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

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

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
Coordenadoria de
Processamento Inicial
02/04/2008 14:57 44887

ADPF - 139

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS TERMINAIS DE CONTÊINERES DE USO PÚBLICO – ABRATEC, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o nº 05.086.999/0001-57, com sede no Rio de Janeiro – RJ, na Av. Rio Branco, nº 45, GR. 2406/2408, Centro, CEP 20.090-003, por seus advogados (procuração em anexo), comparece respeitosamente perante Vossa Excelência para propor

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL
(com pedido de liminar – art. 5º da Lei 9.882/99)

tendo em vista atos praticados em contrariedade a preceitos fundamentais da Constituição pela ***Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ***, agência reguladora criada pela Lei 10.233/2001, com sede em Brasília – DF, no SEPN, Quadra 514, Conjunto E, Edifício ANTAQ, CEP 70.760-545.

Pede a distribuição do feito por dependência ao Em. Min. GILMAR MENDES, em face da conexão com a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 929-DF, que versa sobre diversos dispositivos da Lei nº 8.630/93 (Lei de Modernização dos Portos). Das fls. 13/18 dos autos da ADIn nº 929-DF (cópia anexa), consta a argüição de inconstitucionalidade do

art. 4º, § 2º, II, "b", da Lei nº 8.630/93 por ofensa aos arts. 21, XII, "f", e 175 da CF/88. Trata-se de fundamento correlato ao da presente ADPF, em que se pretende a definição dos critérios para interpretação e aplicação desse mesmo art. 21, XII, "f", da CF/88, à luz, entre outros, do próprio art. 175 da CF/88.

A possibilidade de distribuição de Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental por dependência a Ação Direta de Inconstitucionalidade já foi reconhecida por esse E. STF. É o que ocorreu, por exemplo, na ADPF nº 125, distribuída por prevenção ao Em. Min. EROS GRAU, relator da ADI nº 3.974, que tratava do mesmo assunto.

Encontram-se adiante os fundamentos e os pedidos desta medida.

I – ***OBJETO DA ARGÜIÇÃO***

1. A Autora é associação de abrangência nacional, constituída em abril de 2002, que congrega a maioria das empresas privadas titulares, no Brasil, de terminais portuários de uso público destinados à movimentação e armazenagem de contêineres.

O art. 4º, parágrafo único, do estatuto da Autora caracteriza os associados como empresas privadas que atuam no âmbito dos portos organizados, na condição de arrendatários de instalações destinadas à prestação de serviços públicos portuários.

2. Todos os associados da Autora obtiveram o direito de explorar instalações portuárias por meio de licitações promovidas após a edição da Lei nº 8.630, de 1993.[1]

Mantêm contratos com as respectivas autoridades portuárias e se sujeitam à regulação da Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ. São efetivamente atuantes no mercado nacional de movimentação e armazenagem de contêineres: exige-se de cada associado que seja responsável por, no mínimo, 15% do total anual de contêineres movimentados no porto organizado em que estiver instalado ou 100.000 unidades (item "g" do § 1º do art. 4º do estatuto).

---

[1] Informações sobre a associação e sobre cada associado estão disponíveis no *website* www.abratec-terminais.org.br.

Com isto, os terminais associados da Autora responderam por cerca de 95% de toda a movimentação de contêineres no Brasil durante o ano de 2007. Desde 1995, quando começaram a entrar em atividade as primeiras concessões outorgadas com base na Lei nº 8.630, de 1993, já investiram mais de US$ 1 bilhão nas instalações portuárias.

Dentre os objetivos institucionais da Autora estão os de "*defender no âmbito nacional os interesses de seus associados, perante as entidades públicas e privadas*" e "*promover a defesa individual ou coletiva, judicial e extrajudicial de seus associados*" (art. 3º, "a" e "e" do estatuto).

Assim, a Autora detém **legitimidade** (art. 103, IX, da CF/88 e art. 2º da Lei nº 9.882) e **pertinência temática** para a propositura desta argüição.

3. Pretende-se neste feito obter a definição, com eficácia *erga omnes* e na forma do art. 10 da Lei nº 9.882, **da interpretação e das condições de aplicação dos seguintes preceitos fundamentais da Constituição (art. 3º, I, da Lei nº 9.882)**, atinentes aos serviços públicos portuários, à exigência de prévia licitação para a delegação de tais serviços e à livre competição neste setor:

a) **art. 21, inc. XII, alínea 'f', da CF/88**, que impõe a existência de prestação de serviços portuários sob regime de direito público (ou seja, como serviços públicos);

b) **arts. 170, *caput* e parágrafo único, 173 e 175 da CF/88**, que exigem, como regra, que a delegação do serviço público ocorra mediante licitação; e

c) **arts. 1º, inc. IV e 170, inc. IV, da CF/88**, que estabelecem a livre iniciativa e a livre concorrência como preceitos fundamentais da ordem econômica e da República Federativa do Brasil.

Trata-se de dispositivos que se coordenam para estabelecer a **obrigatoriedade, a abrangência e a necessidade de preservação da prestação de serviços portuários sob o regime de direito público, delegáveis apenas mediante prévia licitação**.

II – ***ATOS DO PODER PÚBLICO***

4. Nos termos do art. 1º, *caput*, e do art. 3º, II, da Lei nº 9.882, esta medida é ensejada por atos normativos e concretos praticados pela ANTAQ em contrariedade a preceitos fundamentais da Constituição.

II.1 – ***Panorama da regulação portuária***

5. No exercício da competência legislativa e administrativa que lhe é atribuída pelo art. 21, XII, "f", da CF/88, a União editou a Lei nº 8.630, de 1993. A disciplina foi minudenciada e sistematizada pela Lei nº 10.233, de 2001, que criou a ANTAQ como um dos instrumentos para atuação federal no setor portuário.

Dando aplicação à distinção constitucional entre serviço público (art. 175 da CF/88) e atividade econômica em sentido estrito (art. 173 da CF/88), e preservando as determinantes constitucionais atinentes à livre iniciativa e à livre concorrência (arts. 1º, IV, e 170, IV, da CF/88), o art. 4º da Lei nº 8.630 estabeleceu duas modalidades de exploração de instalações portuárias por parte de empresas privadas.

Por um lado, aludiu a *terminais de uso público*, destinados à prestação de serviços públicos portuários, dirigidos aos potenciais usuários em geral e com as garantias de direito público. Por outro lado, previu *terminais de uso privativo*, tipicamente destinados à movimentação e armazenagem de carga própria do titular do terminal.[2]

Essas duas figuras são inconfundíveis. Apenas os terminais públicos destinam-se à prestação dos serviços públicos portuários previstos na CF/88. Os terminais privativos existem para que os grandes usuários possam adotar uma solução própria, legítima, de natureza privada, para movimentações especialmente expressivas de carga própria. Percebe-se que cada um dos institutos refere-se a uma realidade específica e não há assimilação possível entre eles.

Enquanto a exploração dos terminais de uso público é outorgada por meio de *contrato de concessão* (art. 13, I, e art. 14, I, "a", e par. único da Lei nº 10.233), a criação de um terminal de uso privativo é objeto de mera *autorização* (art. 13, V, e art. 14, III, "c", da Lei nº 10.233).

---

[2] O exemplo mais comum é o de uma grande indústria que, em lugar de se valer dos portos públicos para suas operações de comércio exterior, constrói o seu próprio porto privado.

No primeiro caso, há delegação de serviço público. No segundo, há mero exercício de poder de polícia, com o Estado fiscalizando o desempenho de uma atividade privada realizada em benefício do próprio explorador do terminal.

II.2 – ***Os terminais de uso privativo misto***

6. O art. 4º da Lei nº 8.630 fez referência a uma subespécie dos terminais privativos, consistente nos *terminais de uso privativo misto*. Previu que estes poderiam movimentar não só **cargas próprias** (como os de uso privativo exclusivo), mas também **cargas de terceiros**.

Trata-se de figura inexistente na legislação portuária brasileira até então. Destinou-se a suprir uma lacuna na disciplina anterior, pois o uso dos terminais privativos era caracterizado por sazonalidade. Em certas épocas do ano, era comum que tais terminais – normalmente utilizados para produtos agrícolas, como grãos – permanecessem ociosos.

A nova lei permitiu a movimentação de cargas de terceiros nestes períodos. Mas não extinguiu nem diminuiu a relevância dos terminais de uso público como o instrumento primordial da regulação portuária, destinado à prestação dos serviços públicos portuários, tal como assegura a Constituição Federal.

Os atos da ANTAQ que ensejam a presente argüição se relacionam com a **inobservância dos limites constitucionais** para a criação e operação desta subespécie dos terminais de uso privativo, em cotejo com os terminais de uso público.

A controvérsia reside na frustração dos preceitos constitucionais por meio de condutas normativas e materiais da ANTAQ que permitem a instalação de *terminais de uso privativo misto* sem carga própria relevante.

Por essa via, a ANTAQ tem permitido uma inválida e desequilibrada assimilação entre tais terminais privativos e os verdadeiros terminais de uso público.

Esta confusão destrói o regime constitucional de consagração da titularidade e do controle estatais sobre os serviços públicos portuários.

E mais: põe em risco a **soberania nacional**, ao permitir que, ao longo do tempo, os serviços portuários brasileiros passem a ser integralmente controlados por um pequeno grupo de investidores internacionais, submetidos a regime de direito privado e sem qualquer controle estatal brasileiro.

II.3 – ***A criação de terminais privativos legítimos***

7. Segundo dados do Ministério da Fazenda, há hoje no Brasil 98 (noventa e oito) terminais portuários de uso público e 57 (cinqüenta e sete) de uso privativo misto.[3]

A quase totalidade dos terminais de uso privativo misto são legítimos em face da Constituição. São titularizados por empresas que efetivamente promovem ampla movimentação e armazenagem de suas cargas próprias. Há inúmeros exemplos, como as companhias siderúrgicas, mineradoras, produtoras de celulose e a Petrobras.

