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 1165

Excelentíssima Doutora Ministra **ELLEN GRACIE NORTHFLEET**,
Digníssima Presidente do Supremo Tribunal Federal.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
Coordenadoria de
Processamento Inicial
14/04/2008 14:09 50912

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS TERMINAIS DE CONTÊINERES DE USO PÚBLICO – ABRATEC, através de seus advogados, nos autos (de nº 139) de ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL, em que é Autora, sendo Ré a ***Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ***, comparece respeitosamente perante Vossa Excelência para pedir a juntada do documento anexo, consistente em parecer da lavra do Prof. Dr. CLÈMERSON MERLIN CLÈVE, que somente pôde ser concluído após o ajuizamento desta medida.

Pede, com o acatamento devido, que o parecer seja tomado em conta quando da apreciação do pedido de liminar contido na petição inicial.

Espera Deferimento.

Brasília, 14 de abril de 2008.

p.p. Marçal Justen Filho
OAB/PR 7.468

p.p. Luiz Antonio Bettiol
OAB/DF 6.558

CLÈMERSON MERLIN CLÈVE
Professor Titular de Direito Constitucional da *UniBrasil* e da *UFPr*. Professor nos Cursos de Mestrado e Doutorado.

1166

PARECER

CLÈMERSON MERLIN CLÈVE
Professor Doutor em Direito Constitucional
Titular da UFPr e da UniBrasil
Professor nos Cursos de Mestrado e Doutorado

Consulente: ABRATEC – Associação Brasileira dos Terminais de Contêineres de Uso Público.

Assunto: Preceitos constitucionais fundamentais da República Federativa do Brasil, serviço público portuário e autorização para exploração de atividade portuária por meio de terminais privativos de uso misto.

Rua Ivo Leão, 693 – Centro Cívico – Curitiba PR – CEP. 80030 180
Fone 41 352 2866 e Fax 41 352 3268
www.clevеadvogados.com.br

TRIBUNAL FEDERAL
1167

Ementa: Relevância e imprescindibilidade da infra-estrutura portuária. Desenvolvimento e Soberania nacionais. Serviços Públicos e preceitos constitucionais fundamentais (valores essenciais e objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil). Terminais portuários privativos mistos, outorga de autorização e atividade econômica *stricto sensu*.

I. A Consulta

01. A Associação Brasileira dos Terminais de Contêineres de Uso Público – ABRATEC, entidade associativa que congrega as empresas arrendatárias de instalações portuárias de uso público que operam contêineres, honra-nos com consulta em que se formulam indagações que se cingem á verificação dos efeitos que a regulação da exploração portuária realizada por meio de terminais privativos mistos recebe dos valores e princípios

Rua Ivo Leão, 693 – Centro Cívico – Curitiba PR – CEP: 80030-180
Fone 41.3352 2866 e Fax 41 3352 3268
www.cleveadvogados.com.br

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL 1168

fundamentais da República Federativa do Brasil, contemplados na Constituição.

02. Antes de declinar os quesitos que demandam apreciação, a entidade consulente contextualiza o objeto do parecer nos seguintes termos:

> *"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*

Rua Ivo Leão, 693 – Centro Cívico – Curitiba PR – CEP. 80030 180
Fone 41 3352 2866 e Fax 41 3352 3268
www.cleveadvogados.com.br

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
1189

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, 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.

Rua Ivo Leão, 693 – Centro Cívico – Curitiba PR – CEP. 80030 180
Fone 41 3352 2866 e Fax 41 3352 3268
www.cleveadvogados.com.br

1170

Durante longo período, verificou-se também a instalação de terminais de uso privativo, especialmente no setor de cargas a granel. Existem presentemente 125 terminais nessa situação (em comparação com 35 terminais de uso público).

Em 2005, a ANTAQ editou a Res. 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, pelo menos 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 Res. 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

Rua Ivo Leão, 693 – Centro Cívico – Curitiba PR – CEP. 80030 180
Fone 41 3352 2866 e Fax 41 3352 3268
www.cleveadvogados.com.br

TRIBUNAL 1171

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 Res. 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 e operar sem restrições 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

Rua Ivo Leão, 693 – Centro Cívico – Curitiba PR – CEP. 80030 180
Fone 41 3352 2866 e Fax 41 3352 3268
www.cleveadvogados.com.br

TRIBUNAL 1172

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."

03. Ao final, são formulados os quesitos que demandam a presente manifestação opinativa:

(i) Em face da Constituição Brasileira, as operações portuárias se sujeitam a um tratamento jurídico especial e diferenciado?

(ii) É correto afirmar que a atribuição pela Constituição de competência à União para operar (direta ou indiretamente) portos configura-se como instrumento de realização de valores essenciais à Nação e ao Estado Brasileiro?

(iii) É correto afirmar que a tutela constitucional à atividade portuária reflete um imperativo de defesa da soberania nacional?

Rua Ivo Leão, 693 – Centro Cívico – Curitiba PR – CEP. 80030 180
Fone 41 3352 2866 e Fax 41 3352 3268
www.cleveadvogados.com.br

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL 1173

(iv) A referência constitucional à operação de portos sob regime de autorização significa a liberação do Estado brasileiro para eliminar ou restringir a existência de portos operando sob regime de direito público?

(v) A eliminação dos portos públicos, ainda que por meio de providências formais indiretas, produz a violação a preceito constitucional fundamental?

04. São estas, em linhas gerais, as questões a serem apreciadas no âmbito da presente manifestação opinativa.

II. A relevância e o jaez imprescindível da infra-estrutura portuária para o desenvolvimento e soberania do Estado Brasileiro

01. Ninguém discordará que os portos representam, na cadeia logística dos meios de transporte, elos fundamentais nas trocas comerciais[1], tanto no âmbito interno

[1] Registrem-se, neste particular, os apontamentos de Carla Gilbertoni: "Os portos surgiram e se desenvolveram para serem as interfaces entre os deslocamentos aquaviários e terrestres, de pessoas e produtos. Da mesma forma que eles, também os equipamentos, os processos e as organizações necessários àqueles deslocamentos se desenvolveram, constituindo-se o que se denomina logística. Os portos são, assim, elos de cadeias logísticas; necessariamente no plural, tanto porque eles dividem os segmentos aquaviário e terrestre, como porque os portos desempenham esse papel para múltiplas cadeias logísticas (diferentes origens, destinos e percursos)" (GILBERTONI, Carla. **Teoria e prática do direito marítimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 323-324).

Rua Ivo Leão, 693 – Centro Cívico – Curitiba PR – CEP. 80030 180
Fone 41 3352 2866 e Fax 41 3352 3268
www.cleveadvogados.com.br

TRIBUNAL FEDERAL 1174

quanto em sede de comércio internacional. Substanciam verdadeiros agentes econômicos, promovendo o fluxo de produtos e viabilizando a presença deles nos mercados. Os portos podem alterar os valores dos bens/produtos e, mediante o desenvolvimento de suas atividades, gerar riquezas e influenciar diretamente o custo das mercadorias.

Deveras, mercê da relevância do sistema portuário para o intercâmbio comercial, vislumbra-se ser ele canal essencial e de singular importância para a consecução do desenvolvimento nacional, inclusive porque a posição geográfica do Brasil, a sua dimensão continental e o seu extenso litoral conferem aos transportes marítimos natureza indispensável.

02. Outrossim, como elo fundamental da cadeia de transportes, os portos são as estruturas básicas para o intercâmbio comercial, interno e externo, na medida em que, nas instalações portuárias, perfazem-se as indispensáveis interligações modais entre os transportes terrestres e marítimos, desempenhando imprescindível função no desenvolvimento nacional e regional, gerando a necessidade de outros serviços, receitas tributárias, postos de trabalho.

Rua Ivo Leão, 693 – Centro Cívico – Curitiba PR – CEP. 80030 180
Fone 41 3352 2866 e Fax 41 3352 3268
www.cleveadvogados.com.br

TRIBUNAL FEDERAL 1175

Cotejando-o com outros modais, denota-se que a via marítima é a mais compatível com o transporte de carga em grande escala, havendo estreito liame entre o comércio exterior e os serviços portuários. De fato, embora internamente a circulação de mercadorias concentre-se no modal rodoviário, o escoamento de mercadorias brasileiras para o exterior é, em sua grande maioria, realizado pelo transporte aquaviário.

03. De tal sorte, perante objetivos de significativa expansão da presença brasileira nos mercados internacionais, a ampliação e a adequação da infra-estrutura portuária, assaz necessárias e consentâneas ao desenvolvimento e à soberania nacionais; constituem condições essenciais que demandam atuação efetiva do Estado Brasileiro nesse sentido.

04. Não obstante essas peculiaridades inerentes às atividades portuárias, a necessidade de o Estado brasileiro solucionar, com brevidade, os problemas, os chamados gargalos de infra-estrutura está presente, também, em outros setores estratégicos (ferrovias, rodovias, energia elétrica, saneamento).

Rua Ivo Leão, 693 – Centro Cívico – Curitiba PR – CEP. 80030 180
Fone 41 3352 2866 e Fax 41 3352 3268
www.cleveadvogados.com.br

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL 1176

05. Diante dessa conjuntura e das vicissitudes sociais e econômicas brasileiras, na seara dos serviços públicos portuários, a intervenção regulatória (indireta) do Estado no domínio econômico deve promover o equilíbrio entre os interesses privados e públicos.

De outra parte, não se pode olvidar que as especificidades da realidade de determinados segmentos econômicos estratégicos brasileiros implicam o caráter inevitável, não obstante o reforço do perfil regulatório do Estado e a ampliação do espaço de atuação da iniciativa privada, da intervenção estatal setorial. Isso sucede com o sistema portuário nacional, que, por força das tipicidades de monopólio naturais e legais, não prescinde da intervenção estatal mediante a aplicação dos mecanismos previstos no capítulo da ordem econômica constitucional (artigo 170 e seguintes), almejando à consecução do desenvolvimento da infra-estrutura portuária.

06. Como se vê, a importância estratégica dos portos, seja em termos de desenvolvimento, seja em termos de soberania do Estado Brasileiro, impõe que a atividade portuária sempre esteja sujeita à forte presença do Estado, motivo pelo qual os portos brasileiros sempre estiveram e estarão submetidos à

Rua Ivo Leão, 693 – Centro Cívico – Curitiba PR – CEP: 80030 180
Fone 41 3352 2866 e Fax 41 3352 3268
www.cleveadvogados.com.br

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL 1197

intervenção estatal, cujo foco variará não só conforme as vicissitudes políticas, econômicas e sociais de determinado momento histórico, mas também, notadamente, conforme o tratamento que lhes é conferido pelo ordenamento jurídico.

07. Para ilustrar e robustecer a estreita relação entre a infra-estrutura portuária e a soberania do Estado Brasileiro, convém lembrar de fato histórico, ocorrido há 200 (duzentos) anos, no alvorecer do *movimento* de independência em relação à metrópole, qual seja a "Abertura dos Portos Brasileiros".

De fato, em 1808, com a vinda da família real e a instalação do governo português no Brasil, o primeiro ato foi a abertura dos portos brasileiros às nações interessadas em comercializar seus produtos em território brasileiro, constando, no Decreto Imperial, de 28 de janeiro de 1808, ordem para: a) a revogação do pacto colonial, segundo o qual o Brasil somente podia manter relações comerciais diretamente com sua metrópole; b) que, interina e provisoriamente, enquanto não concluído sistema geral para regular o comércio nos portos nacionais, fossem admitidas nas alfândegas do Brasil todas e quaisquer mercadorias transportadas em navios estrangeiros, provenientes das potências

Rua Ivo Leão, 693 – Centro Cívico – Curitiba PR – CEP. 80030 180
Fone 41 3352 2866 e Fax 41 3352 3268
www.cleveadvogados.com.br

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL 1178

que se conservam em paz e harmonia com a coroa, e, além desses, fossem admitidos nas alfândegas os navios dos vassalos da coroa; e c) que não só esses vassalos, mas também os estrangeiros, pudessem passar a exportar para outros portos todos e quaisquer gêneros e produções coloniais, à exceção do pau-brasil ou outros itens expressamente previstos; aplicando-se, em ambos os casos, tributação específica, tanto na entrada como na saída das mercadorias de portos brasileiros[2].

