de bem público[17], invocando para tanto a lição de **HELY LOPES MEIRELLES**.[18]

22. Não obstante essas divergências quanto à natureza jurídica do arrendamento, o consenso se fez no sentido de reconhecer a distinção entre terminais de uso público e terminais privativos. Em relação aos primeiros há, evidentemente, uma prestação de serviço público, aplicando-se-lhes os princípios

---

16 **MARÇAL JUSTEN FILHO**, "O regime jurídico dos operadores de terminais portuários no Direito Brasileiro", *in* Revista de Direito Público da Economia, nº 16, out./dez. 2006, p. 117.

17 **ALICE MARIA GONZALEZ BORGES** considera que os arrendamentos de terminais de uso público são *"verdadeiras concessões remuneradas de uso de bens públicos"* que *"pelo fato de acarretarem investimentos vultosos, sempre requerem um tratamento especial"*. E conclui que:
"É preciso frisar-se, por importante, que os contratos de arrendamento disciplinados pela Lei nº 8.630/1993 não têm a mesma natureza jurídica daqueles regidos pela legislação anterior. *Aliás, muito sintomaticamente, a Lei nº 8.630 revogou expressamente toda a legislação anterior que regia atividades portuárias, sobretudo toda aquela que embasara as antigas contratações de arrendamentos. De semelhante, pois, apenas conservam a mesma denominação.*
Quais as diferenças que poderemos notar, relativamente aos arrendamentos disciplinados pela Lei nº8.630?
Não se trata mais, apenas, do arrendamento de espaços físicos nas áreas portuárias, ainda que com a obrigação de efetuarem-se investimentos, 'para completar, expandir ou aparelhar as instalações', que figurava no Decreto-lei nº 5/66, mas, basicamente, para que os arrendatários operassem com suas próprias mercadorias ou produtos.
Já agora, esses arrendatários poderão ser, também, operadores portuários*; poderão ter* alfandegadas *as áreas em que atuam, com todas as conseqüências legais que daí decorrem; poderão operar com mercadorias próprias ou de terceiros; poderão cobrar dos usuários dos serviços portuários as tarifas devidas pelo serviços efetuados, as quais serão fixadas pelo Conselho de Autoridade Portuária, onde também poderão, como operadores portuários, fazer-se representar.*
Analisando-se, na Lei nº 8.630/93, em seu artigo 4º, §4º, as cláusulas essenciais que deverão constar do novo contrato de arrendamento *que disciplina, o que vemos institucionalizada é uma* nova forma contratual administrativa, atípica, híbrida, mista, *que exsurge no cenário jurídico nacional."* (**ALICE MARIA GONZALEZ BORGES**, Temas de direito administrativo atual: estudos e pareceres, Belo Horizonte, Editora Fórum, 2004, p. 333).

18 Para **HELY LOPES MEIRELLES**, o arrendamento de bens públicos a particulares referido pelo Decreto-lei nº 9.760 de 05.09.1946 não é contrato civil, nem comercial mas verdadeira concessão de uso. Assim, em direito administrativo, não deveriam ser usadas as expressões "arrendamento" e "locação", mas tão-somente a concessão de uso. (**HELY LOPES MEIRELLES**, Licitação e contrato administrativo, 12ª ed., São Paulo, Malheiros, 1999, p. 63).

TRIBUNAL FEDERAL 1618

da licitação obrigatória e garantindo-se ao delegatário o direito ao equilíbrio econômico-financeiro (CF, art. 37, XXI). No caso dos segundos, não há prestação de serviço público, não se exigindo a licitação prévia e inexistindo garantia de manutenção da equação econômica inicialmente constituída, dado que se trata de mera autorização, na qual a autoridade apenas exerce o seu poder de polícia[19] e não delega a sua competência a particulares.