Os atos do Poder Público (art. 1º, *caput*, da Lei nº 9.882) que inspiram esta argüição são exatamente os que se referem às exceções ilegítimas.

Hoje tais exceções são ainda pouco numerosas (embora economicamente muito expressivas). Mas há um movimento crescente para sua ampliação. Isto levará à **subversão do regime constitucional e à destruição do sistema portuário público brasileiro**.

As exceções ilegítimas correspondem aos casos em que o instrumento do *terminal de uso privativo misto* tem sido desvirtuado para permitir a criação oblíqua, sem prévia licitação nem controles públicos, de modo anti-isonômico e sem base legal, de terminais **materialmente equivalentes** aos de uso público.

II.4 – ***Os terminais privativos legítimos (setor de cargas em granéis)***

8. Destaque-se que há uma grande diferença prática e jurídica entre os terminais portuários que envolvem cargas de granéis sólidos (p. ex., minérios) ou líquidos (p. ex., combustíveis) e os que movimentam cargas em contêineres.

---

[3] Esta informação consta do quadro 7 da p. 15 do parecer de GESNER OLIVEIRA, datado de 24.3.2008 e ora anexado. Há ainda terminais de uso privativo exclusivo, que não são relevantes para este feito.

No caso de cargas em granéis, é muito comum haver terminais de uso privativo misto, constituídos por empresas que detêm carga própria dessa natureza. Por inúmeras razões,[4] há ociosidade nos terminais, que é aproveitada economicamente por meio de cargas de terceiros.

Exatamente por isso, na generalidade dos casos, os terminais que movimentam granéis atendem às determinantes constitucionais acerca da delimitação do campo para as instalações de uso privativo.

Em todos os casos, os terminais de granéis são constituídos por uma empresa ou um consórcio de empresas interessadas na movimentação de sua própria carga. É o caso dos inúmeros terminais de movimentação de fertilizantes, de grãos ou de minérios. Quase sempre, a movimentação de carga de terceiros é muito acessória, já que as diversas empresas produtoras competem entre si.

Desse modo, o que ocorre no setor de granéis é uma boa demonstração da **utilização legítima da previsão legislativa de terminais de uso privativo misto**. Não há desequilíbrios relevantes nesse setor.

A situação desses terminais demonstra bem o sentido que a CF/88 pretende dar para os serviços públicos portuários e para a concorrência legítima entre os terminais públicos (que atendem os usuários em geral) e os terminais privativos (por meio dos quais grandes usuários **saem** do sistema público e criam suas próprias estruturas portuárias).

II.5 – ***Os terminais privativos ilegítimos (operação de contêineres)***

9. Porém, a situação dos terminais que movimentam e armazenam contêineres é absolutamente distinta.

No caso de contêineres, há, por definição, uma incompatibilidade com a idéia de carga própria suficiente para a manutenção de um terminal privativo. A idéia de transporte por contêineres é justamente a de dar uniformidade, no transporte, a cargas de origem pulverizada e de natureza variada.

---

[4] Duas razões comuns para tal ociosidade são a sazonalidade e a circunstância de que, para melhor aproveitamento do investimento, o terminal pode ser feito em dimensões maiores do que as imediatamente necessárias, já se antevendo o crescimento da carga própria no futuro próximo – hipótese em que haveria uma espécie de ociosidade temporária, até que a capacidade do terminal fosse completamente ocupada.

Como se sabe, o contêiner não é uma carga, mas um acessório de equipamento de transporte de carga. A carga é o seu conteúdo. E, na generalidade dos casos, a carga transportada por meio de contêineres pertence a uma infinidade de pessoas. Não existe nenhum exemplo concreto de terminal de uso privativo misto legítimo nesta modalidade de transporte, ao contrário do que ocorre na área de granéis.

10. No setor de granéis, os terminais portuários tendem a ser "verticalizados": integram-se com o setor de produção, de modo que um mesmo grupo econômico atue na produção e na movimentação portuária do bem.

No setor de carga geral, em especial transportada por meio de contêineres, os terminais são "horizontalizados". Atuam apenas na fase de movimentação e armazenagem da carga no porto.

11. Essa natureza do transporte por contêineres implica certa incompatibilidade essencial entre a figura do terminal de uso privativo misto e o fenômeno da conteinerização das cargas, que vem ocorrendo com maior intensidade nos últimos dez anos.

Em 1993, quando editada a Lei nº 8.630/93, grande parte da carga geral brasileira era ainda transportada fora de contêineres, em embalagens menos especializadas, como engradados, *pallets* ou amarrados. Nessa situação, havia sentido em se aludir a um terminal privativo misto para carga geral, não apenas para granéis. Alguém poderia movimentar suas cargas próprias de granéis ou sua própria carga geral e ainda processar, acessoriamente, carga geral de terceiros.

Porém, a especialização dos terminais para a movimentação e armazenagem de contêineres – com sua capacitação para servir navios cada vez maiores, mais largos e mais profundos, por imposição da necessidade de economia de escala no transporte marítimo – significou a sua **dedicação exclusiva à prestação de serviços aos usuários em geral**.

A vocação de um terminal de contêineres é atender a um número indeterminado de usuários (ou seja, de titulares de cargas a serem movimentadas). Destina-se ao atendimento do público. É essencialmente um

instrumento para a prestação de **serviços públicos portuários**, sujeitos ao regime de direito público previsto na CF/88.

E é precisamente esse regime público na prestação de serviços portuários que tem sido frustrado por atos do Poder Público.

II.6 – ***Atos normativos e concretos da ANTAQ***

12 Em outubro de 2005, a ANTAQ editou a Resolução nº 517, que estipula condições para a outorga de autorização para os terminais de uso privativo misto.

A Resolução estabelece condições objetivas para a efetiva configuração do uso privativo misto. Prevê que o interessado na autorização deve comprovar, por meio de estudo técnico, que a carga própria que pretende movimentar no terminal privativo é suficiente para o retorno do investimento. Ou seja, que essa declaração de carga própria a ser movimentada no terminal privativo não é mero pretexto ou promessa insubsistente.

Exige, ainda, que o interessado declare as cargas de terceiros que eventualmente pretende movimentar, e sua natureza, utilizando a capacidade ociosa de suas instalações.

Com este procedimento, busca impedir que os *terminais de uso privativo misto* transformem-se, na realidade, em *terminais de uso público* não sujeitos às obrigações e aos controles do regime público. Pretende confirmar que o efetivo interesse do terminal de uso privativo é a movimentação e armazenagem de sua carga própria. Evita a criação de uma concorrência injusta e desequilibrada entre os delegatários de serviço público e outros agentes, não sujeitos às mesmas obrigações e encargos.

Portanto, em termos normativos infralegais, a ANTAQ dispõe de regulamento adequado, que estabelece critérios precisos de distinção entre os *terminais de uso público* e os *terminais de uso privativo misto*.

Esse regime é precisamente o que deriva dos preceitos constitucionais fundamentais já referidos. Preserva o serviço público portuário e a livre concorrência ao (i) impedir que haja terminais de uso privativo misto que não movimentem predominantemente cargas próprias e ao (ii) evitar que haja competição desenfreada entre os terminais de uso público – que prestam o

serviço público portuário – e os terminais privativos, que apenas exploram atividade econômica.

13. A despeito da perfeição da disciplina normativa da ANTAQ atualmente em vigor, que traduz de modo preciso as determinantes constitucionais, a agência tem praticado atos de natureza concreta e normativa que contrariam os preceitos constitucionais fundamentais atinentes aos serviços públicos portuários e à livre concorrência.[5]

Tais atos da ANTAQ consistem (i) na outorga de autorizações sem a observância dos preceitos constitucionais, (ii) na ausência de fiscalização do cumprimento dos requisitos em relação a terminais já autorizados e (iii) na promoção de processo administrativo destinado à edição de ato normativo que extinguirá a exigência de que os terminais de uso privativo misto movimentem carga própria (equiparando-os a terminais públicos, só que sem deles exigir a submissão a prévia licitação).

14. Em primeiro lugar, a ANTAQ praticou atos destinados a permitir a instalação de terminais de uso privativo misto, sem a exigência de demonstração de carga própria efetiva e real.

O primeiro refere-se ao caso da *Portonave S.A. – Terminais Portuários de Navegantes*, terminal instalado nas proximidades do porto público de Itajaí (SC) e que já está em funcionamento.

A autorização correspondente (de nº 096-ANTAQ, de 13.12.2004) é objeto do processo administrativo ANTAQ nº 50000.006540/1999-24.

Constata-se deste processo que a justificativa da *Portonave* para a obtenção da autorização consistiu em declaração de que realizaria a movimentação de cargas frigorificadas próprias. Atualmente, quase a totalidade do terminal se destina à movimentação e armazenagem de contêineres.

Conforme se extrai dos autos do processo administrativo, a ANTAQ se satisfez com mera declaração de que haveria movimentação de

---

[5] Tais fatos estão demonstrados pelos documentos anexos, consistentes em cópias das principais peças dos processos administrativos correspondentes. Caso o eminente Relator assim o determine, a Autora poderá trazer aos autos cópia integral de cada um desses processos.

alguma – em termos práticos, insignificante – carga própria. Basta ver que a área do terminal destinada a carga frigorificada limita-se a uma fração reduzidíssima do total. O núcleo da atividade do terminal está na movimentação e armazenagem de contêineres em geral, que não guarda vínculo substancial com a carga própria que lhe serviu de pretexto.