---

[2] Eis o texto literal do decreto: "*Conde da Ponte, do meu Conselho, Governador e Capitão-General da Capitania da Bahia, antigo. Eu, o Príncipe-Regente, vos envio muito saudar, como àquele que amo. Atendendo à representação que fizestes subir à minha real presença, sobre se achar interrompido e suspenso o comércio desta capitania, com grave prejuízo dos meus vassalos e da minha real fazenda, em razão das críticas e públicas circunstâncias da Europa; e querendo dar sobre este importante objeto alguma providência pronta e capaz de melhorar o progresso de tais danos: Sou servido ordenar interina e provisoriamente, enquanto não consolido um sistema geral, que efetivamente regule semelhantes matérias, o seguinte: Primo: Que sejam admissíveis nas alfândegas do Brasil todos e quaisquer gêneros, fazendas e mercadorias transportadas ou em navios estrangeiros das potências que se conservam em paz e harmonia com a minha real coroa, ou em navios dos meus vassalos, pagando por entrada vinte e quatro por cento; a saber, vinte de direitos grossos e quatro do donativo já estabelecido, regulando-se a cobrança destes direitos pelas pautas ou aforamentos, porque até o presente se regulam cada uma das ditas alfândegas, ficando os vinhos, águas ardentes e azeites doces, que se denominam molhados, pagando o dobro dos direitos que até agora nelas satisfaziam. Secundo: Que não só os meus vassalos, mas também os sobreditos estrangeiros, possam exportar para os portos que bem lhes parecer, a benefício do comércio e agricultura, que tanto desejo promover, todos e quaisquer gêneros e produções coloniais, à exceção do pau-brasil ou outros notoriamente estancados, pagando por saída os mesmos direitos já estabelecidos nas respectivas capitanias, ficando, entretanto, como em suspenso e sem vigor todas as leis, cartas-régias ou outras ordens que até aqui proíbiam neste Estado do Brasil o recíproco comércio e navegação entre os meus vassalos e estrangeiros. O que tudo assim fareis executar com o zelo e atividade que de vós espero.*" Escrita na Bahia, aos 28 de janeiro de 1808. Príncipe. Conferir a esse respeito: AGUIAR, Pinto. **A abertura dos portos do Brasil**. Salvador: Livraria Progresso Editora, 1960.

Rua Ivo Leão, 693 – Centro Cívico – Curitiba PR – CEP. 80030 180
Fone 41 3352 2866 e Fax 41 3352 3268
www.cleveadvogados.com.br

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL 1179

A abertura dos portos permitiu considerável incremento na freqüência de navios aos portos brasileiros, principalmente o do Rio de Janeiro. Tempo depois, o café firmou-se como principal componente da pauta de exportações nacionais, passando o desenvolvimento portuário a guardar estreita ligação com a intensificação dessa mercadoria e no século subseqüente com o próprio desenvolvimento econômico do Brasil.[3]

08. Pois bem, tal como nos demais setores em que as redes de infra-estrutura são imprescindíveis para sua realização, as atividades portuárias atrelam-se a dois fatores conexos: essencialidade e altos investimentos iniciais, na medida em que, de um lado, o acesso aos serviços públicos portuários deve dar-se indistinta e ininterruptamente a todo o mercado, independente do porte econômico do usuário, e mediante tarifas acessíveis, bem como, de outra parte, são serviços cuja ausência, eventual ou sistemática, hodiernamente, tem forte impacto sobre o desenvolvimento econômico e, por fim, envolvem a construção de enormes redes e malhas de infra-estrutura, exigindo investimentos iniciais nem sempre recuperáveis. De tal sorte, é possível afirmar-se, na linguagem econômica, que essas redes e malhas de infra-

[3] LAMARÃO, Sérgio Tadeu de Niemeyer. **Dos trapiches ao porto: um estudo sobre a área portuária do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Secretaria Municipal de Cultura, Turismo e Esportes, 1991, p. 37 e 38.

Rua Ivo Leão, 693 – Centro Cívico – Curitiba PR – CEP. 80030 180
Fone 41 3352 2866 e Fax 41 3352 3268
www.cleveadvogados.com.br

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL 1180

estrutura têm características de *monopólios naturais*[4].

Com efeito, o investimento em setores estratégicos de infra-estrutura está relacionado diretamente ao crescimento econômico, tanto que *"a experiência brasileira das décadas de 80 e 90 do século XX demonstrou que a queda da taxa média de crescimento do PIB (8,2% na década de 70, 4,5% nos anos 1980, contra 3,2% nos anos 1990) esteve acompanhada da diminuição dos investimentos na economia (...)"* e *"no caso dos portos e ferrovias os investimentos não foram capazes de recompor nem mesmo a depreciação do capital. Em portos, as inversões de 1995 não chegaram a 20% do valor alcançado em 1990"*[5].

09. Recentemente, o Governo Federal lançou o PAC – Programa de Aceleração do Crescimento, com o qual pretende investir em infra-estrutura, em especial a de transportes. O investimento global estimado ultrapassa a quantia de 500

[4] A existência de monopólios naturais remonta a situações em que há significativas economias de escala e/ou de escopo em relação ao tamanho do mercado, calculado para um preço ao nível do custo médio mínimo (escala mínima eficiente). Tais condições tornam impeditiva a existência de mais uma rede, isto é, tornam sem sentido econômico sua duplicação. Os monopólios naturais associam-se ao setor de *infra-estrutura* de um país, eis que permitem a circulação de bens elementares para a população e para a vida econômica. Sobre o assunto, conferir: PINHEIRO, Armando Castelar, SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados.** Rio de Janeiro: Campus, 2005. p. 262 e ss.

[5] FRÓES, Fernando. Infra-estrutura pública: conceitos básicos, importância e a intervenção governamental. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes, SANTOS, Márcia Walquíria Bastista dos. **Curso de Direito Administrativo Econômico**. SP: Malheiros, 2° Volume, 2006, p. 235.

Rua Ivo Leão, 693 – Centro Cívico – Curitiba PR – CEP. 80030 180
Fone 41 3352 2866 e Fax 41 3352 3268
www.cleveadvogados.com.br

1181

(quinhentos) bilhões de reais e se distribui em três eixos estratégicos: (i) infra-estrutura logística, envolvendo a construção e ampliação de rodovias, ferrovias, portos, aeroportos e hidrovias e infra-estrutura; (ii) infra-estrutura energética, correspondendo à geração e transmissão de energia elétrica, produção, exploração e transporte de petróleo e, por fim, Infra-estrutura Social e Urbana, englobando saneamento, habitação, metrôs[6].

10. Com esteio nas considerações e premissas estabelecidas acima, erige-se, como fio condutor da presente redação, a premissa atinente à relevância e ao caráter imprescindível da infra-estrutura e das atividades portuárias para a efetivação, observância e manutenção do desenvolvimento e soberania nacionais (artigos 1°, 3° e 4° da Constituição Federal).

[6] A respeito do PAC, visualizar: http://www.brasil.gov.br/pac/infra_estrutura/

Rua Ivo Leão, 693 – Centro Cívico – Curitiba-PR – CEP. 80030 180
Fone 41 3352 2866 e Fax 41 3352 3268
www.cleveadvogados.com.br

TRIBUNAL FEDERAL
SUPERIOR
1182

III. Contornos jurídicos da exploração da infra-estrutura portuária no Brasil

III.A. Escorço histórico-legislativo das atividades portuárias no Brasil

01. No alvorecer das propostas das reformas constitucionais que almejaram redefinir o modo pelo qual o Estado Brasileiro intervém no domínio econômico, implantou-se, com o advento da Lei Federal n. 8.630/93, de maneira mais acentuada, processo de modernização dos portos atrelado ao estabelecimento de um novo paradigma de organização e funcionamento das áreas portuárias, enquanto elos da cadeia logística de transporte de mercadorias.

02. Antes de explanar a respeito da Lei 8.630/93, convém registrar que as razões apresentadas, no bojo das emendas constitucionais que resultaram aprovadas na década de 90, para arrimar a redefinição do modelo de intervenção estatal[7], mediante a priorização da intervenção indireta, foram, notadamente, relativas (i) à tese da incapacidade financeira (esgotamento do

[7] Desde logo, cumpre ressaltar que a apreciação quanto à procedência ou não desses argumentos e quanto às discussões teóricas existentes nessa seara não será realizada no presente parecer, eis que ultrapassa o seu objeto.

Rua Ivo Leão, 693 – Centro Cívico – Curitiba PR – CEP. 80030 180
Fone 41 3352 2866 e Fax 41 3352 3268
www.cleveadvogados.com.br

TRIBUNAL FEDERAL
1183

padrão de financiamento do setor público) do Estado para intervir diretamente no domínio econômico, e (ii) à necessidade seja de robustecimento de suas atividades reguladora, fiscalizadora e fomentadora, seja de desmonte do Estado prestador e produtor (agente econômico):

02.1. Entretanto, tais assertivas não elidem, nem mitigam o papel necessário e indispensável do Estado como instrumento de efetivação dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil; bem como tal redefinição ensejou mera redução da intervenção direta do Estado no domínio econômico, mas não seu impossível desaparecimento.

02.2. Com efeito, ainda que tenha restado bem mitigada a atuação estatal como provedor de bem ou serviço, isto é, como agente econômico, o Estado são só pode como deve exercitar integralmente a intervenção indireta por meio da regulação jurídica e do fomento, inclusive porque a Carta de 1988 rejeita o absenteísmo estatal; isto é, o Estado Brasileiro não pode manter-se inerte diante das demandas econômico-sociais e ao desafio da soberania nacional. Nessa seara, não se olvide o que se

Rua Ivo Leão, 693 – Centro Cívico – Curitiba PR – CEP. 80030 180
Fone 41 3352 2866 e Fax 41 3352 3268
www.cleveadvogados.com.br

1184

infere da confluência dos artigos 170, 173, 174 e 175[8] da Constituição Federal no que concerne à atuação estatal sobre e no domínio econômico e ao equilíbrio compromissório que a Carta Magna estabelece na tutela das atividades econômicas *lato sensu* (serviços públicos e atividades econômicas *stricto sensu*).

Aliás, nesse particular, não se olvide que o escopo primordial da regulação estatal (intervenção indireta nas atividades econômicas *lato sensu*) e inclusive da criação das agências reguladoras, no período ulterior às privatizações, reside no compromisso de não somente conciliar a lógica privada do lucro com a adequada prestação de serviços públicos, mas também de

---

[8] "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: I – soberania nacional; II – propriedade privada; III – função social da propriedade; IV – livre concorrência; V – defesa do consumidor; VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII – redução das desigualdades regionais e sociais; VIII – busca do pleno emprego; IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede no País. Parágrafo único: É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei."; "Art. 173 – Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. (...) § 4° - A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros"; "Art. 174 – Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativa para o setor privado"; "Art. 175 – Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos".

Rua Ivo Leão, 693 – Centro Cívico – Curitiba PR – CEP. 80030 180
Fone 41 3352 2866 e Fax 41 3352 3268
www.cleveadvogados.com.br

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL 1165

erigir mecanismos que propiciem a universalização de tais serviços (evitando-se que a oferta concentre-se nos segmentos mais atrativos da demanda).

03. Não se pode ignorar que, no Brasil, a disciplina jurídica do setor portuário é fruto da experiência histórica da sociedade brasileira. Nesse sentido, a matéria oscilou entre a forte presença do poder público na construção e operação das áreas portuárias e a participação da iniciativa privada.

03.1. À época do Império, já existia um sistema de concessões portuárias; facultava-se à iniciativa privada a construção de obras públicas destinadas à carga, descarga, guarda e conservação de mercadorias destinadas à importação e exportação. Na Primeira República, o sistema de concessões para a prestação de serviços de construção e melhoramentos por particulares foi mantido[9].

03.2. Por ocasião da segunda República, em 1934, houve a primeira sistematização da legislação portuária, cuja vigência estendeu-se, com alterações de pouca monta, até o

[9] TÁCITO, Caio. Regime de Portos. Terminal Privativo. Permissão. *In* **Temas de direito público (estudos e pareceres)**. 2° Vol. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 1.243.