23. **MARÇAL JUSTEN FILHO** escreve, nas suas conclusões, que não se deve considerar o arrendamento como sendo uma concessão pois:

> *"No entanto, quando os bens públicos forem instrumento da prestação de um serviço público pelo particular; haverá duas relações jurídicas distintas. Existirá o arrendamento dos bens e a delegação da prestação do serviço público. Então, uma mesma pessoa será concessionária de serviço público e arrendatária de bens públicos. Então, é correto afirmar que o arrendamento de terminal portuário de uso público é conjugável com uma delegação da prestação de serviço público".*[20]

24. Por outro lado, inexiste exercício da delegação de serviço público por quem é titular de terminal de uso privativo. E o terminal de uso privativo misto se caracteriza por:

---

19 Sobre a autorização administrativa, esclarece **CAIO TÁCITO**: *"A autorização administrativa corresponde à ação liberatória mediante a qual a autoridade pública possibilita que o preexistente direito ou liberdade, até então contido, adquira eficácia plena.*
A autorização administrativa, em suma, não cria direito novo. Permite que a potencialidade de um direito ou liberdade individual se torne concreta. É ato administrativo que remove obstáculo oposto à efetiva fruição que dele possa gozar o legítimo titular." (**CAIO TÁCITO**, prefácio do livro de **CID TOMANIK POMPEU**, Autorização Administrativa, 2ª. ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007, p. 12).

20 **MARÇAL JUSTEN FILHO**, "O regime jurídico dos operadores de terminais portuários no Direito Brasileiro", *in* Revista de Direito Público da Economia, nº 16, out./dez. 2006, p. 117.

WALD
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
1619

a) ter a "carga própria" como atividade principal e

b) poder ser usado, secundária ou acessoriamente, o terminal para cargas alheias; sendo que

c) de acordo com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, o uso do terminal privativo misto para cargas alheias deve ser menor do que o destinado à carga própria, considerando-se os respectivos valores e/ou o tempo de utilização do terminal para cada uma das duas utilizações; e

d) conseqüentemente, não pode ser autorizado a funcionar, nem pode continuar a exercer a sua atividade, o terminal misto que não tenha "carga própria".

25. **Portanto, o terminal privativo misto não pode ser equiparado ao terminal de uso público, seja por ato normativo, seja por decisão da ANTAQ, em casos individuais, em razão de ser distinto o seu regime legal e por não ter ocorrido a licitação prévia à contratação, indispensável no caso de delegação de serviço público**.

26. Cabe, ainda, ressaltar que a **ANTAQ** tem o dever de garantir bem como de fiscalizar o cumprimento das disposições legais e constitucionais relativas à utilização dos terminais, sejam eles de uso público ou privativo.

WALD 1620

27. Como salientado na Consulta, o terminal de uso público tem pressupostos para o seu funcionamento, bem como a imposição de obrigações de dar e de fazer que o terminal privativo de uso misto não tem.[21]

28. Desse modo, se ocorrer, de fato ou de direito, o desvio de objeto e finalidade, haverá violação das regras constitucionais contidas nos arts. 1°, IV, 21, XII, "f", 170, *caput*, 173 e 175 da Constituição e dos princípios da isonomia, da licitação e do equilíbrio econômico e financeiro, que são constitucionalmente garantidos e que se completam pelas normas referentes à boa-fé objetiva, à confiança e a segurança jurídica.

---

21 Lembra a Consulente que:
"... as arrendatárias de terminais de uso público devem prestar serviços públicos universais, de modo permanente e ininterrupto, sujeitando-se ao regime trabalhista diferenciado. O prazo dos arrendamentos é limitado a 25 anos (prorrogáveis por outro tanto), ao final do qual os bens e melhorias revertem ao patrimônio público. Mas os terminais de uso privativo atuam sob regime de livre iniciativa e concorrência, sem obrigatoriedade de prestação de serviço universal e não subordinados ao regime trabalhista portuário. Todos os investimentos realizados são consolidados no patrimônio do particular, pois as autorizações são outorgadas por prazo indeterminado e sem limite de tempo. Enfim, as arrendatárias são obrigadas a pagar importâncias à administração dos portos, inclusive em virtude da movimentação das cargas. Já as empresas privadas não enfrentarão qualquer ônus financeiro correspondente." (Consulta transcrita no início do presente parecer).