E mesmo que haja alguma quantidade de carga própria em contêineres frigorificados, não é suficientemente expressiva para se traduzir na atividade principal ou na justificativa real para a instalação do terminal **de uso privativo** da *Portonave*.

Ademais, nem mesmo esta limitadíssima e praticamente irrelevante carga indicada como "própria" é realmente originária da *Portonave* (ou de empresa de seu grupo econômico, como facultam os preceitos constitucionais).

Conforme indica a própria *Portonave*, a carga "pertence" a uma *trading* (controlada da *Portonave*). Isso é confirmado nas informações prestadas ao mercado pelas acionistas da *Portonave*, em que se indica que o terminal de carga frigorificada "*será equipado com instalações de armazenagem refrigerada de última geração para atender produtores de carne congelada para exportação, os quais respondem por um terço do volume total de carga movimentado no porto de Itajaí*"[6]. Ou seja, trata-se de carga de terceiros, apenas negociada por essa *trading*. Não há carga própria alguma. A carga negociada por uma *trading* não é nem formal nem materialmente qualificável como "carga própria" para os fins de caracterização de um terminal portuário de uso privativo. A *trading* é um mero anteparo, insuficiente para ocultar o fato de que as cargas são originárias de terceiros.

Nestas informações prestadas ao mercado – ou seja, divulgadas a investidores em potencial – a *Portonave* alude à Iceport como "*trading própria de carga frigorificada*", com a nítida intenção de gerar a impressão de que seria "própria" da *Portonave* a carga negociada pela *trading*.

Mas nada disso foi examinado pela ANTAQ.

Por fim, apesar de a *Portonave* confessadamente indicar que mesmo a reduzidíssima câmara frigorífica somente estará pronta em

[6] Doc. anexo, p. 17. Esse material contém ainda uma série de fotos do referido porto, que comprovam a utilização primordial de contêineres.

meados de 2008, o terminal já vem operando desde outubro de 2007. A ANTAQ simplesmente faz vistas grossas, remetendo ofícios de tempos em tempos à *Portonave* em que formula solicitações e faz advertências jamais convertidas em atuação efetiva. O último foi emitido pelo Diretor-Geral em novembro de 2007 (ofício nº 447/2007-DG), de modo contraditório com a leniência da ANTAQ no processo até então. Não foi materialmente atendido pela *Portonave*, sem qualquer conseqüência.

A leniência na aplicação das exigências contidas no próprio termo de autorização da *Portonave* não tem nenhuma explicação. Mas denota ato do Poder Público contrário aos preceitos constitucionais acima referidos.

A finalidade desta argüição é, entre outros pontos, demonstrar que as exigências relativas à carga própria dos terminais de uso privativo derivam diretamente da Constituição e não poderiam ser ignoradas pela ANTAQ. Ao abster-se de impor essa condição, a ANTAQ pratica atos de violação de preceitos fundamentais da Constituição.

Neste caso, **o terminal ilegítimo de uso privativo misto** já está operando desde o final de 2007. Em poucos meses, **já movimentou e armazenou dezenas de milhares de contêineres**. Praticamente nenhum deles corresponde a carga própria.[7]

Este fato mostra o desrespeito da ANTAQ pela CF/88. E esta situação cria um exemplo para outros empreendimentos similares. Cada vez mais, divulga-se (inclusive na imprensa e para o mercado de capitais) que o ordenamento jurídico brasileiro daria guarida a **terminais de uso privativo misto aptos a explorar amplamente serviços portuários para usuários em geral, sob regime privado e sem licitação prévia**.

A conduta da ANTAQ é um atentado à Constituição (*data venia*) e estimula o descumprimento dos preceitos constitucionais também em relação a outros terminais.

15. Outro caso similar, já examinado pela ANTAQ mas cujo empreendimento ainda não está ainda em operação, é o atinente à *Itapoá*

[7] Instada pela ANTAQ para comprovar a movimentação de carga própria, a *Portonave* demonstrou que havia movimentado 19 contêineres, de um total estimado de 30.000, com o que alegava ser carga própria.

Terminais Portuários S.A., objeto do processo administrativo ANTAQ nº 50300.001110/2004 (autorização nº 202, de 5.4.2005).

Por não estar ainda em operação, **o principal dano neste caso ainda pode ser evitado**. Ao contrário da *Portonave*, este é um terminal que ainda está em fase de aprovação de condições e projetos pela ANTAQ – antes, portanto, da sua efetiva implantação.

Trata-se de autorização outorgada com base em declaração de movimentação de cargas próprias de madeira e derivados. Também neste caso, jamais houve a exigência de que tais cargas próprias fossem predominantes.

Tal como no caso da *Portonave*, a ANTAQ satisfez-se com mera declaração de que haveria a movimentação de alguma carga própria. Não fez valer a condição de que a carga própria fosse suficiente para justificar economicamente o terminal. Ou seja, permitiu que a sustentabilidade do empreendimento fosse baseada na movimentação de carga de terceiros.

Desse modo, por via indireta, outorgou à *Itapoá*, tal como à *Portonave*, o privilégio de absorver cargas de terceiros livremente, em concorrência desequilibrada com os terminais encarregados (por contratos firmados após licitações) da prestação dos serviços públicos portuários.

16. Outro ato concreto inconstitucional da ANTAQ consiste na ausência de exigência efetiva do requisito em carga própria em relação a pedidos de autorização posteriores a outubro de 2005.

Há ampla divulgação na imprensa de diversos empreendimentos que pretendem valer-se dessa lassidão da ANTAQ para instalar-se como terminais de uso privativo misto, com o claro propósito de movimentar cargas de terceiros.

16.1. Alguns desses casos já estão em efetiva tramitação perante a ANTAQ.

É o que ocorre com a *Imbituba Empreendimentos e Participações S.A.*, cuja autorização foi outorgada em 6.6.2007 (processo nº 50300.000358/2006-20).

Sem qualquer análise prévia e efetiva, autorizou-se a movimentação de cargas próprias ("*mercadorias manuseadas a granel (granéis*

sólidos): soja, milho, trigo, sorgo e sal marinho, e complementarmente, de cargas de terceiros, destinadas ou provenientes de transporte aquaviário, que serão movimentadas no tribunal, a saber: fertilizantes e carga geral". Não consta dos autos do processo administrativo nenhuma exigência efetiva apta a evitar que esse terminal seja destinado movimentar primordialmente cargas de terceiros, frustrando o regime constitucional.

16.2. Outro caso, ainda mais emblemático, por ora ainda não levado à ANTAQ para possível autorização, é o empreendimento intitulado Porto Brasil.

A empresa *LLX* vem anunciando a sua intenção de instalar um grande terminal portuário sob o regime de "*uso privativo misto*" na região de Peruíbe, em São Paulo.

Em nenhum momento, os projetos divulgados pela empresa *LLX* aludem a **prévia licitação** ou a qualquer outro controle público sobre a atividade portuária. Trata-se o tema como se envolvesse mera atividade portuária. E isto é ensejado exatamente pela conduta adotada pela ANTAQ nos casos já referidos (*Portonave*, *Itapoá* e *Imbituba*, entre outros), em que se desvirtuou o conceito de instalação de uso privativo misto e se estimulou a distorção ainda maior pretendida pela empresa *LLX*.

O empreendimento do *Porto Brasil* já está em andamento concreto (apesar de, ao que se sabe, até o momento a empresa *LLX* nem sequer haver pleiteado autorização à ANTAQ). Já foi iniciado o processo de licenciamento ambiental do empreendimento. Havia até mesmo audiência pública designada para o dia 26.3.2008, a qual apenas não se realizou em face de liminar concedida pela Justiça Federal de Santos, a pedido do Ministério Público Federal.[8]

E mais: também se antecipando a qualquer autorização formal da ANTAQ, a empresa *LLX* já apresentou à Comissão de Valores Mobiliários – CVM um prospecto preliminar para uma **captação pública de recursos** para este empreendimento. Ou seja, já busca investidores nacionais e estrangeiros para financiar o projeto, que é assim descrito:

---

[8] Autos nº 2008.61.04.002439-8, cópia da decisão em anexo.

"*A infra-estrutura portuária do Porto Brasil incluirá um terminal marítimo privativo, com 50 hectares, 11 berços de atracação e canal de acesso com profundidade de 18,5 metros, permitindo a operação de navios* Capesize.

"*Com início de operação previsto para 2012, o Porto Brasil escoará o minério de ferro granulado a ser produzido pela MMX e terceiros, na região de Corumbá, Estado do Mato Grosso do Sul, com volume estimado em 15 milhões de toneladas ao ano, cifra esta a ser atingida em 2015. Adicionalmente, estimamos que o Porto Brasil terá capacidade para movimentar 20 milhões de toneladas de granel agrícola, 4,2 milhões de toneladas de fertilizantes, 10 milhões de m3 de granel líquido e 4 milhões TEUs por ano*".[9]

Para que se tenha idéia da dimensão da pretensão desse projeto, os 4 milhões de TEUs (unidade de medida de contêineres) que o Porto Brasil diz pretender movimentar correspondem praticamente a **dois terços de toda** a movimentação de contêineres ocorrida no Brasil durante o ano de 2007.

16.3. Destaque-se desde logo que a ora Autora não é contrária aos investimentos privados. Tanto assim que seus associados já investiram mais de um bilhão de dólares em instalações portuárias legítimas nos últimos dez anos, possibilitando um incremento de 255% na movimentação de carga geral (principalmente em contêineres) nesse período.[10]

A informação dá a medida do sucesso do modelo atual, ao demonstrar que os terminais de contêineres de uso público, arrendados mediante licitação a partir de 1995, com base na Lei nº 8.630/93. Nos doze principais terminais de contêineres, vinculados à associação ora Autora, a movimentação de contêineres passou de 1,3 milhões de contêineres em 1997 para 4,3 milhões em 2007. E este crescimento foi obtido rigorosamente segundo os preceitos constitucionais atinentes ao serviço público portuário.