Rua Ivo Leão, 693 – Centro Cívico – Curitiba PR – CEP. 80030 180
Fone 41 3352 2866 e Fax 41 3352 3268
www.cleveadvogados.com.br

TRIBUNAL 1186

advento da Lei nº 8.630/93. Esse modelo normativo estabelecia que ao porto organizado cabia o monopólio do embarque e desembarque das mercadorias advindas de seu "*hinterland*" ou que a ele se destinassem. Ou seja, a cada porto pertencia uma dada área conhecida como "*hinterland*" que era definida por parcelas do litoral e por linhas de projeção para o interior do continente, sendo que a divisão em todo o país seguia, de certo modo, o modelo institucional das capitanias hereditárias.[10] Entretanto, o sistema outrora praticado admitia exceções à regra monopolista, ao prever a possibilidade de permissão para descarga nos "ancoradouros de franquia."[11]

Em 1944, por meio do Decreto-lei n. 6.640, foi assentada a possibilidade de os Estados-membros e Municípios construírem e explorarem "instalações portuárias rudimentares",

---

[10] Considera-se hinterlândia de um porto organizado: a) a cidade ou localidade em que o porto estiver localizado ou em que funcionar a respectiva alfândega ou mesa de rendas, ou as costas ou margens atingidas pela navegação interior do porto; b) as faixas litorâneas ou marginais, contíguas às instalações do porto ou baia ou enseada em que elas se encontram, e confrontantes com zonas ligadas efetiva ou previsivelmente, sede daquelas instalações ou região interior da hinterlândia, definida no item "c" abaixo, pelos meios e/ou vias de transporte que ligam, ou venham a ligar essa hinterlândia ao porto respectivo; c) a região do país servida por meios ou vias de transporte terrestres, fluviais ou lacustres, para a qual se encaminham, diretamente, mercadorias desembarcadas no porto ou da qual procedam mercadorias para embarque no mesmo porto (SILVA, Marcelo Perrupato e. "Estruturação do setor portuário: etapas e problemas de transição". *In* Seminário **O sistema portuário no Brasil: privatização e modernização.** MPO - Ministério do Planejamento e Orçamento, Brasília, nov./1994, p. 44).

[11] LOBO, Carlos Augusto da Silveira. Os terminais portuários privativos. *In* **RDA – Revista de Direito Administrativo**, n. 220, Abril-Junho 2000. p. 20.

Rua Ivo Leão, 693 – Centro Cívico – Curitiba PR – CEP. 80030 180
Fone 41 3352 2866 e Fax 41 3352 3268
www.cleveadvogados.com.br

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL 1187

permitindo-se, ainda, aos particulares, a respectiva exploração na hipótese de desinteresse dos entes públicos. Conforme Carlos Augusto da Silveira Lobo: "tratava-se, portanto, de verdadeiros 'miniportos', ou portos em embrião, com organização precária, destinados a suprir a ausência ou deficiência dos portos organizados."[12]

03.3. Em 1966, facultou-se à iniciativa privada a possibilidade de construção e operação de instalações portuárias, desde que destinadas a uso específico (cargas próprias). Portanto, a Administração Pública federal, no exercício de seu poder de polícia, deferia ou não a autorização ao estabelecimento particular, voltado à exploração da instalação portuária (Decreto-lei n. 05/66, art. 26).

Vale, ainda, registrar que, em 1975, a União Federal veio a criar empresa pública dedicada à "construção, administração e exploração dos portos e das vias navegáveis interiores" denominando-a de Portobrás – Empresa de Portos do Brasil S.A.. Em alguns Estados, também, foram criadas sociedades de economia mista, com a denominação genérica de Companhia Docas.

---

[12] LOBO, op. cit., p. 20.

Rua Ivo Leão, 693 – Centro Cívico – Curitiba PR – CEP. 80030 180
Fone 41 3352 2866 e Fax 41 3352 3268
www.cleveadvogados.com.br

1188

Em passado mais recente, no governo Fernando Henrique Cardoso, foi editada a Lei nº 9.277/96, que autorizou a União Federal a delegar o desempenho da atividade portuária aos Estados e Municípios pelo prazo de vinte e cinco anos prorrogáveis por até mais vinte e cinco anos.

04. As Constituições brasileiras passadas dispuseram, de alguma forma, sobre as bases do comércio internacional, em zonas de intersecção com a disciplina portuária. A Constituição de 1824 tratou da competência da Assembléia-Geral para disciplinar a entrada de embarcações estrangeiras. A Constituição de 1891 tratou da competência federal sobre o trânsito de navios, garantindo o livre comércio de cabotagem de mercadorias nacionais, bem como às estrangeiras que pagassem o imposto de importação. A Constituição de 1934 disciplinou, pela primeira vez, de maneira específica, a competência federal para legislar sobre o regime de portos, inclusive assegurando que os Estados-membros teriam preferência para a concessão federal dos serviços portuários. A Constituição de 1937 inovou ao prever que lei federal disciplinaria a fiscalização e revisão das tarifas dos serviços públicos explorados por concessão a fim de garantir a justa remuneração do capital para a expansão e melhoria dos

Rua Ivo Leão, 693 – Centro Cívico – Curitiba PR – CEP. 80030 180
Fone 41 3352 2866 e Fax 41 3352 3268
www.cleveadvogados.com.br

1189

serviços. A Constituição de 1946, a Emenda Constitucional nº 18/65, a Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional nº 1/69 apenas mantiveram a competência federal legislativa sobre o regime dos portos.

III.B. Constituição de 1988 e atribuição à União de competência material e legislativa

01. Cotejando o regime jurídico conferido à atividade portuária na Constituição de 1988 com o tratamento da matéria no âmbito das Constituições antecedentes, é possível evidenciar modificações consideráveis e significativas.

02. É indisputável que, enquanto as Constituições de 1946 e de 1967 previam apenas a competência da União para legislar sobre o regime dos portos e da navegação de cabotagem, isto é, não cuidavam a respeito da exploração da atividade portuária pelo Estado, a Carta de 1988 - a par de manter tal competência legislativa *ex vi* do previsto em seu art. 22, inciso X -, diz ainda, no seu artigo 21, inciso XII, que compete à União: "*XII* –

Rua Ivo Leão, 693 – Centro Cívico – Curitiba PR – CEP. 80030 180
Fone 41 3352 2866 e Fax 41 3352 3268
www.cleveadvogados.com.br

TRIBUNAL FEDERAL SUPERIOR 1190

explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: (...) f) os portos marítimos, fluviais e lacustres". De sorte que as atividades inerentes à exploração dos portos organizados, em regra, constituem serviço público.

Deveras, arrolou o constituinte, no artigo 21, matérias que constituem *"o núcleo irredutível das competências materiais da União"*[13], que se atrelam a aspectos unitários, aos objetivos fundamentais da Federação, bem como dizem respeito ao cerne da Carta e, assim, dependem de tratamento uniforme.

03. Destarte, sendo a atividade de exploração dos portos imprescindível ao desenvolvimento e soberania nacionais conforme anteriormente explanado, a Carta Magna visa a destinar, ao erigir tais atividades, em regra, como serviço público, uma regulação apropriada, específica, intensa e apartada da regra de liberdade inerente às relações econômicas privadas.

---

[13] ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. **Competências na Constituição de 1988**. 2ª edição. SP: Editora Atlas S.A, 2000, p. 85.

Rua Ivo Leão, 693 – Centro Cívico – Curitiba PR – CEP. 80030 180
Fone 41 3352 2866 e Fax 41 3352 3268
www.cleveadvogados.com.br

1191

III.C. Atividades portuárias e serviço público

01. Muito embora definir serviço público seja uma tarefa consideravelmente árdua e hercúlea, que tem merecido, há anos, especial e profunda atenção dos juristas[14], é possível asseverar que, mercê de tal definição encontrar-se inserida em debates, inerentes à Ciência Política, sobre os escopos, limites de atuação, funções e papéis do aparato estatal, trata-se de noção que se altera no tempo, isto é, já foi considerada verdadeiro mito na França[15], já passou por crises; em relação a eles são feitas definições amplas, restritas e ecléticas; é afetada pelo surgimento de figuras novas (v.g.: na Comunidade Européia, fala-se em serviços universais e atividades econômicas de interesse geral).

---

[14] Essa questão é abordada, a título de exemplo, nas seguintes obras: ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos.** Rio de Janeiro: Forense, 2007; DUGUIT, Léon. ***Las transformaciones del derecho publico.*** Trad. Adolfo Posada y Ramón Jaen. 2ª ed. Madrid: F. Beltran, 1926; GRAU, Eros Roberto. "Constituição e serviço público", In: **Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2001; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003. JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria Geral das Concessões de Serviços Públicos.** São Paulo: Dialética, 2003; JUSTEN, Mônica Spezia. A noção de serviço público no direito europeu. São Paulo: Dialética, 2003; LAUBADÈRE, André de. **Direito Público Econômico.** Coimbra: Almedina, 1985; LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de Direito Administrativo**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007. MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo.** 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004. ORTIZ, Gaspar Ariño. **Princípios de Derecho Público Econômico.** Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003.

[15] CHEVALLIER, Jacques. ***Le service public***. Paris: PUF, 1ª ed., 1997. p.7-8

Rua Ivo Leão, 693 – Centro Cívico – Curitiba PR – CEP. 80030 180
Fone 41 3352 2866 e Fax 41 3352 3268
www.cleveadvogados.com.br

TRIBUNAL FEDERAL 1192

Com efeito, a noção de serviço público, tal como os institutos jurídicos em geral, é conformada pelas relações entre o Estado e a sociedade existentes em determinado momento histórico, as quais são dinâmicas e mutáveis conforme as vicissitudes ideológicas, políticas, sociais e econômicas que se apresentam em distintas épocas e em diferentes países.

02. A propósito, não se olvide da natureza compromissória, conforme já se explanou em outra oportunidade[16], da Constituição de 1988 e, por conseguinte, que a Carta almeja conciliar os interesses públicos e privados com a efetivação dos objetivos fundamentais nela plasmados, vez que tal feição repercute na problemática relativa à noção de serviço público, na medida em que este, por ser atividade econômica *lato sensu*[17] (artigo 175, da Constituição Federal), substancia, de certo modo, o marco divisório das esferas pública e privada.

03. Não obstante a relevância da explanação acerca da noção de serviço público, aprofundar, nesta

---

[16] CLÈVE. Clèmerson Merlin. **Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**, 2ª ed., rev.. atual. e ampl., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000, p. 225.

[17] Conferir nesse sentido o magistério do Ministro Eros Roberto Grau: GRAU, Eros Roberto. A ordem Econômica na constituição de 1998 – interpretação e crítica. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores. 2004, p. 92-101.

Rua Ivo Leão, 693 – Centro Cívico – Curitiba PR – CEP. 80030 180
Fone 41 3352 2866 e Fax 41 3352 3268
www.cleveadvogados.com.br

1193

oportunidade, a sua análise implica extrapolar o objeto do presente parecer, motivo pelo qual cumpre, tão somente, reforçar que o enquadramento de determinada atividade como serviço público envolve consideração a respeito da concepção do Estado e de seu papel em um determinado momento histórico, dizendo, portanto, respeito ao cerne da Constituição. Neste ponto, cumpre tratar de um aspecto da problemática do serviço público, qual seja a discussão em torno da figura da *autorização*[18], prevista no artigo 21 da Constituição da República.