WALD
1624

V. DA VIOLAÇÃO ÀS NORMAS CONSTITUCIONAIS

29. A Consulta esclarece que, em três decisões da **ANTAQ**, foram autorizados a funcionar terminais privativos de uso misto que não preenchem as condições legais, por não possuírem "carga própria" ou por ser a mesma menor do que a carga alheia que operam.

30. Por outro lado, há receio de que venha a ocorrer uma revisão da Resolução nº 517 da **ANTAQ**, com a finalidade de permitir que os terminais privativos de uso misto possam operar sem que tenham "carga própria" dos seus titulares. No mesmo sentido, existe projeto de conversão em lei da Medida Provisória nº 412/2007, de autoria da Senadora **KÁTIA ABREU**, que tem por objeto dar nova redação ao art. 4º §2º, II da Lei nº 8.630/1993, prevendo que os terminais de uso misto possam livremente movimentar carga própria ou de terceiros, sem estabelecer a necessária prevalência da primeira e a necessidade de ser reduzida a segunda.

31. Em face da violação das normas constitucionais aplicáveis, diante dos fatos acima expostos, a Consulente já propôs, perante o Supremo Tribunal Federal, a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) de nº 139, requerendo definição, com eficácia *erga omnes* e na forma do art. 10 da Lei nº 9.882/1999, da interpretação e das condições de aplicação dos preceitos que:

a) definem os serviços portuários como sendo serviços públicos (art. 21, inc. XII, alínea f da CF);

b) exigem a licitação na delegação de serviço público (arts. 170, *caput* e parágrafo único, 173 e 175 da CF); e

c) estabelecem a livre iniciativa e livre concorrência como princípios básicos da economia brasileira (arts. 1°, inc. IV e 170, inc. IV da CF).

32. A petição, devidamente instruída com pareceres e outros documentos, conclui pedindo ao Supremo Tribunal Federal que declare qual a interpretação que deve ser dada aos dispositivos constitucionais em relação aos terminais portuários.

33. Em virtude dessa conclusão, verificar-se-á a inconstitucionalidade do projeto de conversão em lei da Medida Provisória nº 412/2007 acima referido.

34. Examinaremos, agora, os princípios constitucionais que se aplicam à matéria.

WALD 1623

VI. DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS

A) O PRINCÍPIO DA ISONOMIA

35. Não há dúvida que o princípio da isonomia significa tanto o dever de tratar igualmente os iguais como o de tratar desigualmente os desiguais. Também é evidente que a determinação constitucional se aplica tanto ao legislador, como também às agências reguladoras e a todos os aplicadores da lei. Chegou-se até a entender que se trata de norma essencial do Estado de Direito e que, mesmo se não estivesse prevista na Constituição, deveria ser respeitada.[22]

36. No caso concreto, evidenciada a diferença básica entre o terminal de uso público e o privativo, mesmo quando é misto, conclui-se que não se pode aplicar a ambos o mesmo regime legal, sob pena de violação do art. 5º da Constituição Federal, que incide tanto sobre as pessoas físicas quanto em relação às pessoas jurídicas. Acresce que dar o mesmo tratamento às duas categorias de terminais importaria em descumprir as normas que estabelecem a livre concorrência, sem vantagens especiais para determinadas empresas em detrimento de outras.

---

22 GILMAR FERREIRA MENDES, INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, Curso de Direito Constitucional, São Paulo, Saraiva, 2007, p. 147.

WALD
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
1624

B) O PRINCÍPIO DA LICITAÇÃO

37. Nos contratos administrativos, que abrangem a prestação de serviços públicos, a realização de licitação é condição essencial de sua validade.