É contrária, isto sim, à violação das normas constitucionais que disciplinam estes investimentos. Opõe-se à frustração da exigência de

---

[9] Isto consta da p. 20 do Prospecto preliminar.

[10] As estatísticas relativas a estes investimentos e seus resultados estão em anexo, em apresentação realizada pela Autora no Seminário Legislativo dos Portos, realizado no Senado Federal.

prévia licitação, o que impede o livre acesso às novas oportunidades de investimento. Opõe-se à outorga de benefícios especiais a certos grupos, criando competição desequilibrada e predatória com os operadores já instalados, que se submeteram a licitações e têm as obrigações do serviço público. Opõe-se à destruição do sistema portuário público brasileiro e à subordinação desse setor a uns poucos investidores internacionais, infensos a qualquer controle estatal nacional.

17. Finalmente, o último aspecto da conduta da ANTAQ, desta feita, normativa, consiste na adoção de procedimentos destinados a modificar a Resolução nº 517, suprimindo precisamente os dispositivos que impõem – ainda que sem que a ANTAQ lhes dê a necessária aplicação prática – as condições necessárias para o cumprimento do regime constitucional.

Em julho de 2007, a ANTAQ propôs esta alteração, no âmbito do processo administrativo nº 50300.000798/2007-68. A Comissão Portos chegou a encaminhar circular com a minuta de nova resolução para debate e solicitou que as observações e sugestões dos destinatários fossem enviadas até 30.7.2007. O material recebido seria consolidado e enviado para a ANTAQ para que fosse examinado em audiência pública. Em 30.10.2007, entretanto, a Comissão Portos enviou nova circular dando conta de que, através da carta nº 044, de 24.10.2007, a ANTAQ havia deliberado pela sustação da audiência pública

Antes disso, em 28.6.2007, a procuradoria jurídica da ANTAQ havia produzido o parecer PRG-ANTAQ/nº 277/2007, no âmbito do processo administrativo nº 50300.000798/2007-68. No parecer, recomendava-se a alteração da Resolução nº 517 para adequá-la à premissa de que as normais constitucionais e legais permitem "*a um terminal privativo de uso misto movimentar cargas próprias e cargas de terceiros, sem qualquer relação entre elas, cabendo ao titular do terminal decidir livremente sobre o tipo de carga que pretende operar em seu terminal*". Segundo a orientação jurídica da ANTAQ, que inspirou sua proposta de alteração do regulamento, qualquer

movimentação de carga própria, por menos relevante que fosse, bastaria para que um terminal privativo pudesse ser qualificado como de uso misto.[11]

18. Essas diversas formas de conduta da ANTAQ conjugam-se para descumprir de modo direto os preceitos constitucionais fundamentais atinentes à prestação dos serviços públicos portuários e à competição possível neste setor.

Daí a pertinência da discussão do tema no âmbito desta medida, que se destina à obtenção de interpretação dos dispositivos constitucionais afetados e à definição dos critérios para sua aplicação pelo Poder Público.

IV – ***OS PRECEITOS FUNDAMENTAIS DESCUMPRIDOS***

19. Como apontado no início, os dispositivos constitucionais descumpridos pela conduta da ANTAQ são os seguintes:

a) **art. 21, inc. XII, alínea 'f', da CF/88** (prestação de serviços portuários sob regime de serviço público);
b) **arts. 170, *caput* e parágrafo único, 173 e 175 da CF/88** (exigência de prévia licitação para a delegação de serviço público); e
c) **arts. 1º, inc. IV e 170, inc. IV, da CF/88** (livre iniciativa e livre concorrência).

Trata-se inegavelmente de preceitos constitucionais fundamentais. Estabelecem as linhas mestras do sistema econômico adotado pela Constituição Federal, baseado na distinção entre serviços públicos e atividades econômicas em sentido estrito. Os atos da ANTAQ contrariam frontalmente esse modelo econômico e desconsideram ainda o regime constitucional de prestação de serviços públicos.

E mais: ao pôr em risco a prestação dos serviços públicos portuários, a ANTAQ ofende os **direitos fundamentais** que a prestação de tais serviços pretende resguardar.

A situação se assemelha à que é objeto da ADPF nº 46, onde se discute a extensão da previsão constitucional do monopólio estatal sobre os serviços postais. Aqui também se pretende a interpretação definitiva

[11] O parecer e a minuta da proposta de alteração da resolução foram entregues ao presidente da Autora em reunião realizada na ANTAQ.

do E. Supremo Tribunal Federal acerca do sentido e do alcance da consagração constitucional dos serviços públicos portuários (art. 21, XII, "f", da CF/88).

V – ***ADEQUAÇÃO DA MEDIDA E SUBSIDIARIEDADE***

20. Não há nenhuma outra medida judicial capaz de afastar as lesões a preceitos fundamentais tratadas neste feito.

A presente argüição busca assegurar, de modo amplo e abrangente, o respeito à disciplina constitucional de prestação de serviços públicos no setor portuário.

Para que a pretensão da Autora tenha efetividade, deve necessariamente se estender a todos os portos do País e ser respeitada não só pela ANTAQ, mas também por todas as autoridades portuárias.

A decisão final deve necessariamente ter eficácia *erga omnes*. Nenhuma outra medida judicial cabível teria essa eficácia.

O núcleo da pretensão ora formulada é o de, nos exatos termos do art. 10 da Lei nº 9.882, obter a fixação das condições e do modo de interpretação e aplicação dos dispositivos constitucionais tidos como violados.

Trata-se de pedido de interpretação das normas constitucionais, o que está fora do campo de abrangência da ação direta de inconstitucionalidade.

Nesse sentido, invocando a lição do Em. Min. GILMAR MENDES em obra doutrinária[12], EDUARDO TALAMINI aponta que uma das hipóteses de cabimento da ADPF é precisamente a de "*estabelecimento da interpretação de normas da própria Constituição*".[13]

Aplica-se ainda ao caso a seguinte orientação do Em. Min. GILMAR MENDES:

> "*Assim, tendo em vista o caráter acentuadamente objetivo da argüição de descumprimento, o juízo de subsidiariedade há de ter em vista,*

---

[12] "Argüição de descumprimento de preceito fundamental: parâmetro de controle e objeto", em *Argüição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei nº 9.882/99* (org. André R. Tavares e Walter C. Rothenburg), São Paulo, Atlas, 2001, nº 2.5, p. 143.

[13] Argüição de descumprimento de preceito fundamental: função e estrutura. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: RT, 2006, p. 27.

especialmente, os demais processos objetivos já consolidados no sistema constitucional. Nesse caso, cabível a ação direta de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade, ou, ainda, a ação direta por omissão, não será admissível a argüição de descumprimento. Em sentido contrário, não sendo admitida a utilização de ações diretas de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, isto é, não se verificando a existência de meio apto para solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla e geral e imediata, *há de se entender possível a utilização da argüição de descumprimento de preceito fundamental.*

"*(...)*

"*Não se pode admitir que a existência de processos ordinários e recursos extraordinários devam excluir,* a priori, *a utilização da argüição de descumprimento de preceito fundamental. Até porque, tal como assinalado, o instituto assume, entre nós, feição marcadamente objetiva.*

"*Nessas hipóteses, ante a inexistência de processo de índole objetiva apto a solver, de uma vez por todas, a controvérsia constitucional, afigura-se integralmente aplicável a argüição de descumprimento de preceito fundamental. É que as ações ordinárias e o próprio recurso extraordinário não parecem capazes, as mais das vezes, de resolver a controvérsia constitucional de forma geral, definitiva e imediata*"[14].

Portanto, está sendo plenamente atendido o requisito do art. 4º, § 1º, da Lei 9.882/99. No caso, não é cabível qualquer outra medida judicial que ampare *de modo eficaz* a pretensão da Autora, ainda mais levando-se em consideração o caráter objetivo da demanda.

Além disso, vem se defendendo o cabimento de argüição de descumprimento de preceito fundamental para o controle objetivo de atos infralegais, de natureza concreta ou normativa.

O entendimento desse E. STF, aliás, já foi consolidado nesse sentido, conforme observa EDUARDO TALAMINI[15].Na ADPF nº 10, em que houve concessão de liminar, e na ADPF nº 33, em que houve também

---

[14] Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 113-115.

[15] Op. cit., p. 27.

liminar e posterior julgamento de procedência, os atos atacados tinham natureza regulamentar.

VI – ***O REGIME CONSTITUCIONAL DOS PORTOS***

21. A temática dos portos é tratada pela Constituição Federal sob diferentes ângulos.

VI.1 – ***O art. 21, XII, "f"***

22. A CF/88, no art. 21, inc. XII, al. "f", atribui à União a competência para *"explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão ... os portos marítimos, fluviais e lacustres"*.

A fórmula verbal adotada pela CF/88 demonstra a amplitude dessa competência, adotando solução muito diversa daquela consagrada nas demais alíneas do mesmo inciso.

22.1. O inc. XII do art. 21 assegura, nas suas diversas alíneas, a competência da União para explorar, basicamente, *serviços*. Basta examiná-las para confirmar a procedência dessa asserção. Já no caso da alínea "f", a CF/88 se refere a "portos", não se restringindo apenas a "serviços desempenhados em portos".

22.2. A diferenciação não é casual nem irrelevante. Ao reconhecer a competência federal sobre serviços (de transporte, por exemplo), a regra constitucional produz uma restrição do universo disciplinado. As atividades de transporte somente serão de titularidade federal quando se configurarem como *serviços*.