A definição das atividades que substanciam serviço público insere-se na seara das escolhas políticas fundamentais realizadas, em regra, pelo constituinte e pode circunscrever-se ao atendimento de determinados escopos, tais como: a manutenção e efetivação da soberania nacional; impedir que a busca pelo lucro (inerente à atuação da iniciativa privada) realize-se em detrimento de objetivos e valores constitucionais;

---

18 Sobre essa discussão, consultar: AGUILLAR, Fernando Herren. **Controle social de serviços públicos.** São Paulo: Max Limonad, 1999; ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos.** Rio de Janeiro: Forense, 2007; DI PIETRO, Maria Sylvia. **Parcerias na Administração Pública**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005. GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003. JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria Geral das Concessões de Serviços Públicos.** São Paulo: Dialética, 2003. MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Direito das Telecomunicações e ANATEL. In: **Direito Administrativo Econômico.** Coord. Carlos Ari Sundfeld. São Paulo: Malheiros, 2002; MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo.** 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004; PORTO NETO, Benedicto. **Concessão de serviço público no regime da Lei n. 8987/95: conceitos e princípios**. São Paulo: Malheiros, 1998.

Rua Ivo Leão, 693 – Centro Cívico – Curitiba PR – CEP. 80030 180
Fone 41 3352 2866 e Fax 41 3352 3268
www.cleveadvogados.com.br

TRIBUNAL FEDERAL 1194

"retirar da especulação privada setores delicados; propiciar o benefício do serviço aos menos favorecidos; suprir carência da iniciativa privada; favorecer o progresso técnico"[19]; "ordenar o aproveitamento de recursos finitos (como os hidrelétricos); controlar a utilização de materiais perigosos (como os potenciais nucleares); favorecer o rápido desenvolvimento nacional; realizar a justiça social; manter a unidade do país e assim por diante"[20]; "realizar certos valores fundamentais assumidos pela Nação";[21] ser indispensável "à consecução da coesão social".[22]

04. O artigo 21, da Constituição Federal, integra, como se sabe, o Capítulo que trata dos bens e das competências legislativas e materiais da União e que contempla uma gama variada de atividades cometidas a esse ente federativo, sem haver referência expressa a elas como sendo *serviço público* e demonstrando a hibridez das matérias nele tratadas, na medida em que há previsão do exercício: de poder de polícia (v.g.: inciso XXIV - "executar a inspeção do trabalho"; de competências legislativas (v.g.: inciso XX - "instituir diretrizes para o

---

[19] MEDAUAR, Odete, **Direito administrativo moderno**. 5ª ed., São Paulo, Ed. RT, 2001. p. 369
[20] SUNDFELD, Carlos Ari, **Fundamentos do direito público**. 4ª ed. 3ª tir., São Paulo, Malheiros Editores, 2002. p. 83
[21] JUSTEN FILHO, Marçal. op.cit., p. 41 e ss.
[22] GRAU, Eros Roberto. op.cit., p. 113 e ss.

Rua Ivo Leão, 693 – Centro Cívico – Curitiba PR – CEP. 80030 180
Fone 41 3352 2866 e Fax 41 3352 3268
www.cleveadvogados.com.br

1195

desenvolvimento urbano"), de serviços *uti universi* (v.g.: inciso XV - "manter os serviços oficiais de estatística, geografia, geologia e cartografia de âmbito nacional") e de atividades que provêm necessidades coletivas (v.g.: inciso XVIII - "promover a defesa permanente contra as calamidades públicas").

De outra parte, no Capítulo da Constituição (artigo 170 e seguintes) que cuida dos princípios gerais da atividade econômica, denota-se o enquadramento dos serviços públicos como atividade econômica *lato sensu* e, outrossim, encontra-se o único dispositivo constitucional que disciplina os serviços públicos de forma genérica (irradiando efeitos ao todo da Carta), ou seja, a regra que se extrai do artigo 175 e que prevê: *incumbir ao Poder Público a prestação dos serviços públicos, a qual pode realizar-se diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre mediante licitação.*

A propósito do disposto no artigo 175 e nos demais dispositivos desse Capítulo da Constituição (art. 170 e ss), é oportuno dizer que se trata de normas constitucionais que contemplam o jaez compromissório da Constituição à medida em

Rua Ivo Leão, 693 – Centro Cívico – Curitiba PR – CEP. 80030 180
Fone 41 3352 2866 e Fax 41 3352 3268
www.cleveadvogados.com.br

196

que almejam conciliar os interesses públicos e privados e que integram, por conseguinte, o cerne da Constituição.

Com efeito, na hipótese de o Estado decidir delegar a prestação (não a titularidade) do serviço público à iniciativa privada, deverá fazê-lo sempre mediante licitação, seja para efeito de concessão, seja para a permissão. Aliás, mencione-se, por oportuno, que, mesmo antes da Constituição de 1988, em 1979, o Excelso Pretório, ao apreciar os autos de Recurso Extraordinário 89217-6, - que diziam respeito à discussão relativa a hotel do Estado de Santa Catarina que se encontrava arrendado à iniciativa privada -, vinculou serviço público e concessão, constando no v. acórdão a seguinte assertiva: "*não deve ser considerado serviço público aquele que outro particular pode prestar independentemente de concessão*".

05. O artigo 21, da Constituição Federal, em seus incisos XI e XII, estabelece, além da concessão e permissão, o instituto da autorização para a exploração de certas atividades pela iniciativa privada, dando azo à indagação quanto a ser ou não serviço público a atividade que é objeto de autorização ao particular. Trata-se de questionamento pertinente e relevante

Rua Ivo Leão, 693 – Centro Cívico – Curitiba PR – CEP. 80030 180
Fone 41 3352 2866 e Fax 41 3352 3268
www.cleveadvogados.com.br

TRIBUNAL FEDERAL 167

mercê da diferença quanto ao regime jurídico (regras, direitos, deveres, ônus, restrições, princípios etc.) que será aplicado à atividade.

Vale dizer, sem embargo de os serviços públicos também possuírem dimensão econômica por estarem relacionados com bens escassos, eles, ao contrário das atividades econômicas *stricto sensu*, estão ligados mais estreitamente aos fundamentos, princípios e objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, cingindo-se a critérios diferentes quanto à oportunidade e conveniência de serem prestados em determinadas condições, sob prerrogativas e sujeições especiais, bem como atinem ao espaço público e supõem que a atividade, qualificada como serviço público, foi excluída das regras de mercado, vez que não pode ser afetada e condicionada por tais forças, pelo valor de troca segundo a lógica mercantil simples.

06. Quanto à aludida indagação, mister se faz não somente erigir, desde logo, premissa essencial referente à impossibilidade de adoção de interpretação literal do disposto no artigo 21 da Constituição Federal, mas também não olvidar que esse dispositivo não tem o objetivo de tratar genericamente do

Rua Ivo Leão, 693 – Centro Cívico – Curitiba PR – CEP. 80030 180
Fone 41 3352 2866 e Fax 41 3352 3268
www.cleveadvogados.com.br

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL 1198

serviço público, mas sim de realizar *distribuição de competência entre os entes federados*, como, aliás, obtemperou o Ministro Nelson Jobim no julgamento do Recurso Extraordinário de autos nº. 220.999-7.

Em decorrência dessas duas premissas, já se poderia concluir que o art. 21, incisos XI e XII, não contempla apenas serviços públicos, isto é, as atividades nele mencionadas não são todas redutíveis a essa condição.

07. Entretanto, a par disso, saliente-se que a figura da *autorização* não compadece com a existência de um serviço público, vulnera o previsto no artigo 175 da Constituição, e apenas é cogitada, *ex vi* do parágrafo único do artigo 170, para certas atividades econômicas *stricto sensu*, cuja natureza e importância exigem fiscalização mais ampla e intensa do Estado.

Por isso, as atividades estratificadas nos diversos incisos do art. 21 da CF/88 poderão ou não ser qualificadas como serviços públicos de acordo com as circunstâncias e segundo a estruturação que se verificar como necessária, sendo certo que o critério essencial para essa definição reside na correlação entre a

Rua Ivo Leão, 693 – Centro Cívico – Curitiba PR – CEP. 80030 180
Fone 41 3352 2866 e Fax 41 3352 3268
www.cleveadvogados.com.br

TRIBUNAL FEDERAL 1189

atividade desempenhada e a satisfação de necessidades direta e imediatamente relacionadas com a dignidade da pessoa humana e com finalidades políticas essenciais (v.g.: objetivos fundamentais da República).

Inclusive porque as autorizações cingem-se à possibilidade de exercício de atividades no próprio interesse do particular; ao revés, na permissão e concessão, o escopo precípuo é o atendimento de necessidades coletivas. Ademais, nessa esteira, os serviços públicos devem ser proporcionados em condições não discriminatórias; logo, na autorização, não se aplicam os princípios inerentes à prestação de serviços públicos, tampouco prerrogativas públicas.

08. Em última análise, as hipóteses contidas nos incisos X, XI e XII, do art. 21, da Constituição, podem conduzir à emergência tanto de serviço público, quanto de atividade econômica *stricto sensu*.

09. Pois bem, conforme se depreende do inciso XII, alínea *f*, do art. 21, a exploração dos portos marítimos, fluviais e lacustres pela iniciativa privada pode ocorrer mediante

Rua Ivo Leão, 693 – Centro Cívico – Curitiba PR – CEP. 80030 180
Fone 41 3352 2866 e Fax 41 3352 3268
www.cleveadvogados.com.br

1200

concessão, *permissão* ou *autorização*. No entanto, interpretando sistematicamente a Carta Fundamental, há que se atentar que o artigo 175 prevê que *os serviços públicos serão prestados diretamente ou por meio de concessão e permissão, sempre precedidas de licitação*. Portanto, com o inciso XII, ao admitir que a exploração dos portos realize-se também por meio de autorização, o legislador constituinte implicitamente estabeleceu que parte dos serviços compreendidos na atividade portuária fosse prestada, além do quadro estreito do regime de direito público incidente sobre os serviços públicos, sob o regime aplicável à atividade econômica em sentido estrito para atender interesse próprio do particular que a pleiteia.

Com efeito, a presença no inciso XI, do art. 21 da Constituição, do significante *autorização* encontra explicação a partir da hipótese ora investigada de que a exploração dos portos pode ocorrer mediante a configuração de *serviço público*, ou, ainda, de *atividade econômica* em sentido restrito, a depender das circunstâncias e características concretas.

10. Destarte, tratando-se de regimes jurídicos distintos, insta determinar quando as atividades portuárias

Rua Ivo Leão, 693 – Centro Cívico – Curitiba PR – CEP. 80030 180
Fone 41 3352 2866 e Fax 41 3352 3268
www.cleveadvogados.com.br

1201

consistem em *atividades econômicas em sentido estrito*, sendo, portanto, objeto de mera *autorização* – assim, sujeitando-se à regulação pelo regime privado – ou em *serviço público*, perfazendo-se a *delegação* mediante *concessão ou permissão*. Para tanto, cumpre recorrer à disciplina normativa prevista na Lei n. 8.630/93.

III.D. O Regime Jurídico da Atividade Portuária na Lei n. 8.630/93 e os terminais privativos

01. Visando a implantar uma política de modernização do setor portuário, ensejadora, a um só tempo, de aumento da competitividade dos portos brasileiros com a conseqüente elevação da produtividade e eficiência e de adaptação destes à globalização da economia mundial, bem como coadunada com o propósito de viabilizar a construção de novos berços e terminais marítimos de transporte, a Lei n. 8.630 (de 25.02.1993) promoveu alterações no regramento aplicável à exploração de instalações portuárias por meio do instituto do arrendamento, criando ainda a figura dos terminais privativos de uso misto e o Conselho de Autoridade Portuária – CAP, com a conseqüente

Rua Ivo Leão, 693 – Centro Cívico – Curitiba PR – CEP. 80030 180
Fone 41 3352 2866 e Fax 41 3352 3268
www.cleveadvogados.com.br

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL 1202

racionalização do ambiente de trabalho portuário por meio da criação do Órgão Gestor de Mão-de-Obra (OGMO).

Deveras, o conjunto de medidas insere-se dentro de escopo maior, qual seja proporcionar o desenvolvimento econômico e dinamizar a economia, como forma de viabilizar aumento de riqueza, geração de empregos, estabilidade social, incremento da arrecadação tributária e aumento da segurança dos cidadãos. Em suma, pretendendo estabelecer um círculo virtuoso de beneficiamento estatal e social.

02. Na definição legal contida no inciso I, do § 1°, do artigo 1°, *porto organizado* é "o construído e aparelhado para atender às necessidades da navegação, da movimentação de passageiros ou da movimentação e armazenagem de mercadorias, concedido ou explorado pela União, cujo tráfego e operações portuárias estejam sob a jurisdição de uma autoridade portuária".