38. A respeito, esclarecem **GILMAR FERREIRA MENDES, INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO** e **PAULO GUSTAVO GONET BRANCO** que:

> *"A obrigatoriedade de licitar constitui princípio constitucional, de forma que a jurisprudência do STF já é pacífica no sentido de que não podem a lei, o decreto, os atos regimentais ou instruções normativas, e muito menos acordo firmado entre partes, superpor-se a preceito constitucional, instituindo privilégios para uns em detrimento de outros, porque, além de odiosos e iníquos, atentam contra os princípios morais que devem reger os atos relacionados com a Administração Pública.*
>
> *O art. 37, XXI, da Constituição Federal, de conteúdo conceptual extensível primacialmente aos procedimentos licitatórios, insculpiu o princípio da igualdade de tratamento entre todos os concorrentes de um certame, em sintonia com o seu* caput *– obediência aos critérios da legalidade, impessoalidade e moralidade – e ao de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza".*[23]

---

23 GILMAR FERREIRA MENDES, INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, Curso de Direito Constitucional, São Paulo, Saraiva, 2007, p. 794.

WALD 1625

39. Em decorrência do princípio da licitação obrigatória, que consta do art. 37, XXI da Constituição Federal, os direitos e as obrigações do prestador de serviço público estão vinculados ao edital, devendo o processo licitatório obedecer aos princípios éticos, à boa-fé e à lealdade que devem ser observados durante toda a execução do contrato. São os chamados princípios da licitação que **HELY LOPES MEIRELLES** resume nos seguintes termos:

> *"7.2.2. Princípios da licitação – Os princípios que regem a licitação, qualquer que seja a sua modalidade, resumem-se nos seguintes preceitos: procedimento formal; publicidade de seus atos; igualdade entre os licitantes; sigilo na apresentação das propostas; vinculação ao edital ou convite; julgamento objetivo; adjudicação compulsória ao vencedor. O Estatuto acrescentou, agora, dentre os princípios básicos da licitação, o da probidade administrativa (art. 3º)".*[24]

40. Somente a lei pode dispensar a licitação. Ora, na autorização que é dada aos terminais privativos não se exige a licitação, por não se tratar de serviço público, mas de atendimento ao titular do direito para o fim de receber "carga própria", que poderá ser, eventualmente e em parte, complementada por carga alheia. A carga própria, como vimos, deve ser o objeto da principal atividade do terminal privativo misto. A carga alheia só pode ser operada como função secundária ou acessória do terminal.

41. O Supremo Tribunal Federal tem reiteradamente vedado a prorrogação de contratos administrativos sem nova licitação.[25]

---

24 **HELY LOPES MEIRELLES**, Direito Administrativo Brasileiro, 33ª ed., São Paulo, Malheiros, 2007, p. 273.

25 ADI nº 3.521 (DJ de 16.03.2007) e ADI nº 2.716 (DJ de 07.03.2008).

WALD 1626

42. Aliás, o Procurador-Geral da República ajuizou recentemente a ADI nº 4.058 questionando a Lei nº 11.445/2007, que prorrogou concessões, entendendo que:

> *"Mantidas à frente da execução de serviços públicos empresas que não se submeteram ao procedimento de licitação, perde a Administração Pública, onerada no cumprimento das cláusulas econômicas, e os particulares, impedidos de competir pela contratação".*[26]

C) O PRINCÍPIO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO E FINANCEIRO

43. O art. 37, XXI da Constituição determina que se mantenha a equação econômico-financeira do contrato, o que significa que as bases contratuais, inicialmente estabelecidas no edital e no contrato, não podem ser alteradas unilateralmente pelo Poder Público sem justa compensação.