22.3. A competência federal é muito mais ampla a propósito dos portos. A fórmula redacional indica que toda e qualquer atividade relacionada a portos é de titularidade federal.

23. A exploração de um porto envolve um conjunto de atribuições, competências, poderes, encargos de diversa natureza, com extensão e objeto muito peculiares.

23.1. Em primeiro lugar, o "porto" se configura como um sujeito de direito. Usualmente, o porto é estruturado como uma pessoa jurídica, investida em patrimônio próprio, titular de relações jurídicas e dotado de direitos e obrigações.

Essa pessoa jurídica poderá ser titular de personalidade jurídica de direito público ou de direito privado. Há portos que são organizados como autarquias. Outros portos são pessoas jurídicas de direito privado, integrantes da administração indireta.

23.2. Mas, além do porto, existem os serviços portuários (em sentido amplo). O desempenho desses serviços pressupõe atividades de distinta natureza. Sob o prisma econômico, não seria incorreto afirmar que o porto é uma unidade complexa, que envolve a organização de fatores da produção e o exercício de poderes regulatórios de diversa natureza.

23.3. A existência do porto depende de um conjunto de bens, que compõem uma infra-estrutura indispensável.

23.4. Além disso, existem atividades de diferente natureza e regime jurídico, relacionadas com a mão-de-obra indispensável à operação do porto.

24. A grande peculiaridade reside em que se produzem atividades e relações jurídicas que não são de titularidade de um único e mesmo sujeito, nem se subordinam a um mesmo e único regime jurídico. Há relações jurídicas de direito público, estabelecidas entre o Estado e o porto. Mas, ao interno do porto, fragmentam-se as relações jurídicas, de modo extremamente complexo.

25. Em outras palavras, a CF/88 estabeleceu que a criação de portos, a implantação de equipamentos portuários, o desempenho de serviços públicos ou privados e toda e qualquer atuação relacionada, ainda que indiretamente, à figura do porto inclui-se na competência federal.

VI.2 – ***A razão de ser da disciplina constitucional***

26. Seria um despropósito presumir que a solução constitucional adotada decorreria de algum fator aleatório. Muito pelo contrário, a preocupação constitucional com o tema dos portos reflete a sua relevância como instrumento de produção do desenvolvimento econômico, de satisfação das necessidades coletivas e de realização de valores essenciais à Nação brasileira.

VI.3 – ***As modalidades de exploração***

27. O art. 21, inc. XII, atribui à União competência para explorar diretamente os portos. Mas, ademais disso, faculta-se a exploração mediante *concessão*, *permissão* ou *autorização*.

VI.4.1 – A exploração direta dos portos

28. A exploração direta dos portos pela União se configura quando a União (diretamente ou mediante delegação a outra pessoa integrante da estrutura administrativa estatal) promover ela própria a implantação, gestão e operação do porto.

29. A exploração direta dos portos pela União não significa a ausência de atividades, de sujeitos ou de relações jurídicas de titularidade alheia, inclusive disciplinadas pelo direito privado.

VI.4.2 – A exploração mediante concessão

30. A segunda hipótese prevista no art. 21, inc. XII, já propicia uma gama mais ampla de dificuldades, especialmente quando a questão envolver portos.

30.1. O vocábulo *"concessão"* não é utilizado, no Direito público, num sentido unívoco[16]. Apenas para exemplificar, lembrem-se os casos de concessão de serviço público, de concessão de direito real sobre bem público, de concessão de direito de lavrar e de concessão de cidadania.

30.2. No caso do dispositivo examinado, a interpretação é muito mais simples em relação aos diversos incisos que disciplinam atividades configuradas como *serviços*. Nesses casos, é evidente que se prevê a concessão de serviço público.

30.3. Mas a interpretação é mais problemática porque, como apontado acima, a CF/88 não se utilizou da expressão "serviços portuários". Como dito, a CF/88 previu incumbir à União explorar (inclusive mediante "concessão") os **portos**.

---

[16] Nesse sentido, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO leciona que concessão *"é designação genérica de fórmula pela qual são expedidos atos ampliativos da esfera jurídica de alguém"*. Ressaltando ainda que *"É manifestamente inconveniente reunir sob tal nome tão variada gama de atos profundamente distintos quanto à estrutura e regimes jurídicos"*. (*Curso de direito administrativo*. 20.ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 408).

VII – ***OS PORTOS E OS SERVIÇOS PÚBLICOS***

31. A redação do art. 21, inc. XII, da CF/88, que se refere a "autorização", envolve uma dicotomia que se encontra no núcleo da disciplina constitucional, relacionada com o aproveitamento dos recursos escassos para satisfação de necessidades individuais e coletivas.

VII.1 – ***Disciplina constitucional do uso dos recursos escassos***

32. É inquestionável que a CF/88 consagrou a propriedade privada dos meios de produção e albergou o capitalismo como regime econômico, com a afirmação da livre concorrência e da livre iniciativa. Há uma longa relação de disposições expressas da CF/88 nesse sentido.

32.1. Assim, o art. 1º, inc. IV, alude ao valor social da livre iniciativa, o que é corroborado no art. 5º, inc. XIII (*"é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer"*).

A disciplina específica sobre a matéria consta do Título VII – Da Ordem Econômica e Financeira.

O art. 170 faz referência a que *"A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna..."*.

No elenco dos princípios fundamentais, o mesmo art. 170 alude à propriedade privada (inc. II) e à livre concorrência (inc. IV). O parágrafo único do art. 170 consagra a livre iniciativa, ao determinar que *"É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de* ***autorização*** *dos órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei"* (original sem negrito).

32.2. A expressão **autorização**, que consta do art. 170, parágrafo único, apresenta relação com a exploração de atividade econômica, sob regime privado (livre concorrência, livre iniciativa, apropriação privada de lucros e assim por diante).

Segundo a lição de ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO, *"A autorização não é meio idôneo à transferência a particulares de atividades que se caracterizem como serviços públicos (...) ... seu objeto é a atividade*

privada e não serviço público, o que também se demonstra pelas próprias características da autorização e do conteúdo autorizado" [17]

33. Mas o art. 175 da CF/88 retirou do âmbito da livre iniciativa e da livre concorrência algumas atividades. O dispositivo estabeleceu que *"Incumbe ao poder público, na forma da lei, diretamente ou mediante concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos"*.

34. A conjugação dos arts. 175 e 170 da CF/88 conduz à conclusão de que o regime próprio da atividade econômica (em sentido restrito) não se aplica aos serviços públicos.

Ou seja, a CF/88 adotou duas sistemáticas distintas para a exploração dos recursos escassos visando à satisfação de necessidades individuais ou coletivas.

35. Essa interpretação é corroborada pelo disposto no art. 173 da CF/88, que determina que, *"Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos de segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei"*. O § 1º do art. 173 estabelece que, nesses casos, a atividade estatal deverá ser desenvolvida sob regime de direito privado, seguindo a disciplina prevista para a iniciativa privada.

O art. 173 confirma a distinção rigorosa entre atividade de serviço público e atividade econômica em sentido próprio. Aquelas são de titularidade estatal, exercitadas sob regime de direito público e não subordinadas à livre concorrência nem à livre iniciativa. Já a outra categoria envolve atividades propriamente privadas, que em situações excepcionais admitem exploração pelo Estado, mas sempre sob regime privado.

VII.2 – ***A distinção de regimes jurídicos***

36. A diferenciação entre serviço público e atividade econômica em sentido próprio e restrito é de extrema relevância. Traduz-se em princípios e em regimes jurídicos distintos.

---

[17] Parecer de setembro de 2007, ora anexado, pp. 25/26.

36.1. O regime de serviço público se orienta à realização compulsória de interesses indisponíveis. Retira-se a atividade da margem de disponibilidade do particular, eliminando-se a facultatividade de sua prestação.

Os princípios fundamentais ao serviço público são, dentre outros, a continuidade, a universalidade e a isonomia. Tais princípios impõem o dever de prestação permanente e contínua da atividade de serviço público, assegurando-se o fornecimento das utilidades correspondentes a todos os que dela necessitem. Cabe ao Estado a titularidade da prestação do serviço público, facultando-se a delegação por meio de concessão ou permissão aos particulares. Mas a atividade de serviço público é prestada aos interessados sob regime de Direito Público.

36.2. O regime de Direito Privado, próprio das atividades econômicas em sentido restrito, é muito diverso. A atividade é reputada como uma manifestação da autonomia privada, do que deriva a ausência de obrigatoriedade de sua prestação.

VII.3 – ***A tese da configuração exclusiva de serviço público***

37. O entendimento mais clássico reputava que o art. 21, inc. XII, da CF/88 submetia as atividades ali referidas a um obrigatório e inafastável regime de serviço público. Os autores mais abalizados reputavam que todas as atividades referidas nas diversas alíneas do inc. XII do art. 21 da CF/88 eram constitucionalmente reservadas ao Estado, ao qual caberia promover a sua exploração – seja em nome próprio, seja por meio de concessão ou permissão. Em qualquer hipótese, a CF/88 **imporia a sua exploração sob regime de serviço público**.

Essa posição ainda é professada por autores de mais elevada reputação. Assim, por exemplo, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO afirma que existem diversas categorias constitucionais de atividades a serem desempenhadas pelo Estado. Uma delas consiste nos *"Serviços que o Estado não é obrigado a prestar, mas, não os prestando, terá de promover-lhes a prestação, mediante concessão ou permissão"*. Essa categoria abrange *"Todos os demais serviços públicos, notadamente os arrolados no art. 21, XI e XII, da Constituição..."*[18]

[18] *Curso de Direito Administrativo*, 20ª ed., São Paulo : Malheiros, ,2006, p. 652.