Não bastasse isso, a noção da *área* do porto organizado é fundamental no contexto da Lei n. 8.630/93[23],

23 O conceito é definido pelo inciso IV do artigo 1° da Lei n. 8.630/93: "Área do Porto Organizado: a compreendida pelas instalações portuárias, quais sejam,

Rua Ivo Leão, 693 – Centro Cívico – Curitiba PR – CEP. 80030 180
Fone 41 3352 2866 e Fax 41 3352 3268
www.cleveadvogados.com.br

1203

também por delimitar o âmbito em que se exercem as funções e a autoridade da Administração Portuária, vez que o seu art. 33, § 1°, expressamente prevê que tais atribuições se exercem "dentro dos limites da área do porto", de sorte que *(i)* apenas se sujeitam aos ditames da Lei n° 8.630/93, *ex vi* do artigo 2°, a prestação de serviços por operadores portuários e a construção, conservação, reforma, ampliação, melhoramento e exploração de instalações portuárias "dentro dos limites da Área do Porto Organizado"; *(ii)* a Administração do Porto só tem poderes para fixar e arrecadar tarifas dentro da Área do Porto Organizado (inciso IV do art. 33); *(iii)* somente se credencia como Operador Portuário a pessoa jurídica pré-qualificada para execução de operação portuária "na Área do Porto Organizado" (inciso III do § 1° do art. 4°). Evidentemente, a "área do porto organizado" abrange apenas as instalações portuárias e a infra-estrutura de acesso e proteção do porto, de sorte a não abarcar as encostas e margens dos leitos navegáveis.

03. No presente estudo, importa providenciar explanação sobre as formas de exploração das instalações

---

ancoradouros, docas, cais, pontes e *piers* de atracação e acostagem, terrenos, armazéns, edificações e vias de circulação interna, bem como pela infra-estrutura de proteção e acesso aquaviário ao porto tais como guias-correntes, quebramares, eclusas, canais, bacias de evolução e áreas de fundeio que devam ser mantidas pela Administração do Porto".

Rua Ivo Leão, 693 – Centro Cívico – Curitiba PR – CEP. 80030 180
Fone 41 3352 2866 e Fax 41 3352 3268
www.cleveadvogados.com.br

1209

portuárias, de sorte que não se tratará a respeito das inovações de jaez laboral trazidas pela chamada Lei de Modernização dos Portos, temática essa que, no entanto, vem granjeando atenção nos estudos específicos de direito portuário.

04. Após definir, no seu artigo 1°, inciso V, instalação portuária de uso privativo como sendo "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 destinadas ou provenientes de transporte aquaviário", a Lei n. 8.630/93 estabeleceu, em seu artigo 4°, *caput* e incisos I e II, que o direito à construção, à reforma, à ampliação, à exploração de instalação portuária depende: *(i)* de contrato de arrendamento celebrado com a União no caso de exploração direta ou com sua concessionária, mediante realização de prévia licitação, caso se trate de instalação portuária 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

Rua Ivo Leão, 693 – Centro Cívico – Curitiba PR – CEP. 80030 180
Fone 41 3352 2866 e Fax 41 3352 3268
www.cleveadvogados.com.br

1205

titular do domínio útil do terreno, ainda que situado dentro da área do porto organizado.

05. Outrossim, no § 2°, do artigo 4°, da Lei 8.630/93 arrolam-se duas modalidades de exploração da instalação portuária: *(i)* a de *usó público* e *(ii)* a de *uso privativo*, sendo que esta última subdivide-se em quatro sub-espécies (a) de caráter *exclusivo*, destinada apenas à movimentação de carga própria, (b) a *mista*, que pode movimentar carga própria e complementar e acessoriamente carga de terceiros, (c) de turismo, para movimentação de passageiros, e (d) estação de transbordo de cargas.

Ex vi do disposto no § 3°, do art. 4°, da Lei 8.630/93, os terminais de uso público somente podem ser implantados em *porto organizado* ou na área de instalação portuária pública de pequeno porte, ao passo que os terminais de uso privativo *exclusivo* ou *misto* podem ser instalados dentro de área do porto organizado ou fora dela.

Rua Ivo Leão, 693 – Centro Cívico – Curitiba PR – CEP. 80030 180
Fone 41 3352 2866 e Fax 41 3352 3268
www.cleveadvogados.com.br

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL 1206

De outro lado, quanto aos terminais privativos situados fora da área do "Porto Organizado", a sua construção e operação dependerão de autorização da ANTAQ, que é considerada, pelo artigo 6°, da Lei 8.630/93, *delegação, por ato unilateral, feita pela União a pessoa jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco.* Ademais, nos § 2° e 3° deste artigo, estabelece-se que "os contratos para movimentação de cargas de terceiros reger-se-ão, exclusivamente, pelas normas de direito privado, sem participação ou responsabilidade do poder público", bem como que esses *terminais restarão sujeitos à fiscalização das autoridades aduaneira, marítima, sanitária, de saúde e de polícia marítima.*

06. Pois bem, tratando-se de atividade sujeita ao regime da autorização, convém reiterar que ela não se enquadra na noção de serviço público, bem como, principalmente, que o exercício dela não visa a atender interesse coletivo como sucede nas hipóteses que configuram serviço público, mas tão somente o interesse do particular, que pleiteia a obtenção do ato autorizatório, talante esse que, por sua vez, deve decorrer da

Rua Ivo Leão, 693 – Centro Cívico – Curitiba PR – CEP. 80030 180
Fone 41 3352 2866 e Fax 41 3352 3268
www.cleveadvogados.com.br

TRIBUNAL FEDERAL
207

necessidade de escoamento, transporte de *carga própria* e não de carga de terceiros.

Com efeito, diante da relevância da infra-estrutura portuária para a efetivação dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, verifica-se que a consecução desses escopos realiza-se mediante as atividades portuárias que se enquadram na qualificação de serviço público, notadamente porque, sobre elas, irradiam efeitos os princípios da continuidade, universalidade, isonomia. E, de outro lado, porque, quando se trata de atividades econômicas *stricto sensu,* predominam os princípios inerentes ao regime da iniciativa privada que, por seu turno, podem gerar discriminações, restrições, descontinuidades, afinal o interesse precípuo será o lucro, logo há e haverá, muito provavelmente, a guisa de exemplo, situações em que os terminais privativos de uso misto priorizarão o escoamento de cargas de grandes empresas e grupos em detrimento de clientes menos expressivos, vez que naquelas obterão melhor resultado.

Outrossim, em razão de tal relevância para a efetivação do desenvolvimento e soberania do Estado Brasileiro e

Rua Ivo Leão, 693 – Centro Cívico – Curitiba PR – CEP. 80030 180
Fone 41 3352 2866 e Fax 41 3352 3268
www.cleveadvogados.com.br

1208

mercê do previsto nos artigos 21, XII, *f* e 175 da Constituição Federal, cumpre reiterar que a possibilidade de autorização deve atrelar-se, inexoravelmente, à demonstração de carga própria que, como já asseverado, é o que comprova existir interesse próprio do particular a justificar o pleito autorizatório (ao invés da concessão e permissão que, *ex vi* do art. 175 da Carta Magna, sujeitam-se ao regime licitatório), de sorte que eventual movimentação de carga de terceiro restringir-se-á a mero complemento destinado a preencher eventual ociosidade.

07. A propósito das significativas diferenças entres os terminais de uso privado e os de uso público, assevera Carlos Augusto da Silveira Lobo[24]:

> *"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*

[24] LOBO, Carlos Augusto Silveira. Os Terminais Portuários Privativos na Lei 8.630/93, in **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro. Renovar. abril/ junho de 2000, n. 220, p. 28 e 29.

Rua Ivo Leão, 693 – Centro Cívico – Curitiba PR – CEP. 80030 180
Fone 41 3352 2866 e Fax 41 3352 3268
www.cleveadvogados.com.br

1209

> *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 à fiscalização pelo poder concedente."*

Em relação às cargas de terceiros, passíveis de ser movimentadas pelos terminais privativos misto, há dois entendimentos: (i) cargas de outrem, desde que da mesma natureza daquela produzida pelo titular do terminal privativo (aparentemente o espírito da abertura dada pela lei); (ii) qualquer carga, de qualquer natureza. A prevalência da segunda hipótese significaria, segundo Carla Gilbertoni, que os terminais privativos podem ser vistos como um arrendamento sem todos aqueles condicionantes ou restrições.[25]

08. Como se vê, a distinção dessas modalidades de instalação portuária e de exploração da atividade portuária – e, por conseguinte, o diferente regime jurídico aplicável - está adstrita à caracterização ou não da atividade como serviço público e pode ensejar situação de desigualdade significativa entre os terminais

[25] GILBERTONI, Carla Adriana C., "A lei de modernização dos portos". Disponível em < www.infojus.com.br/area5/carlaadriana.htm>, acesso em 11.3.2000. p. 7

Rua Ivo Leão, 693 – Centro Cívico – Curitiba PR – CEP. 80030 180
Fone 41 3352 2866 e Fax 41 3352 3268
www.cleveadvogados.com.br

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL 1240

públicos e privativos mistos e, por conseguinte, a ocorrência de concorrência desleal, caso não haja o efetivo e perene controle estatal da demonstração, pelo interessado na autorização e posteriormente, se ela for outorgada, pelo autorizado, da real existência de carga própria em quantia suficiente a viabilizar economicamente a infra-estrutura do terminal.

Nesse aspecto, não se olvide que o cerne do presente estudo consiste na apreciação da problemática relativa (i) aos terminais privativos de uso misto, (ii) à carga própria justificadora do interesse particular para a obtenção da autorização; (iii) ao caráter excepcional e, por conseguinte, à interpretação restritiva das situações que ensejam a outorga da autorização de terminal privativo misto pela ANTAQ; (iv) ao prejuízo incomensurável que o desvirtuamento do ato autorizatório, isto é, a não observância aos requisitos que condicionam a outorga da autorização, enseja às atividades portuárias que são qualificadas como serviço público e, outrossim, (v) acarreta vulneração dos valores essenciais, dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, em suma, dos preceitos constitucionais

Rua Ivo Leão, 693 – Centro Cívico – Curitiba PR – CEP. 80030.180
Fone 41 3352 2866 e Fax 41 3352 3268
www.cleveadvogados.com.br

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
1211

fundamentais que são efetivados pela realização das atividades que se enquadram no exercício de serviço público portuário.

III.E. NECESSIDADE DE REGULAÇÃO ASSIMÉTRICA

01. Diante do desequilíbrio gerado pela existência dos terminais privativos mistos, a fim de obstar (conduta preventiva) ou eventualmente sanar (conduta repressiva) os efeitos negativos do quadro acima delineado – e também descrito pelo consulente -, incumbe ao Estado promover, nesse seara, regulação de natureza assimétrica.

Com efeito, a assimetria é fundamental e imprescindível para que não ocorram ou permaneçam ocorrendo concorrência desleal e desequilíbrios no sistema portuário em prol dos terminais privativos de uso misto (que realizam atividade econômica *stricto sensu)* e em detrimento dos terminais de uso público (que, reitere-se, são responsáveis pela prestação do serviço público).

Rua Ivo Leão, 693 – Centro Cívico – Curitiba PR – CEP. 80030 180
Fone 41 3352 2866 e Fax 41 3352 3268
www.cleveadvogados.com.br

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL 1212

02. Por meio da assimetria regulatória, são estabelecidas regras, condições específicas com o escopo de viabilizar, mediante oportunidades isonômicas, a existência e convivência equilibrada e harmônica dos dois regimes de prestação dos serviços portuários, quais sejam: regime da atividade econômica *stricto sensu* (mediante autorização) e regime do serviço público.