44. Não tendo o constituinte de 1988 usado a expressão "equilíbrio econômico e financeiro", houve inicialmente dúvidas quanto a se tratar de comando que teria passado da ordem constitucional para a legislação ordinária. Mas a jurisprudência se firmou, acolhendo a exegese, não só literal mas também lógica do texto constitucional, para reconhecer que, nos contratos administrativos em geral, e, em particular, nas concessões, o respeito à proposta, ao edital e ao contrato, nas suas condições iniciais, devia ser considerado vinculatório, em

---

26 Na petição inicial, de 02.05.2008, o Procurador-Geral **ANTONIO FERNANDO DE SOUZA**, invoca a jurisprudência do plenário do STF, fazendo referência a vários casos nos quais foi relator o Ministro **EROS GRAU**, assim como à melhor doutrina, com apoio em **MARÇAL JUSTEN FILHO**.

WALD
TRIBUNAL FEDERAL
1627

termos reais e não apenas nominais, garantindo, pois, a manutenção da equação econômica inicialmente estabelecida.

45. Reconheceu-se, aliás, que se trata de princípio constitucional vigente desde 1946 e que exterioriza "os princípios da justiça social que devem presidir a organização da ordem econômica".[27]

46. O Supremo Tribunal Federal teve o ensejo de examinar a matéria em vários acórdãos, dos quais se destaca o proferido no RE nº 183.180-4 DF, que apreciou pedido de indenização da concessionária de serviços de transporte aéreo **TRANSBRASIL**, em virtude do bloqueio das tarifas, ocorrido a partir do Plano Cruzado, ensejando uma defasagem que provocou sérios prejuízos para a autora.

47. As decisões sucessivas de primeira e segunda instância foram pela procedência da ação, não sendo conhecidos nem o Recurso Especial, nem o Recurso Extraordinário.

48. Algumas questões específicas justificam o interesse pelo acórdão do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário no qual a

---

27 **CAIO TÁCITO**, Direito Administrativo, São Paulo: Saraiva, 1975, p. 248. No mesmo sentido, **ARNOLDO WALD**, "O equilíbrio econômico e financeiro no Direito Brasileiro" *in* **CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO**, Estudos em homenagem ao Professor Caio Tácito, Rio de Janeiro, Renovar, 1997, pp. 75 e ss.

WALD 1628

TRANSBRASIL era recorrida e onde foi suscitada a existência da garantia constitucional do equilíbrio econômico.

49. Assim, em primeiro lugar, o recorrido acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região[28] reconheceu que a Constituição de 1988 garantia ao concessionário o equilíbrio econômico-financeiro, embora a ele não se tenha referido explicitamente no seu art. 175, que integra o capítulo no qual as constituições anteriores tratavam da matéria.

50. Entendeu a decisão que a garantia constitucional tinha sido ampliada no texto vigente, aplicando-se não somente aos contratos de concessão, mas também a todos os contratos administrativos em virtude do disposto no art. 37, XXI, que deveria ser interpretado sistematicamente em consonância com o art. 175. A afirmação consta da ementa e do texto do acórdão recorrido.

51. Na ementa do acórdão do TRF foi afirmado que:

> *"A Constituição Federal de 1967, sob a redação da Emenda nº 1/69, assegurava, nos contratos de concessão de serviços públicos, a manutenção do equilíbrio econômico e financeiro do pacto, por meio da fixação de tarifas reais, suficientes, inclusive, para a justa remuneração do capital e a expansão dos serviços (art. 167, II).*

---

28 **TRF 1ª Região**, *Apelação Cível nº 110.063*, Rel. Juiz **VICENTE LEAL**, j. 29.06.1992, Revista Forense, nº 319, jul./set. 1992, p. 141.