Também é essa a posição de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, para quem *"é o Estado, por meio da lei, que escolhe quais as atividades que, em determinado momento, são consideradas serviços públicos; no direito brasileiro a própria Constituição faz essa indicação nos artigos 21, incisos X, XI, XII, XV, XXIII e 25, § 2° (...)"*[19].

VII.4 - ***A qualificação legislativa da atividade***

38. Outra corrente doutrinária reconhece que o art. 21, inclusive no inc. XII, propicia a configuração das atividades ou como serviço público ou como atividade econômica. Tal é evidenciado pela utilização da fórmula *"mediante autorização, concessão ou permissão"*, que é adotada por diversos dispositivos constitucionais.

Trata-se de reconhecer que o instituto da "autorização" é radicalmente distinto das figuras da "concessão" e da "permissão". Concessão e permissão são instrumentos jurídicos destinados a promover a delegação da prestação do serviço público para a iniciativa privada, mantido o regime de direito público e as demais características próprias do instituto. Já a autorização é um ato estatal de controle quanto à presença dos requisitos para o exercício de atividades exploradas sob regime de direito privado.

Afirma-se que a expressão **autorização** contida no art. 21 da CF/88 deve ser relacionada com a mesma terminologia, encontrada no art. 170, parágrafo único, do mesmo diploma. Indica a submissão da atividade a um regime jurídico de direito privado, inconfundível com a prestação de serviço público. Existiria, então, uma autorização estatal para a prestação de serviços privados.

VII.5 – ***Serviço público e valores constitucionais fundamentais***

39. Com o máximo respeito às opiniões referidas nos itens precedentes, a Autora reputa que o tema está indissociavelmente vinculado ao **núcleo axiológico** da Constituição brasileira.

40. Em primeiro lugar, afigura-se absolutamente descabido reconhecer ao legislador infraconstitucional alguma autonomia (inclusive para qualificar certas atividades como serviço público ou como atividade econômica) de modo desvinculado do sistema constitucional.

---

[19] *Direito Administrativo*, 19ª ed., São Paulo : Atlas, 2006, p. 114.

A Constituição – e a consagração constitucional dos valores fundamentais – qualifica e impregna integralmente a atividade de todos os operadores jurídicos, tal como condiciona a produção legislativa infraconstitucional. Nessa linha, pode-se lembrar a lição de LUÍS ROBERTO BARROSO, assim lançada:

> *"A idéia de constitucionalização do Direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. Como intuitivo, a constitucionalização repercute sobre a atuação dos três Poderes, inclusive e notadamente nas suas relações com os particulares. Porém, mais original ainda: repercute, também, nas relações entre particulares"*[20].

41. A supremacia da Constituição se traduz na superposição dos valores eleitos como de especial relevância para a configuração da Nação em seu conjunto e de cada indivíduo em particular.

Isso equivale ao especial destaque atribuído na CF/88 aos valores fundantes da República Federativa do Brasil. Tal como consta no art. 1º, são valores essenciais a **cidadania** (inc. II) e a **dignidade da pessoa humana** (inc. III). A República brasileira orienta-se, tal como imposto no art. 3º, a promover uma sociedade **justa e solidária** (inc. I), a **erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais** (inc. III) e a **promover o bem de todos, sem preconceitos...** (inc. IV).

Por isso, reconhece-se como inquestionável que o núcleo axiológico da Constituição encontra-se nos **direitos fundamentais** – cuja promoção é compromisso fundamental do Estado. Nesse sentido, CLÈMERSON MERLIN CLÈVE assevera que *"Todos os poderes do Estado, ou melhor, todos os órgãos constitucionais, têm por finalidade buscar a plena satisfação dos direitos fundamentais. Quando o Estado se desvia disso ele*

---

[20] Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil), em *Revista de Direito Administrativo*, nº 240, 2005, p. 12/13.

está, do ponto de vista político, se deslegitimando, e do ponto de vista jurídico, se desconstitucionalizando".[21]

42. Impõe-se um estreito e insuprimível vínculo entre os direitos fundamentais e as competências reservadas ao Estado. O dever de o Estado promover os direitos fundamentais e os valores fundamentais tutelados constitucionalmente se reflete em diversas manifestações jurídicas. Mas o instituto mais intimamente relacionado com o dever de o Estado promover os direitos fundamentais é a manutenção do **serviço público** e a utilização dos bens públicos para a satisfação de necessidades coletivas.

No caso específico, isso significa **a intervenção direta do Estado na atividade portuária, para assegurar a realização dos fins consagrados constitucionalmente**.

Nem mesmo a lei poderia desqualificar a natureza de serviço público da atividade em questão se a própria Constituição a qualifica, ainda que implicitamente, como serviço público. Essa é a lição do Em. Min. EROS ROBERTO GRAU: "Serviço público, *diremos, é atividade indispensável à consecução da coesão social. Mais: o que determina a caracterização de determinada parcela da atividade econômica em sentido amplo como* serviço público *é a sua vinculação ao* interesse social".[22]

Ou seja, um dado serviço provido destas características jamais poderia ser transformado, nem mesmo pela lei, em atividade econômica em sentido estrito (ou seja, atividade puramente privada).

No mesmo sentido, o Em. Min. CARLOS AYRES BRITTO aponta que, "*Se à lei fosse permitida a qualificação em si de uma atividade como serviço público, aí, sim, bastaria que, pela desqualificação igualmente legal, o serviço passasse ao instantâneo domínio da iniciativa privada. Mas assim não ocorre porque a sistemática constitucional reside em que* somente a própria Lei Maior pode caracterizar uma área de movimentação humana como constitutiva de atividade pública".[23]

---

[21] O controle de Constitucionalidade e a Efetividade dos Direitos Fundamentais, em *Jurisdição Constitucional e os Direitos Fundamentais* (org. José Adércio Leite Sampaio), Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 388.

[22] *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 11.ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 130.

[23] A privatização das empresas estatais à luz da Constituição. *Revista Trimestral de Direito Público* n. 12, 1995, p. 127.

VII.6 – ***O descabimento de incidência do art. 173 e seu § 1º***

43. As ponderações acima permitem afirmar a impossibilidade de que a atividade portuária seja explorada pelo Estado sob regime de direito privado – ou seja, como uma atividade econômica em sentido próprio.

Nem se contraponha que a dicotomia constitucional autorizaria o Estado a promover, sob regime de direito privado, certa atividade de interesse coletivo.

Essa interpretação é incorreta – *data maxima venia* – e sua admissão contraria a distinção estabelecida entre os arts. 173 e 175 da CF/88. Se fosse possível ao Estado brasileiro escolher as hipóteses de configuração de serviço público e de atividade econômica em sentido próprio, aqueles dois dispositivos constitucionais se tornariam inúteis.

Ou seja, uma determinada atividade deve ser configurada, em face da ordem jurídica, como serviço público ou como atividade econômica. Mas essa configuração não depende de uma escolha puramente discricionária do legislador infraconstitucional.

Todas as atividades que se configurarem como instrumento de realização dos valores e princípios fundamentais, cuja prestação for indispensável para a satisfação de necessidades comuns a todos os membros da coletividade e se traduzir num imperativo constitucional, serão necessariamente subordinadas ao regime de serviço público.

44. Ora, a afirmativa de que o porto representa um instrumento essencial para a realização de valores prestigiados constitucionalmente, sendo a sua implantação e operação um instrumento para satisfação direta e imediata dos direitos fundamentais, conduz ao reconhecimento inafastável da incidência do regime de Direito Público. No seu conjunto, o porto configura a prestação de um serviço público, subordinando-se a sua existência e operação ao regime correspondente.

VII.7 – ***A interpretação sistemática do art. 21, inc. XII, "f", da CF/88***

45. Em face desse cenário normativo e axiológico, torna-se possível compreender a disciplina do art. 21, inc. XII, "f", da CF/88.

VII.7.1 – *As operações portuárias e o interesse direto do usuário*

46. O porto é uma unidade econômica essencial para a satisfação de necessidades coletivas relevantes. Isso se configura, primeiramente, em relação aos usuários diretos das instalações portuárias.

O porto é uma infra-estrutura necessária à prestação de determinados serviços de transporte aquaviário. Todos os serviços que envolvam embarcações náuticas de porte mais significativo dependem da existência de um porto.

Os usuários e os prestadores de serviços de transporte por embarcações de porte mais relevante somente podem ser satisfeitos por meio da existência de portos, pressupondo-se o desempenho eficiente das atividades correspondentes.

VII.7.2 – *As operações portuárias e os interesses nacionais*

47. Mas é inquestionável que existem não apenas os interesses econômicos privados (nacionais e estrangeiros) no tocante à organização das operações portuárias.

Ademais disso, há interesses nacionais relacionados com o desenvolvimento econômico. As operações portuárias eficientes, com custos reduzidos, são indispensáveis à operação econômica em seu conjunto.

Mais precisamente, a eficiência ou ineficiência das operações portuárias é transferida para o custo das mercadorias importadas e exportadas. O efeito é o aumento ou a redução da competitividade dos produtos nacionais no exterior e a redução ou elevação dos custos de produtos estrangeiros no mercado interno.

VII.7.3 – *O porto como instrumento de realização de fins nacionais*

48. Nenhuma Nação pode aspirar a inserir-se de modo relevante na atividade comercial mundial sem dispor de portos apropriados, que operem de modo eficiente. A existência de portos operando de modo adequado se tornou um fator essencial para a realização dos projetos nacionais de desenvolvimento econômico.

Não basta a iniciativa privada ou governamental produzir bens aptos a conquistar o mercado mundial. Nem é suficiente a implantação de indústrias altamente qualificadas no cenário interno do país. É essencial a

existência de infra-estruturas portuárias que assegurem a operação eficiente para a importação e a exportação de mercadorias.