Marco regulatório esse que não pode dissociar-se da premissa de que os terminais privativos mistos têm, em relação ao de uso público, menos ônus, não se sujeitam ao regime licitatório (art. 175 da CF), não têm compromissos de universalização – o oferecimento do serviço a um preço acessível e razoável a todos que precisam ter acesso a ele e em situações que não sejam economicamente vantajosas -; de modicidade; de não discriminação; da continuidade que são inerentes ao regime do serviço público, uma vez que justamente esse grau de diferença que precisará ser compensado com a assimetria na regulação. Precisará sim ser reequilibrado, porque tal desigualdade de regime jurídico confere aos terminais privativos mistos consideráveis vantagens em relação aos públicos em detrimento dos imprescindíveis e relevantes fins a que se destinam os serviços

Rua Ivo Leão, 693 – Centro Cívico – Curitiba PR – CEP. 80030 180
Fone 41 3352 2866 e Fax 41 3352 3268
www.cleveadvogados.com.br

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL 213

públicos portuários, fins esses que, por sua vez, que correspondem àqueles motivos que permeiam a atribuição a determinadas atividades da natureza de serviço público.

Pois bem, os valores essenciais e objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, que se encontram plasmados na Carta Magna, são observados e efetivados, de modo forte, quando se realizam os serviços públicos portuários, eis que, na consecução de atividades econômicas *stricto sensu*, os interesses almejados dizem respeito antes à atividade lucrativa do particular (autorizado), ou seja, à satisfação dos interesses deste e não da coletividade. De tal sorte, faz-se mister que a regulação assimétrica não permita que a atividade portuária autorizada obste, dificulte, esvazie a prestação dos serviços públicos portuários ou que seja exercida em detrimento deles ou que com eles concorra de forma desleal, destrutiva.

03. Em relação a essa necessidade de assimetria regulatória, o papel da ANTAQ é dotado de extrema relevância e converge, diretamente, com princípios e diretrizes gerais para o gerenciamento e operação da infra-estrutura de transporte, que se extraem da Lei que a criou (Lei 10.233/01), tais como: a) *preservar*

Rua Ivo Leão, 693 – Centro Cívico – Curitiba PR – CEP. 80030 180
Fone 41 3352 2866 e Fax 41 3352 3268
www.cleveadvogados.com.br

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL 1214

o interesse nacional e promover o desenvolvimento econômico e social; b) *assegurar a unidade nacional e a integração regional*; c) *aproveitar as vantagens comparativas dos diferentes meios de transporte, promovendo-se sua integração física e a conjugação de suas operações, para a movimentação intermodal mais econômica e segura de pessoas e bens*; d) *dar prioridade aos programas de ação e de investimentos relacionados com os eixos estratégicos de integração nacional, de abastecimento do mercado interno e de exportação*; g) *reprimir fatos e ações que configurem ou possam configurar competição imperfeita ou infrações à ordem econômica.*

Pois bem, com o intento de cumprir os objetivos de sua criação e de estabelecer regulação assimétrica adequada e pertinente para a estabilização do modelo, a ANTAQ, no que concerne à problemática em tela, dissipou eventuais incompreensões sobre as condições que devem ser, obrigatoriamente, atendidas para autorizar a instalação de terminal portuário privativo misto, mediante a edição da Resolução n. 517, de 18 de outubro de 2005, que trata da outorga de autorização para a construção, a exploração e a ampliação de terminal portuário de uso privativo.

Rua Ivo Leão, 693 – Centro Cívico – Curitiba PR – CEP. 80030 180
Fone 41 3352 2866 e Fax 41 3352 3268
www.cleveadvogados.com.br

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL 125

04. Deveras, no inciso IV, do artigo 2º, do Anexo da Resolução 517/2005, prevê-se ser carga própria *aquela que pertença à pessoa jurídica ou à pessoa jurídica que seja sua subsidiária integral ou controlada, ou a pessoa jurídica de que a autorizada seja subsidiária integral ou controlada ou, ainda, que pertença a pessoas jurídicas que integrem grupo de sociedades de que a autorizada seja integrante, como controladora ou controlada, na forma do disposto nos arts. 265 a 268 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976,* e, no § 2º, adverte-se que não se considera, como carga própria, o seu meio de embalagem e de transporte, tais como contêineres e veículos transportadores.

No artigo 5º, por sua vez, são definidos os documentos que deverão instruir o requerimento dirigido à ANTAQ pela interessada na autorização, os quais se dividem em dois grupos:

(i) *inciso I - Habilitação Jurídica e Regularidade Fiscal*[26]*;*

[26] *I - Habilitação Jurídica e Regularidade Fiscal: a) ato constitutivo, estatuto ou contrato social em vigor, devidamente registrado e, no caso de sociedades por ações, acompanhado dos documentos comprobatórios de eleição de seus administradores com mandato em vigor, registrados no órgão competente; b) certidão negativa de falência, de recuperação extrajudicial ou recuperação judicial expedida pelo distribuidor da sede social da pessoa jurídica requerente; c) prova de regularidade com as Fazendas Federal, Estadual e Municipal da sede da pessoa jurídica, quando couber; d) prova de regularidade relativa à Seguridade*

Rua Ivo Leão, 693 – Centro Cívico – Curitiba PR – CEP. 80030 180
Fone 41 3352 2866 e Fax 41 3352 3268
www.cleveadvogados.com.br

1216

(ii) inciso II – Habilitação Técnica: a) apresentação da licença ambiental cabível, emitida pelo órgão federal ou estadual competente; b) parecer da Autoridade Marítima atinente ao ordenamento do espaço aquaviário e à segurança da navegação nas áreas de responsabilidade do terminal a ser solicitado junto à Capitania, Delegacia ou Agência mais próxima; c) declaração da requerente especificando as cargas próprias que serão movimentadas no terminal, com movimentação anual mínima estimada que justifique, por si só, de conformidade com estudo técnico especializado, a sua implantação, e, com relação às cargas de terceiros, se houver, a natureza destas; d) memorial descritivo das instalações do terminal, contendo: 1. situação geográfica: se porto marítimo, a indicação da

---

Social e ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço-FGTS, demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais previstos em lei; e) prova de inscrição no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica-CNPJ, do Ministério da Fazenda-CNPJ/MF; f) Certidão de Propriedade do terreno, expedida pelo Registro de Imóveis, Certidão de Inscrição de Ocupação ou Certidão de Aforamento do terreno, expedidas pela Secretaria do Patrimônio da União-SPU, nestes casos, acompanhadas do último comprovante de recolhimento da taxa de ocupação ou do foro, datadas de até trinta dias anteriores à data do requerimento, ou ainda instrumento legal que assegure o direito de uso e fruição do terreno pela interessada com a finalidade de implantação e exploração do terminal privativo e em prazo compatível com o projeto proposto; g) Certidão da Dívida Ativa da União; h) manifestação do poder público municipal sobre a exploração ou a construção e exploração do terminal; i) declaração da interessada comprometendo-se a satisfazer todas as exigências para o alfandegamento do terminal, conforme disposto no § 1° do art. 1° da Portaria Interministerial n° 166, de 31 de maio de 1995, dos Ministérios da Fazenda e dos Transportes; j) Certidão de Breve Relato, emitida pela Junta Comercial do Estado onde se situa a sede da requerente;

Rua Ivo Leão, 693 – Centro Cívico – Curitiba PR – CEP. 80030 180
Fone 41 3352 2866 e Fax 41 3352 3268
www.cleveadvogados.com.br

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL 1217

localização do terminal por coordenadas geográficas; se porto fluvial ou lacustre, a indicação da localização do terminal por coordenadas geográficas e o nome e margem do rio ou lago onde o terminal se localiza; 2. acessos ao terminal: descrição dos acessos rodoviários, ferroviários, hidroviários e dutoviários; 3. descrição geral do terminal, identificando instalações, áreas, edificações e pátios, com as respectivas destinações e capacidades; 4. planta de situação do terminal, em escala 1:2.000, contendo o nome, nº do CREA e assinatura do engenheiro responsável; 5. especificação da embarcação-tipo de projeto, informando comprimento, largura, calado e capacidade de carga em TPB; e) cronograma físico-financeiro para a implantação do terminal; f) certificação do Corpo de Bombeiros local quanto à segurança das instalações; g) descrição dos equipamentos de carga e descarga do terminal, com a especificação suas capacidades; h) planta geral de localização do terminal, em escala 1:10.000, com nome, nº do CREA e assinatura do engenheiro responsável."

05. Demais disso, nos incisos do artigo 12, do anexo da Resolução 517/2001, são prescritas as obrigações da autorizada: *I - fixar e manter em local visível placa alusiva ao*

Rua Ivo Leão, 693 – Centro Cívico – Curitiba PR – CEP. 80030 180
Fone 41 3352 2866 e Fax 41 3352 3268
www.cleveadvogados.com.br

SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL 1218

terminal conforme regulamentação baixada pela ANTAQ; II - enviar à ANTAQ, trimestralmente, relatório firmado pelo representante legal da autorizada, informando o estágio de evolução da construção ou da ampliação do terminal e o andamento da execução financeira; III - informar à ANTAQ, no prazo de até trinta dias após a ocorrência do fato, qualquer atraso ou interrupção ocorrida nas obras de implantação ou ampliação do terminal, e bem assim na prestação do serviço autorizado; IV - informar, em até trinta dias após a ocorrência do fato, mudança de endereços, substituição de administradores, alterações de controle societário e alterações patrimoniais relevantes; V - encaminhar, com periodicidade trimestral, as informações referentes à movimentação mensal ocorrida no terminal.

A propósito do caso em tela, cumpre destacar, dentre os dispositivos acima transcritos, que incumbe ao interessado apresentar declaração especificando as cargas próprias que serão movimentadas no terminal, com movimentação anual mínima estimada que justifique, por si só, de conformidade com estudo técnico especializado, a sua implantação, e, com relação às cargas de terceiros, se houver, a natureza destas (artigo 5, II; *c*); bem como, à autorizada encaminhar, com periodicidade trimestral,

Rua Ivo Leão, 693 – Centro Cívico – Curitiba PR – CEP. 80030 180
Fone 41 3352 2866 e Fax 41 3352 3268
www.cleveadvogados.com.br

TRIBUNAL FEDERAL
1293

as informações referentes à movimentação mensal ocorrida no terminal (artigo 12, V), provavelmente para viabilizar aferição do efetivo predomínio da movimentação de cargas próprias.

06. Deste modo, a regulação assimétrica, levada a cabo pela ANTAG, por meio da Resolução 517/2001, reside em cingir a possibilidade de terminal portuário privativo (misto ou exclusivo) à efetiva existência de cargas próprias a justificar, em termos de estudo técnico especializado, a sua implantação e a respectiva viabilidade econômica.

Afinal, conforme anteriormente asseverado, o interesse próprio do particular que arrima o requerimento de autorização consiste, justamente, na necessidade de escoar, movimentar carga própria. Logo, se ela não existir ou for em quantia não suficiente a demonstrar a necessidade/viabilidade de implantação do terminal, não pode o interessado beneficiar-se de regime mais brando e singelo, isto é, é situação que não se enquadra nas hipóteses de autorização e em que se exige a integral observância do artigo 175 da Constituição Federal (*prévia licitação*). Admitir o contrário implica aceitar que esse regime seja desvirtuado e ainda perpetuar a possibilidade de fraude, de

Rua Ivo Leão, 693 – Centro Cívico – Curitiba PR – CEP. 80030 180
Fone 41 3352 2866 e Fax 41 3352 3268
www.cleveadvogados.com.br

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
1220

simulação, por parte do interessado, com o intuito de lograr evadir-se do regime do serviço público.

Para não haver dúvidas do jaez mais brando e com menos ônus da autorização, existentes por não se tratar de atividades que signifiquem serviço público, é salutar a transcrição de suas características previstas no artigo 43, da Lei 10233/2001: *independe de licitação, é exercida em liberdade de preços dos serviços, tarifas e fretes, e em ambiente de livre e aberta competição, inexistência de prazo de vigência ou termo final, extinguindo-se pela sua plena eficácia, por renúncia, anulação ou cassação.*

07. Assevere-se, ainda, que o tratamento conferido pela Resolução 517/2001 aos terminais privativos desde sempre esteve presente, isto é, desde 1966 (Decreto-lei 05/66) consagrou-se a vinculação estreita da possibilidade da implantação deles com a efetiva existência de carga própria, com o atendimento de um interesse do próprio particular, por isso, inclusive, a não exigência de licitação e a submissão ao exercício do poder de polícia.