1629

O mesmo princípio, com maior abrangência, encontra-se esculpido no artigo 37, XXI, da nova Carta Política."[29]

52. O mencionado acórdão também salientou que não procedia a tese de acordo com a qual a Constituição de 1988 excluiu a garantia do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos. Ao contrário, o novo Estatuto Fundamental tratou do assunto com maior abrangência, contemplando todos os contratos celebrados entre a Administração Pública e o particular. O preceito do art. 37, XXI, da Lei Maior obriga a inserção, nos contratos administrativos, de cláusula que estabeleça a obrigação de serem mantidas, durante toda a vigência do contrato, as condições efetivas da proposta. Tal preceito consubstancia, sem qualquer dúvida, o princípio do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Assim, o art. 175 da Constituição deve ser compreendido na visão do preceito geral inscrito no art. 37, XXI, do mesmo Estatuto Fundamental.[30]

53. Ora, no caso concreto, os titulares dos terminais de uso público, ao ingressarem no procedimento licitatório, partiram do pressuposto de que as demais empresas, que pretendessem explorar tal atividade, deveriam obedecer às mesmas normas, devendo participar das licitações, de acordo com os respectivos editais.

---

29 Ob. e loc. cit.

30 **STF**, *Emb. Decl. em Recurso Extraordinário nº 183,180-4*, Rel. Min. **OCTÁVIO GALLOTTI**, j. 23.09.1997, Revista de Direito Administrativo, v. 224, abr./jun. 2001, p. 415.

WALD 1630

54. A mudança súbita, de fato ou de direito, das regras de jogo, além de inconstitucional, é, certamente, lesiva àqueles que se submeteram às normas constitucionais e legais atinentes à prestação do serviço público.

55. Por outro lado, ocorrendo a situação acima referida, o equilíbrio econômico e financeiro do contrato administrativo firmado com os titulares de terminais de uso público estará ameaçado, na medida em que estes arcam, em razão das exigências legais, com custos maiores do que os titulares de terminais de uso privativo. Não se justifica, pois, que, com a alegação de serem mistos, os terminais privativos possam competir com os terminais de uso público, que são objeto de arrendamentos e/ou concessões.

56. Neste sentido, a melhor doutrina tem salientado que o *"'livre jogo das forças do mercado, na disputa da clientela' – supõe desigualdade ao final da competição, a partir, porém, de um quadro de igualdade jurídico-formal"*.[31]

D) OS PRINCÍPIOS DA BOA-FÉ OBJETIVA, DA CONFIANÇA E DA SEGURANÇA JURÍDICA

57. Mesmo que se possa considerar discutível a existência de direito adquirido dos titulares de terminais de uso público a determinado regime jurídico, fazendo com que possam impedir a concorrência desleal dos terminais privativos mistos, não há dúvida de que a boa-fé objetiva que deve pautar a

---

31 EROS ROBERTO GRAU, A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica), São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1990, p. 229.

WALT 1631

conduta do Estado e dos órgãos administrativos justifica a impossibilidade de ser admitida uma competição que frustre as bases econômicas dos contratos realizados em virtude de licitação. A mudança de regime jurídico, que não pode ocorrer pelas outras razões já assinaladas, também não e admissível quando implica desobediência aos princípios que regem os contratos, tanto privados como administrativos.

58. Os princípios da boa-fé e de probidade consagrados no art. 422 do Código Civil e o princípio da confiança que foi consolidado na jurisprudência dos nossos tribunais superiores[32] exigem que as partes respeitem não só a letra mas também o espírito do contrato. Mais recentemente, a doutrina e a jurisprudência determinam que sejam respeitadas também as bases econômicas do negócio jurídico realizado.

59. Chegou-se, assim, à conclusão de que também constitui princípio constitucional de direito, na maioria dos países democráticos e, em particular, no Brasil, o imperativo do respeito à segurança jurídica, conforme salientado por **ALMIRO COUTO E SILVA.**[33]

---

32 **ARNOLDO WALD**, "A contribuição do STJ na consolidação do principio da confiança" *in* Doutrina STJ, Edição comemorativa 15 anos, Brasília, Ed. do STJ, 2005, pp. 29 e ss.

33 **ALMIRO COUTO E SILVA**, "Os princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no Estado de Direito Contemporâneo" *in* Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul, v. 18, nº 46, pp. 11-29 (1988), e, no mesmo sentido, **ARNOLDO WALD**, "O princípio fundamental da segurança jurídica" *in* Princípios Constitucionais Fundamentais, Estudos em homenagem ao Professor Ives Gandra da Silva Martins, São Paulo, Lex Editora, 2005, p. 209 a 224.