49. Essas considerações adquirem especial relevância no tocante ao Brasil. As atividades comerciais brasileiras podem dispensar a via marítima em algumas hipóteses de relacionamento com outros países da América do Sul. Mas a dimensão mais relevante das importações e exportações envolve outros continentes, o que demanda conexões por via marítima.

50. Enfim, a implantação de portos em condições de promover operações de máxima eficiência no tocante a embarque e desembarque de mercadorias adquire enorme relevância no cenário brasileiro atual. A esmagadora maioria dos projetos de desenvolvimento necessário a superar as dificuldades enfrentadas pela Nação pressupõe a utilização de portos – o que significa a necessidade de operação rápida e eficiente.

VII.7.4 – *A obrigatória atuação direta estatal*

51. As características das operações portuárias conduziram à decisão constitucional de subordinar o setor à intervenção estatal[24]. Há uma pluralidade de aspectos relacionados com esse tema. Não existe um único interesse tutelado pela ordem jurídica, mas há diferentes aspectos exigindo consideração, traduzindo-se em valores distintos e em princípios igualmente prestigiados pelo Direito.

A síntese reside na impossibilidade, **em vista da Constituição,** da eliminação da intervenção estatal sobre a atividade portuária. Mais ainda, a CF/88 impõe a manutenção de portos públicos, mantidos e explorados pela União, aptos a assegurar a promoção dos interesses coletivos nacionais e também a satisfação dos interesses dos usuários e prestadores de serviços que dependem da existência de portos.

Trata-se de atividade absolutamente imprescindível à coesão social. Necessariamente deve haver a sua prestação sob regime de direito público.

---

[24] Nesse sentido, RICARDO MOLINA OLTRA assevera que *"Evidentemente a importância estratégica e militar dos portos fez com que em todos os países se tenham considerado infra-estruturas de caráter público"* (*Infraestructuras hidráulicas y portuarias*, em *Financiación y Gestión Privada de Infraestructuras de Interés Público*, Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid, 1996, p. 251/252).

Disso resulta a conclusão do Em. Min. EROS ROBERTO GRAU: "*Daí por que a preservação dos vínculos sociais e a promoção da coesão social pelo Estado assumem enorme relevância no Brasil, a ele incumbindo a responsabilidade pela provisão, à sociedade, como* serviço público, *de todas as parcelas da* atividade econômica em sentido amplo *que sejam tidas como indispensáveis à realização e ao desenvolvimento da coesão e da interdependência social.*"[25].

Considerando-se, então, um dever do Estado assegurar as condições para o desenvolvimento econômico, ter-se-á de convir com a relevância política e econômica da existência e operação de portos. A incapacidade estatal de promover as operações portuárias impossibilitará o pleno desenvolvimento econômico-social do país, o que, em última instância, pode ser reconduzido à promoção dos direitos fundamentais por parte do Estado.

VII.7.5 – *A exploração da atividade portuária sob regime privado*

52. No entanto, também se admite que as atividades portuárias sejam exploradas por particulares, o que justifica a referência constitucional a "autorização" para portos.

O ponto essencial reside em que a alusão constitucional a autorizações não equivale a afirmar que, para a CF/88, seria indiferente a existência ou não de portos explorados pela União (diretamente ou mediante concessão). Não indica que o legislador estaria investido da faculdade de escolha ilimitada entre promover o serviço público ou liberar o desempenho de atividade econômica.

A CF/88 impõe um limite intransponível para o legislador infraconstitucional. Esse limite relaciona-se à promoção dos direitos fundamentais e dos valores nacionais no âmbito da atividade portuária. Somente se admite a operação portuária sob regime de direito privado se e quando tal não produzir o comprometimento do cumprimento do dever estatal de promoção dos direitos fundamentais.

Por imposição da principiologia constitucional, a exploração das atividades portuárias sob regime de direito privado e como instrumento de

---

[25] Op. cit., p. 132.

acumulação econômica privada **pressupõe** o atendimento adequado e satisfatório dos interesses da população – o que se obtém, por presunção constitucional absoluta – mediante a atuação da União.

VIII – ***A QUESTÃO DOS TERMINAIS PORTUÁRIOS***

53. A definição dos limites da liberdade atribuída ao Estado para a sujeição de atividades portuárias ao regime jurídico de Direito Privado exige o exame da disciplina atinente aos terminais portuários.

VIII.1 – ***Terminal portuário e infra-estrutura portuária***

54. A Lei nº 8.630 determina que a área do porto organizado compreende duas figuras entre si distintas.

Há os **terminais portuários**, *"quais sejam, ancoradouros, docas, cais, pontes e piers de atracação e acostagem, terrenos, armazéns, edificações e vias de circulação interna"*.

Ademais, existe a **área de infra-estrutura de proteção e acesso aquaviário ao porto** (*"tais como guias-correntes, quebra-mares, eclusas, canais, bacias de evolução e áreas de fundeio que devam ser mantidas pela Administração do Porto"*). Assim está previsto no art. 1º, § 1º, IV, da Lei dos Portos.

Então, a redação legal indica que os terminais portuários não necessitariam ser mantidos pelo porto, o que é reafirmado nos demais dispositivos legais.

55. Como decorrência, as atividades portuárias por excelência (envolvendo movimentação de passageiros e movimentação e armazenagem de cargas) serão desenvolvidas por meio de terminais portuários. Ditos terminais poderão ser implantados e explorados por terceiros, que não a própria União.

Bem se vê que uma questão essencial na organização portuária brasileira se relaciona com a existência, as características e o regime jurídico dos terminais portuários.

VIII.2 – ***As espécies de terminais portuários***

56. O primeiro ponto a destacar reside na distinção estabelecida pelo art. 4º, § 2º[26].

Como já se indicou em tópico anterior, o dispositivo determina que as instalações portuárias se enquadram em dois grandes gêneros. Há os terminais de uso público e os terminais de uso privativo. Estes últimos compreendem três espécies, que são as de uso privativo exclusivo (para movimentação e armazenagem de carga própria), de uso privativo misto e de uso privativo de turismo.

VIII.3 – ***A insuficiência da definição da Lei nº 8.630***

57. A Lei dos Portos não forneceu definição explícita para terminais de uso público. Mas adotou uma definição para terminal de uso privativo, a qual consta do art. 1º, § 1º, inc. V, acima já transcrita. Mais grave é a inutilidade da referida definição, em vista da sua imprecisão.

57.1. Como já referido, a Lei determinou que a instalação de uso privativo é aquela explorada por pessoa jurídica de direito público ou privado, dentro ou fora da área do porto, utilizada na movimentação de passageiros ou na movimentação e armazenagem de mercadorias, destinados ou provenientes de transporte aquaviário.

57.2. Ora, toda e qualquer instalação portuária é destinada à movimentação de passageiros ou na movimentação e armazenagem de mercadorias, destinados ou provenientes de transporte aquaviário. Assim está determinado implicitamente nos incs. II e IV do próprio art. 1º, § 1º.

Portanto, a definição do inc. V não pode ser interpretada na acepção de que os terminais de uso público seriam destinados a fins distintos daqueles referidos a propósito do terminal de uso privativo. A diferença entre as duas figuras não reside nesse ponto.

57.3. Nem se pode afirmar que a distinção estaria na condição do titular do terminal. A exploração por pessoa jurídica de direito público ou

---

[26] "§ 2º A exploração da instalação portuária de que trata este artigo far-se-á sob uma das seguintes modalidades: I - uso público; II - uso privativo: a) exclusivo, para movimentação de carga própria; b) misto, para movimentação de carga própria e de terceiros; c) de turismo, para movimentação de passageiros (incluído pela Lei nº 11.314, de 2006).

privado pode-se verificar tanto em relação ao terminal de uso privativo quanto ao de uso público. Também nessa passagem a definição é insatisfatória.

57.4. A definição legal contempla um único tópico de diferenciação entre as duas figuras, que consiste em estabelecer que os terminais de uso privativo tanto podem operar em portos organizados como fora deles.

Essa passagem é relevante porque o art. 4º, § 3º, determina que os terminais de uso público somente podem ser explorados no âmbito de portos organizados.

É evidente, no entanto, que essa diferença é secundária, sendo uma mera conseqüência dos caracteres essenciais que dão distinção às duas figuras.

VIII.4 – ***A relevância da distinção***

58. O silêncio da Lei nº 8.630 é tanto mais grave porque a distinção entre terminais de uso público e privativo produz reflexos extremamente sérios. Há regimes jurídicos distintos para as duas categorias – que também são imperfeitamente disciplinados.

VIII.5 – ***O conteúdo da distinção***

59. A utilização das expressões *"uso público"* e *"uso privativo"* remete de modo imediato à dicotomia acima referida, relacionada com a disciplina constitucional dos recursos econômicos.

Tomando por base os princípios consagrados nos arts. 170 e seguintes da CF/88, há atividades de satisfação de necessidades coletivas subordinadas ao regime de serviço público. E há outras atividades que se configuram como econômicas em sentido próprio e restrito, as quais são disciplinadas pelas normas de Direito Privado.

Essa diferenciação pode ser aplicada ao âmbito dos terminais portuários. Mais precisamente, deve ela ser obrigatoriamente adotada, por decorrência direta do regime constitucional.

Assim se passa porque as atividades de movimentação de passageiros e de movimentação e estocagem de cargas, na área dos portos, envolvem necessariamente a dicotomia constitucional apontada.

60. Tal como exposto acima, a consagração constitucional do art. 21, XII, "f", significa que as atividades ali referidas configuram a satisfação de necessidades coletivas essenciais. O seu desempenho deve necessariamente estar subordinado ao regime de serviço público.