08. Vale dizer, na medida em que a ANTAQ estabeleceu regulação assimétrica nos termos acima, para impedir

Rua Ivo Leão, 693 – Centro Cívico – Curitiba PR – CEP. 80030 180
Fone 41 3352 2866 e Fax 41 3352 3268
www.cleveadvogados.com.br

1221

o desvirtuamento da razão de ser da autorização do terminal privativo misto (movimentação de carga própria e, excepcionalmente, a carga de terceiro como mero complemento para otimizar capacidade ociosa) e, assim, desequilíbrio considerável no sistema portuário, a agência está, em última análise, efetivando os princípios e diretrizes estabelecidos na Lei que a criou (Lei 10.233/2001).

Ora, reitere-se, se o objetivo, no pleito de autorização de terminal privativo misto, não fosse o de movimentar carga própria (e, sim carga de terceiro), o interessado deveria formular requerimento visando à instauração do procedimento próprio às formas de delegação de serviço público (art. 175 da CF). De tal sorte, não se pode tergiversar sobre a possibilidade de a autorização ser utilizada com o intuito de burlar as regras (inclusive constitucionais) próprias dos serviços públicos que são mais severas que aquelas que regem a autorização, portanto a possibilidade de movimentar carga de terceiro deve ser tida como situação excepcional e dependente da existência de carga própria que se destina, tão somente, a ser complemento na movimentação com o objetivo de otimizar capacidade instalada ociosa (eficiência econômica).

Rua Ivo Leão, 693 – Centro Cívico – Curitiba PR – CEP. 80030 180
Fone 41 3352 2866 e Fax 41 3352 3268
www.cleveadvogados.com.br

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
1222

09. O argumento da obtenção de eficiência econômica (utilização de capacidade instalada) mediante a movimentação de carga de terceiro não tem o condão de (tampouco pode pretender) elidir a estrutura normativa que promove a regulação da atividade portuária, isto é, não pode legitimar o desrespeito ao ordenamento jurídico.

Igualmente não logra êxito a assertiva de que, por meio dessa utilização da capacidade ociosa, estar-se-ia instaurando concorrência[27] entre o terminal privativo e os terminais públicos, uma vez que preconizar a possibilidade de concorrência desleal e destrutiva e o estabelecimento de competição entre agentes que não se encontram em situações de iguais oportunidades e em detrimento dos serviços públicos portuários não compadece com a ordem econômica constitucional, bem pelo contrário é conduta ilegítima que desequilibra toda a infra-estrutura portuária e que, em última análise, não merece outra sorte senão integral rejeição.

---

[27] Ao tratar da concorrência no sistema da infra-estrutura portuária, Dinorá Grotti e Suriman Nogueira destacam a dificuldade (e até a impossibilidade) de se cogitar a viabilidade do regime concorrencial interportos, de modo que se restringem a analisá-la intraporto. (GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 330 e SOUZA JÚNIOR, Suriman Nogueira. **Regulação Portuária – A regulação jurídica dos serviços públicos de infra-estrutura portuária no Brasil**. São Paulo: Editora Saraiva. 2008. p. 32, 188-189.)

Rua Ivo Leão, 693 – Centro Cívico – Curitiba PR – CEP. 80030 180
Fone 41 3352 2866 e Fax 41 3352 3268
www.cleveadvogados.com.br

TRIBUNAL FEDERAL 1223

10. Demonstrados os motivos que esteiam a regulação assimétrica levada a cabo pela Resolução 517 e a sua integral consonância com os objetivos fundamentais da República que são efetivados mediante o exercício de serviços públicos portuários, e não de atividades econômicas *stricto sensu,* pode-se concluir, desde logo, que a sua revogação expressa ou, *a fortiori,* a sua revogação implícita mediante a sua não aplicação integral nas atividades exercidas pela própria agência (ANTAQ) enseja sim vulneração a preceitos constitucionais fundamentais, notadamente aqueles relativos não somente à consagração do desenvolvimento e soberania nacionais, mas também os que tratam do regime do serviço público e da competência material da União (artigos 175 e artigo 21 da CF).

Com efeito, condicionar a possibilidade de terminais privativos mistos à efetiva existência de carga própria que justifique a necessidade/viabilidade é conduta necessária e imprescindível da ANTAQ, substanciando verdadeiro imperativo para preservar incólumes os serviços públicos portuários e, por conseguinte, os objetivos fundamentais da República que notadamente são efetivados, reitere-se, pelos serviços públicos.

Rua Ivo Leão, 693 – Centro Cívico – Curitiba PR – CEP. 80030 180
Fone 41 3352 2866 e Fax 41 3352 3268
www.cleveadvogados.com.br

1224

11. Destarte, retroceder nesse particular, mediante a revogação expressa ou implícita do contido na Resolução 517/2001, significaria, lamentavelmente, institucionalizar seja a possibilidade de burla ao sistema jurídico, seja a concorrência desleal (decorrente da inequívoca ausência de igualdade de oportunidades entre os terminais públicos e os terminais privados), seja a não efetivação de preceitos constitucionais fundamentais.

IV. Ameaça ou violação a preceito fundamental

01. A Lei nº 9.882, de 03 de dezembro de 1999, que regulamentou o art. 102, § 1º da Constituição Federal, dispõe sobre a Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental perante o Supremo Tribunal Federal. *In verbis*:

> "Art. 1º. A argüição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.

Rua Ivo Leão, 693 – Centro Cívico – Curitiba PR – CEP. 80030 180
Fone 41 3352 2866 e Fax 41 3352 3268
www.cleveadvogados.com.br

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
1225

> Parágrafo único. Caberá também argüição de descumprimento de preceito fundamental:
> I - quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição;
> II - *(vetado)*
> [...]
> Art. 4º *Omissis*
> § 1º Não será admitida argüição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade."

02. Depreende-se do texto legislativo a existência de três requisitos para a argüição de descumprimento de preceito fundamental: (i) ameaça ou violação a preceito fundamental, (ii) causada por ato do Poder Público, (iii) quando não houver outro meio eficaz de tutela. Em que pese a controvérsia em torno da aplicação do inciso I do parágrafo único do art. 1º da supra mencionada lei, vislumbra-se aí um quarto elemento a demandar manifestação: (iv) relevância do fundamento da controvérsia constitucional sobre lei federal, ou ato normativo federal, inclusive anterior à Constituição. Embora expressos, tais requisitos não são claros em seu alcance, ensejando certa dose de cautela do intérprete.

Rua Ivo Leão, 693 – Centro Cívico – Curitiba PR – CEP. 80030 180
Fone 41 3352 2866 e Fax 41 3352 3268
www.cleveadvogados.com.br

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL 1226

Uma vez enumerados os requisitos de admissibilidade da argüição de descumprimento de preceito fundamental, insta analisar, em cotejo com a situação aventada no caso em tela, o primeiro deles, qual seja: ameaça ou violação a preceito fundamental.[28]

03. A primeira questão que emerge a propósito da configuração da ameaça ou da violação a preceito fundamental envolve o conceito de *preceito fundamental*. Duvidosos à época da promulgação da Constituição, conceito e alcance da expressão, reafirmados com a edição da Lei nº 9.882/99, são hoje passíveis de concordância na doutrina e na jurisprudência.

04. Uma interpretação sistemática do Texto Constitucional oferece preciosos elementos para a determinação do que é preceito fundamental. Primeiramente, tem-se que pode ser tanto uma regra quanto um princípio, eis que a Constituição apresenta-se como um sistema aberto composto por ambas as espécies normativas. Não é qualquer regra ou princípio, mas tão somente aquele fundamental, ou seja, essencial, basilar ao Estado Democrático de Direito, que aponta para a identidade da

[28] A apreciação dos demais requisitos ultrapassa o objeto do presente parecer, por isso não será realizada.

Rua Ivo Leão, 693 – Centro Cívico – Curitiba PR – CEP. 80030 180
Fone 41 3352 2866 e Fax 41.3352 3268
www.cleveadvogados.com.br

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL 1227

Constituição. Encontram-se aí os princípios fundamentais da República (artigos 1° a 4°, da Constituição), os princípios sensíveis (art. 34, inc. VII, da Constituição), as cláusulas pétreas (art. 60, § 4°, da Constituição) e os direitos e garantias fundamentais (Título II da Constituição), entre outros.

Trata-se, então, de um rol *exemplificativo* e, afirme-se, *mínimo,* pois se a tais preceitos não pode ser negada a condição de fundamentais, outros, todavia, poderão ser descobertos pela comunidade aberta dos intérpretes da Constituição, para utilizar expressão consagrada de Peter Häberle.

05. Ora, limitando-se, o Constituinte de 1988, a enunciar a locução *preceito fundamental,* acabou, por um lado, dificultando a aplicação da garantia constitucional até sua regulamentação e, por outro, privilegiando a dimensão democrática da jurisdição constitucional.

O Supremo Tribunal Federal, enquanto órgão jurisdicional máximo de proteção da Constituição, desenvolve papel ímpar na construção do conceito de preceito fundamental.

Rua Ivo Leão, 693 – Centro Cívico – Curitiba PR – CEP. 80030 180
Fone 41 3352 2866 e Fax 41 3352 3268
www.cleveadvogados.com.br

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
1228

É claro que o debate em si comporta a defesa de todos os pontos de vista; porém, ao Supremo Tribunal Federal, àquele que vai dar a última palavra no contencioso judicial, cumpre referendar o pluralismo inerente ao Estado Democrático de Direito. Por mais difícil que a tarefa possa se apresentar, é preciso considerar que a observância e efetivação dos valores essenciais e dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil não pode restar prejudicada ou obstada em decorrência de mudanças interpretativas de entes reguladores permeadas e, *a fortiori,* por questões econômicas que não encontram guarida na ordem jurídica.

06. Um espaço que se pretenda democrático, não obstante, a legitimidade dos atos públicos, incluídos aí os normativos, administrativos e jurisdicionais, haverá de guardar consonância com o debate público, responsável pela atualização de significado dos comandos estatais. Na era tecnológica, em razão da velocidade com que as relações sociais se transformam, nem é preciso que a época da edição da *lei* seja tão distante para que o intento original que a moveu, acaso aferível, possa se apresentar, eventualmente, como exigente de compreensão atualizadora.

Rua Ivo Leão, 693 – Centro Cívico – Curitiba PR – CEP. 80030 180
Fone 41 3352 2866 e Fax 41 3352 3268
www.cleveadvogados.com.br

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL 1229

A ameaça ou violação de preceito fundamental nem sempre será patente, haja vista o intercâmbio valorativo que permeia as normas protetoras de tais direitos. Ora, sendo certo que os seus contornos dificilmente são aferíveis em abstrato, é preciso fazer uso de métodos hermenêuticos arrojados para se identificar tanto o preceito quanto o ato ofensivo. Nesse intuito cunharam-se os *princípios da interpretação constitucional*, dentre os quais se ressalta o *princípio da unidade da Constituição*, o *princípio da força normativa da Constituição* e o *princípio da concordância prática.*

07. Importa ao intérprete resguardar a unidade da Constituição e proteger sua supremacia no ordenamento jurídico. À jurisdição constitucional cabe inegavelmente o papel de instância adequada para a garantia da coerência que os atos do poder público devem guardar com o corpo da Constituição, no qual se encontram os preceitos fundamentais.

08. Pois bem, no caso em apreço, a possibilidade, conforme descrito na consulta, de a ANTAQ eliminar o requisito *da carga própria para a autorização de terminais privativos de uso misto* (que realizam atividade econômica *stricto sensu*), na medida em que afeta consideravelmente (inclusive em termos desleais e

Rua Ivo Leão, 693 – Centro Cívico – Curitiba PR – CEP. 80030 180
Fone 41 3352 2866 e Fax 41 3352 3268
www.cleveadvogados.com.br

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
1230

destrutivos) os serviços públicos portuários, enseja, de acordo com o que foi explanado anteriormente, burla e vulneração a valores essenciais e objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, notadamente o desenvolvimento e soberania nacionais, a competência material da União que lhe foi cometida na repartição constitucional entre os entes da federação e o regime constitucional dos serviços públicos (artigo 175 da CF). Desse modo, incumbe verificar se esses elementos configuram preceitos fundamentais plasmados na Constituição de 1988.