WALD 1632

60. Citando a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o Presidente do STF e Professor **GILMAR FERREIRA MENDES** conclui que:

> *"O tema da segurança jurídica tem assento constitucional (princípio do Estado de Direito)".*[34]

[34] **GILMAR FERREIRA MENDES** e outros, ob. cit., p. 475.

WALD 1633

VII. CONCLUSÕES

61. Diante das razões expostas, concluímos que a legislação e a regulamentação atuais devem ser interpretadas no sentido de admitir que os terminais privativos de uso misto só podem operar carga alheia numa atuação secundária e acessória em relação às suas operações com carga própria.

62. Conseqüentemente, o terminal privativo de uso misto que não opere principalmente com carga própria não pode ser autorizado a funcionar. Se autorizado, com a obrigação de movimentar carga própria, não o fizer na proporção fixada, deve ser suspenso o seu funcionamento pela autoridade competente à qual cabe fiscalizar as suas operações.

63. Em face das disposições constitucionais vigentes, não é juridicamente possível, através de norma legal ou decisão administrativa, liberar os terminais privativos de uso misto da obrigação de movimentarem "carga própria" para se transformarem, de fato, em terminais de uso público. Para tanto, devem eles assumir as obrigações dos titulares de terminais de uso público, após licitação e em virtude dos contratos administrativos de arrendamento e/ou de concessão.

TRIBUNAL FEDERAL
WALD 1634

64. A quebra do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos firmados pelos terminais de uso público, em virtude de concorrência ilegal e desleal dos terminais privativos de uso misto, ensejada ou tolerada pelo Poder Público, acarretará a responsabilidade deste, devendo o mesmo arcar com a correspondente indenização.

65. Fixadas essas premissas, passamos a responder aos quesitos formulados.

WALD 1635

VIII. RESPOSTAS AOS QUESITOS

PRIMEIRO QUESITO:

"Em face da Lei nº 8.630/1993, pode-se admitir que uma instalação portuária de uso privativo misto destine-se a operar exclusivamente com carga de terceiros?"

RESPOSTA AO PRIMEIRO QUESITO:

66. Conforme esclarecido no curso do parecer, entendemos que não é admissível, diante das normas constitucionais e legais vigentes sobre a matéria, que os titulares de terminal de uso privativo operem exclusivamente com carga de terceiros, pois, nesse caso, estariam exercendo autêntico serviço público, sem que a respectiva delegação tivesse sido precedida de licitação e sem as obrigações dela decorrentes. A sua equiparação aos titulares de terminais de uso público, que têm regime jurídico distinto, implica violação aos princípios da isonomia, da licitação e da segurança jurídica.

SEGUNDO QUESITO:

"É correta a interpretação de que, por ter o art. 4º, § 2º, II, da Lei nº 8.630/1993 silenciado sobre quantitativo mínimo de carga própria a ser movimentada nas instalações portuárias de uso privativo misto, seria lícito ao particular operar com quantidades irrelevantes e mínimas de carga própria (em face dos quantitativos de carga de terceiros movimentados)?"

WALD 1636

RESPOSTA AO SEGUNDO QUESITO:

67. Não. A omissão do legislador deve ser interpretada construtivamente, considerando as normas constitucionais e o contexto legislativo vigente. Assim, os terminais de uso privativo misto devem operar principalmente com "carga própria". Não podem limitar-se a operar com carga alheia, nem com quantidades irrelevantes, irrisórias, ou mínimas de cargas próprias (consideradas em proporção à carga alheia).

TERCEIRO QUESITO:

"Em face da legislação e da regulação editada pela ANTAQ, é legítima a operação de instalação portuária de uso privativo misto sem a observância do requisito de carga mínima?"