08.1. Muito embora o anteriormente exposto seja suficiente para concluir que, no caso em tela, vislumbra-se existir violação a preceitos fundamentais, uma vez que se cogita de afronta e violação dos preceitos que asseguram a proteção e efetivação do desenvolvimento e soberania nacionais, a competência material da União e o regime dos serviços públicos, outras considerações são oportunas.

08.2. Conforme anteriormente evidenciado, uma das razões que ensejam o enquadramento de determinada atividade econômica *lato sensu* como serviço público é o fato de ela garantir, contribuir, favorecer, viabilizar o desenvolvimento nacional e a soberania do Estado Brasileiro que, como se sabe, são

Rua Ivo Leão, 693 – Centro Cívico – Curitiba PR – CEP. 80030 180
Fone 41 3352 2866 e Fax 41 3352 3268
www.cleveadvogados.com.br

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
1231

contemplados, na Constituição de 1988, esta, inicialmente, como princípio fundamental e aquele como um dos objetivos da República Federativa do Brasil, no inciso III, do artigo 3º da Carta, bem como é, outrossim, mencionado no artigo 21 em seus incisos IX e XX, àrtigo 23, parágrafo único, artigo 43, artigo 48, inciso IV, artigo 151, I, artigo 159, I, c, artigo 174, §1°, artigo 192, ADCT artigo 34, § 10°.

08.3. O desenvolvimento tem como um de seus objetivos a diminuição da exclusão social, oportunidade em que o princípio da redistribuição, inerente aos serviços públicos, surge como instrumento eficaz de distribuição dos ônus econômicos entre a sociedade e o Estado moderno, de forma a possibilitar e garantir ao Estado recursos e mão-de-obra suficiente para implementar políticas institucionais.

A propósito, Eros Roberto Grau esclarece que o desenvolvimento nacional é um dos objetivos da República Federativa do Brasil, que se enquadrada como princípio constitucional impositivo (na versão de Canotilho) ou como diretriz (Dworkin)[29]. Luís Roberto Barroso, por sua vez, configura-o como

[29] GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. op. cit., p. 142 e ss.

Rua Ivo Leão, 693 – Centro Cívico – Curitiba PR – CEP. 80030 180
Fone 41 3352 2866 e Fax 41 3352 3268
www.cleveadvogados.com.br

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL 1232

"princípio-fim", ou seja, aquele que deve ser qualificado como produto final da ordem econômica[30].

08.4. No caso vertente, mais do caracterizá-lo como princípio, cumpre reiterar que o desenvolvimento nacional deve ser compreendido como verdadeiro preceito fundamental, visto que integra "identidade política da Constituição", conforme expõe José Gomes Canotilho[31].

Com efeito, os princípios estruturantes, tais como o desenvolvimento e soberania nacionais, possuem, como característica principal, a designação de um núcleo essencial da Constituição, ao qual se pode adjetivar de preceito fundamental.

08.5. Ao delimitar os denominados "preceitos fundamentais", há uma indicação das idéias basilares, informadoras de todo o ordenamento jurídico e podem adotar formas principiológicas ou mesmo de regramento[32].

---

30 BARROSO, Luís Roberto. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação do Estado no controle de preços. IN: **Revista de Direito Administrativo**. Outubro/Dezembro de 2001, p.196.

31 CANOTILHO, José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª ed.** Coimbra: Almedina, 2003. p. 216.

32 Na Carta de 1988, os preceitos decorrentes dos valores soberania e Estado de Direito estão contidos nos artigos primeiro ao quarto. No primeiro artigo, por exemplo, há a indicação dos princípios da federação, do Estado de Direito e da Democracia. Todos estes deverão influenciar a formação de um determinado

Rua Ivo Leão, 693 – Centro Cívico – Curitiba PR – CEP. 80030 180
Fone 41 3352 2866 e Fax 41 3352.3268
www.cleveadvogados.com.br

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL 1233

08.6. A soberania nacional, por seu turno, está prevista no artigo 1°, da Constituição Federal, como fundamento da República Federativa do Brasil, bem como lhe são feitas referências nos artigos 5°, inciso LXXI, artigos 14, 170, I. Assim como o desenvolvimento econômico, a soberania corresponde a um valor supremo que qualifica a Carta Constitucional, podendo ser, conseqüentemente, denominado preceito fundamental.

A soberania corresponde a um princípio constitucional impositivo. Na palavra de Eros Roberto Grau, deve cumprir dupla função, "como instrumental e como objetivo específico a ser alcançado". Para ele, a soberania econômica nacional *"não supõe o isolamento econômico, mas antes, pelo contrário, a modernização da economia - e da sociedade - e a ruptura de nossa situação de dependência em relação às sociedades desenvolvidas"*[33].

perfil do Estado. O artigo segundo e terceiro, respectivamente, dizem respeito à estrutura de poder e aos objetivos da República. Por fim, há a indicação dos preceitos que deverão ser seguidos pelo Estado Brasileiro em questões internacionais.

[33] GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 12 edição atualizada. SP: Malheiros, 2008, p. 225.

Rua Ivo Leão, 693 – Centro Cívico – Curitiba PR – CEP. 80030 180
Fone 41 3352 2866 e Fax 41 3352 3268
www.cleveadvogados.com.br

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
1234

Como se vê, a soberania substancia atributo essencial do Estado, dotado de duplo sentido: na seara do direito internacional, representa a idéia de igualdade, de não subordinação; ao passo que, internamente, traduz a supremacia da Constituição e da lei, e da superioridade jurídica do Poder Público na sua interpretação e aplicação, sendo que a adoção de reserva do mercado em setor estratégico é manifestação da soberania nacional na ordem econômica[34].

08.7. Nessa seara relativa ao núcleo essencial e à identidade política, cumpre considerar também contempladas as normas constitucionais extraídas seja do artigo 21, XII, *f*, seja do artigo 175 da Carta, uma vez que envolvem preceitos que apontam para a natureza compromissória da Constituição, na medida em que, conforme anteriormente abordado, além de tratar, o primeiro, da repartição constitucional de competências entre os entes da Federação, sendo que ambos conciliam e equilibram as esferas pública e privada, atendendo e observando as razões (tratadas acima) que ensejaram a necessidade de o constituinte enquadrar determinada atividade econômica *lato sensu* como serviço público e assim submetê-la ao regime do serviço público.

---

[34]BARROSO, Luís Roberto. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação do Estado no controle de preços. IN: **Revista de Direito Administrativo**. Outubro/Dezembro de 2001, p.194.

Rua Ivo Leão, 693 – Centro Cívico – Curitiba PR – CEP. 80030 180
Fone 41 3352 2866 e Fax 41 3352 3268
www.cleveadvogados.com.br

1235

09. Portanto, assim como o desenvolvimento nacional e a soberania, a competência material da União prevista no art. 21, XII, *f* e o regime do serviço público (art. 175 da CF) são preceitos fundamentais incorporados ao texto constitucional de 1988. Logo, toda e qualquer ação do Poder Público está condicionada por tais preceitos.

10. No caso em tela, consoante exaustivamente exposto, as atividades portuárias realizadas pelos terminais privativos mistos são objeto de autorização, não substanciam serviços públicos, e sim atividades econômicas *stricto sensu*, encontram-se submetidas a objetivos que se inserem na esfera individual do autorizado; de outra parte, os terminais de uso público realizam atividades que são qualificadas como serviço público e se sujeitam a regime próprio e rígido, estreitamente atrelado aos princípios da universalização[35], continuidade, não discriminação. Portanto, o escopo de assegurar a observância e efetivação do desenvolvimento e soberania nacionais não é

[35] A propósito, mencionem-se: COUTINHO, Diogo Rosenthal. A universalização do serviço público para o desenvolvimento como uma tarefa da regulação. **In: Regulação e Desenvolvimento.** Coord. Calixto Salomão. São Paulo: Malheiros, 2002. FARIA, José Eduardo (org.). **Regulação, Direito e Democracia**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2002. SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da Atividade Econômica**. São Paulo: Malheiros, 2001.

Rua Ivo Leão, 693 – Centro Cívico – Curitiba PR – CEP. 80030 180
Fone 41 3352 2866 e Fax 41 3352 3268
www.clevcadvogados.com.br

1236

atribuído pela Carta Constitucional, precipuamente, ao exercício de atividades econômicas em sentido estrito (terminais privativos de uso misto).

Quando se perfaz ou se admite atuação dos terminais privativos em detrimento (seja para obstar, seja para concorrer em termos desiguais, desleais, seja para destruir) da realização dos serviços públicos portuários, há, por conseguinte, afronta e vulneração daqueles princípios e objetivos fundamentais do Estado brasileiro.

11. No caso vertente, cumpre aceitar que todos os *preceitos* invocados encontram-se na base da identidade política, social e cultural da comunidade, residindo, portanto, no círculo óbvio dos preceitos fundamentais, resultando cabível eventual aforamento de descumprimento.

Rua Ivo Leão, 693 – Centro Cívico – Curitiba PR – CEP. 80030 180
Fone 41 3352 2866 e Fax 41 3352 3268
www.cleveadvogados.com.br

1237

V. Respostas aos quesitos formulados

Diante de todo o exposto, as respostas aos quesitos formulados são as seguintes:

Quesito 1 - *Em face da Constituição Brasileira, as operações portuárias se sujeitam a um tratamento jurídico especial e diferenciado?*

Resposta: Sim; na medida em que as operações portuárias podem, de acordo com os interesses aos quais estão atreladas, ser prestadas como serviços públicos e como atividades econômicas *stricto* sensu, faz-se necessária regulação assimétrica.

Quesito 2 - *É correto afirmar que a atribuição pela Constituição de competência à União para operar (direta ou indiretamente) portos configura-se como instrumento de realização de valores essenciais à Nação e ao Estado Brasileiro?*

Rua Ivo Leão, 693 – Centro Cívico – Curitiba PR – CEP. 80030 180
Fone 41 3352 2866 e Fax 41 3352 3268
www.cleveadvogados.com.br

1238

Resposta: A assertiva está correta, vez que as operações portuárias que substanciam serviços públicos são instrumentos de realização de valores essenciais à Nação e ao Estado Brasileiro.

Quesito 3 - *É correto afirmar que a tutela constitucional à atividade portuária reflete um imperativo de defesa da soberania nacional?*

Resposta: A tutela constitucional às atividades portuárias que se enquadram como serviço público reflete imperativo de defesa da soberania nacional.

Quesito 4 - *A referência constitucional à operação de portos sob regime de autorização significa a liberação do Estado brasileiro para eliminar ou restringir a existência de portos operando sob regime de direito público?*

Resposta: Não, uma vez que o regime de autorização destina-se a atender a interesse próprio do particular (autorizado), ele não pode ensejar qualquer eliminação ou restrição à existência de portos sob regime de direito público.

Rua Ivo Leão, 693 – Centro Cívico – Curitiba PR – CEP. 80030 180
Fone 41 3352 2866 e Fax 41 3352 3268
www.cleveadvogados.com.br

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
1239

Quesito 5 - *A eliminação dos portos públicos, ainda que por meio de providências formais indiretas, produz a violação a preceito constitucional fundamental?*

Resposta: Sim, dá azo à violação a preceitos constitucionais fundamentais, notadamente àqueles que tutelam o desenvolvimento e soberania nacionais, a competência material da União Federal e o regime do serviço público.

S.m.j.

É o parecer.

Curitiba, abril de 2008.

CLÈMERSON MERLIN CLÈVE

Professor Doutor em Direito Constitucional
Titular da UFPr e da UniBrasil
Professor nos Cursos de Mestrado e Doutorado

Rua Ivo Leão, 693 – Centro Cívico – Curitiba PR – CEP. 80030 180
Fone 41 3352 2866 e Fax 41 3352 3268
www.cleveadvogados.com.br