RESPOSTA AO TERCEIRO QUESITO:

68. Não. O terminal de uso privativo misto não pode operar sem a observância do requisito de carga própria mínima pois, caso contrário, estaria equiparado ao terminal de uso público, que tem regime jurídico distinto, com obrigações legais e contratuais próprias.

1637
WALD

QUARTO QUESITO:

"Em face da legislação e da regulação editada pela ANTAQ, é legítima a operação de instalação portuária de uso privativo misto que movimente quantidades irrelevantes de carga própria?"

RESPOSTA AO QUARTO QUESITO:

69. Não. Só pode funcionar o terminal de uso privativo misto que opere com carga própria relevante, devendo ser acessória a sua operação com cargas alheias.

QUINTO QUESITO:

"Em face da legislação e da regulação editada pela ANTAQ, o particular titular de autorização para operar instalação portuária de uso privativo misto está obrigado a respeitar as condições quanto à movimentação de carga própria indicadas por ele próprio, por ocasião do requerimento da autorização correspondente?"

RESPOSTA AO QUINTO QUESITO:

70. O requerimento de autorização que enseja a decisão administrativa é vinculatório para o requerente, o qual deve cumprir todas as

WALD 1638

obrigações assumidas, inclusive as referentes aos quantitativos correspondentes às operações de carga própria e de carga alheia e à proporção entre ambas.

SEXTO QUESITO:

"Em face da legislação e da regulação por ela própria editada, a ANTAQ está constrangida a fiscalizar a observância pelos particulares do requisito da movimentação de carga própria?"

RESPOSTA AO SEXTO QUESITO:

71. Sim. À **ANTAQ**, enquanto agência reguladora e de controle do setor, cabe fiscalizar as atividades dos terminais. Incumbe-lhe a função de verificar se não há desvios nas operações dos terminais privativos de uso misto e especialmente se se observam os requisitos referentes à movimentação da carga (própria e alheia).

SÉTIMO QUESITO:

"Em face da legislação e da regulação editada pela ANTAQ, o particular pode ser dispensado da observância do requisito da carga própria mediante o argumento da realização de vultosos investimentos na implantação de infra-estrutura?"

WALD 1639

RESPOSTA AO SÉTIMO QUESITO:

72. Não cabe à **ANTAQ** dispensar o particular de obrigações que têm respaldo constitucional e legal. Não pode, pois, dispensar o terminal privativo de uso misto de operar principalmente com carga própria, sob pena de equipará-lo, por decisão administrativa, aos terminais de uso público, o que lhe é vedado, sob as penas da lei.

OITAVO QUESITO:

"O sistema jurídico brasileiro protege a equação econômico-financeira do arrendamento portuário oneroso, outorgado mediante licitação?"

RESPOSTA AO OITAVO QUESITO:

73. O art. 37, XXI da Constituição garante o equilíbrio econômico-financeiro a todos os participantes de contratos administrativo, entre os quais se inclui o arrendamento portuário oneroso, outorgado mediante licitação.

NONO QUESITO:

"A eventual alteração da legislação, de modo a facultar a livre movimentação de cargas por terminais de uso privativo, poderá acarretar direito de indenização em favor dos atuais arrendatários de instalações de uso público?"

RESPOSTA AO NONO QUESITO:

74. A alteração de legislação para facultar a livre movimentação de cargas por terminais de uso privativo nos parece inconstitucional, por violação dos princípios da licitação, da isonomia e outros já referidos. Se vier a ocorrer, é evidente que ensejará um direito de indenização em favor dos atuais arrendatários de terminais de uso público, em razão do rompimento do equilíbrio econômico-financeiro do respectivo contrato administrativo.

É o nosso parecer.

São Paulo, 15 de maio de 2008.

ARNOLDO WALD
Advogado inscrito na OAB.RJ n.º 6.582 e OAB.SP n.º 46.560.A
Professor Catedrático da Faculdade de Direito da
Universidade do Estado do Rio de Janeiro