Ou seja, a CF/88 **impõe** a existência de serviço público destinado a assegurar a movimentação de passageiros e a movimentação e armazenagem de cargas, quando provenientes ou destinadas a transporte aquaviário.

A referência a **instalações de uso público** exige o reconhecimento de que tais terminais são o instrumento pelo qual a União atende à determinação constitucional da existência de serviço público portuário.

61. Isso significa que as operações realizadas no âmbito dos terminais de uso público são subordinadas ao regime de serviço público, vigorando os princípios da indisponibilidade dos interesses a serem satisfeitos, da continuidade, da universalidade e assim por diante.

62. Por decorrência, as instalações de uso privativo apresentam-se como manifestação de atividade econômica em sentido próprio. Trata-se de um empreendimento subordinado à concepção da livre iniciativa, em que o particular aplica os seus recursos para desenvolver atividade disciplinada pelo Direito Privado. No exercício de sua autonomia, o particular deverá apenas preencher os requisitos mínimos de qualificação exigidos abstratamente de qualquer interessado. As operações não se subordinam aos princípios da continuidade e da universalidade, nem incide o regime de Direito Público.[27]

VIII.6 – ***Terminais de uso "privativo"***

63. A compreensão do papel constitucional dos terminais de uso privativo exige ainda maior aprofundamento.

VIII.7 – ***As espécies de uso privativo (art. 4º, § 2º, II)***

64. A disciplina jurídica dos terminais de uso privativo faz referência à existência de três modalidades, tal como acima exposto.

---

[27] O que não significa, evidentemente, a ausência de submissão ao poder de polícia estatal e, em especial, à competência regulatória pública.

64.1. Ora, a mera existência de modalidades distintas já propicia uma conclusão relevante.

Partindo-se do pressuposto de que os terminais de uso privativo seriam manifestações da autonomia privada no âmbito da atividade portuária, a decorrência seria a ausência da disciplina legislativa sobre *"espécies"* de terminais. Afinal, cada operador portuário daria ao terminal a configuração que melhor lhe aprouvesse.

Isso não se passa. A Lei exclui a autonomia privada para a configuração do uso do terminal de uso privativo, adotando soluções rígidas.

64.2. Efetivamente, são consagradas três modalidades de uso privativo. Há o uso exclusivo, o uso misto e o uso de turismo.

Não há definição para uso privativo misto. A omissão não pode significar, como é evidente, que a expressão não teria qualquer sentido normativo e que o terminal poderia ser utilizado para qualquer fim, segundo melhor aprouvesse ao operador. Essa interpretação seria incompatível com as regras basilares da hermenêutica: se a Lei distinguiu terminais privativos de uso exclusivo e terminais privativos de uso misto, é vedado ao intérprete negar a diferenciação.

VIII.8 – ***A exigência de "carga própria"***

65. A Lei não definiu terminais de uso privativo misto. Mas forneceu indicação sobre o conceito de terminais de uso privativo exclusivo. A al. *"a"* do art. 4º, § 2º, determina que se destinam eles à *"movimentação de carga própria"*.

A partir dessa definição e tomando em vista a disciplina sistemática do setor, pode-se reconstruir o conceito – pressuposto e encampado pela CF/88 – de terminais de uso privativo misto.

66. A previsão de que os terminais de uso privativo exclusivo destinam-se à movimentação e armazenagem de carga própria significa a vedação à sua implantação como instrumento de prestação de serviço público.

66.1. A referência à carga própria indica que o terminal se destina à movimentação e armazenamento de cargas de titularidade de um único e mesmo sujeito. Trata-se de admitir a *verticalização* das atividades econômicas, ou seja, que uma mesma e única empresa exercite a sua iniciativa

econômica não apenas no âmbito extraportuário, mas também instale terminal portuário para sua utilização *exclusiva*.

66.2. A exigência de *"carga própria"* indica, então, que o terminal portuário não se destinará a atender ao mercado, prestando serviços ao público em geral. Atuará no interesse e para benefício de determinada empresa, a qual não necessitará recorrer aos préstimos dos terminais de uso público.

Como decorrência, o terminal portuário não se sujeitará à obrigação de atendimento universal. Muito pelo contrário, prevalecerá justamente o princípio oposto. O serviço desempenhado no terminal será **exclusivo** em favor do seu próprio titular.

Também não se poderá cogitar de dever de continuidade. Como o interesse a ser atendido é privativo ao titular do terminal, cabe a ele deliberar sobre a continuidade ou a interrupção dos serviços.

Nem caberia aludir a isonomia, eis que o terminal não atenderia a terceiros, mas apenas ao próprio interessado.

66.3. Sob um certo ângulo, poderia ser afirmado que o terminal de uso privativo exclusivo promove o **auto-atendimento** das necessidades empresariais. A movimentação portuária não traduz uma atuação **externa**, mas se relaciona com a satisfação das necessidades internas a uma empresa determinada.

67. É verdade que a Lei não definiu mais precisamente o conceito de *"carga própria"*. Mas daí não se segue a consagração de um termo inútil. Trata-se apenas de uma **expressão indeterminada**[28], por meio do qual a Lei intencionalmente buscou evitar a consagração de uma solução excessivamente rígida e abstrata.

No caso concreto, cabe afirmar que o núcleo do conceito de *"carga própria"* se relaciona com a titularidade de direitos que assegurem ao sujeito o direito de usar, fruir e dispor de uma certa mercadoria. A carga própria

---

[28] Acerca dos chamados "conceitos indeterminados", confira-se o entendimento do Em. Min. EROS ROBERTO GRAU em Crítica da discricionariedade e restauração da legalidade. In: *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 196-198. Conforme ali se expõe, conceito é uma *suma* de idéias, abstrata, e o mínimo que se pode exigir de um conceito é que ele seja determinado. A reiteradamente referida "indeterminação dos conceitos" não é propriamente dos conceitos, mas dos termos que os expressam.

por excelência é aquela de **propriedade** do sujeito. Isso permite afirmar que o terminal portuário de uso privativo exclusivo destina-se a movimentar cargas de propriedade do seu titular.

Mas não pode ser reputado casual que a Lei tenha se valido da expressão *"carga própria"*. Se a intenção fosse indicar **apenas** as cargas de propriedade (formal) do mesmo titular, outra teria sido a solução.

Ora, é perfeitamente imaginável que um terminal portuário de uso privativo exclusivo seja estruturado como uma pessoa jurídica autônoma, formalmente distinta de outras sociedades integrantes do mesmo grupo. É usual que cada sociedade seja titular do domínio das cargas que serão movimentadas no terminal.

Se a Lei tivesse adotado a figura da *"propriedade"*, o resultado seria vedar que cargas cujo domínio fosse de empresas controladas, controladoras ou coligadas viessem a ser movimentadas no terminal de uso privativo exclusivo.

68. A expressão *"carga própria"* tem um conteúdo muito mais econômico do que jurídico. Não se trata de utilizar conceitos jurídicos tais como "domínio" ou "posse" para delimitar o âmbito de atuação dessa espécie de terminais. O que se pretende é um vínculo de natureza econômica que assegure a pertinência da carga ao mesmo empreendedor que é titular do terminal.

69. A função de um terminal de uso privativo exclusivo não pode ser a prestação de serviços a terceiros. Sempre que se reconhecer que, sob o prisma econômico, a movimentação portuária se configura como uma prestação de serviço a um terceiro, não vinculado ao operador, não existirá a *"carga própria"*.

O essencial reside na integração de atividades empresariais, de modo que a movimentação portuária configure-se como um elo numa mesma cadeia econômica produtiva. Qualquer manifestação puramente formal, que pretenda criar uma aparência de titularidade de carga, deverá ser desconsiderada.

VIII.9 – ***Os terminais de uso privativo misto***

70. Pode-se inferir que o terminal de uso privativo misto é aquele que conjuga operações com cargas próprias e com cargas que não o sejam. Essa é a única interpretação que pode ser extraída do dispositivo em questão.

A admissão de movimentação e armazenagem de cargas de terceiros em terminais de uso privativo apresenta necessariamente um cunho de excepcionalidade. Trata-se de solução anômala.

Como visto, o terminal de uso privativo exclusivo é destinado à movimentação e armazenagem de cargas próprias. Não seria incorreto afirmar que o terminal de uso público é vocacionado à movimentação e armazenagem de cargas não próprias.

Logo, a movimentação e armazenagem de carga alheia num terminal de uso privativo propicia uma certa desnaturação da figura. Produz-se atuação aberta a terceiros, sem aquele vínculo de integração empresarial vertical a que se aludira acima.

Ora, a admissão ampla e irrestrita da movimentação e armazenagem de cargas não próprias em terminais de uso privativo seria incompatível com a existência de terminais de uso público – e, por decorrência, com a definição constitucional acerca dos serviços públicos portuários.

71. Não existe nada nos textos legais relativos ao setor portuário que negue a sua submissão essencial, de longa origem histórica, à configuração dos serviços portuários como serviços públicos.

Esse é o regime geral. A exceção da movimentação de cargas de terceiros nada mais é que a previsão do aproveitamento econômico da capacidade ociosa dos terminais privativos. Contudo, isso não pode dar margem à frustração da finalidade legal, permitindo-se que terminais de uso privativo misto destinem-se, na realidade, a uma atividade primordialmente dirigida à movimentação e armazenagem de cargas de terceiros.

72. No modelo da legislação vigente, os terminais de uso público são os que se destinam a dar cumprimento às determinações constitucionais atinentes aos serviços portuários.

Na essência, os serviços portuários são oferecidos à

coletividade como serviços públicos. Isso significa que o Poder Público tem o *dever* de prestá-los de modo adequado e será *responsabilizado* pela sua inadequação. Esse dever e essa responsabilidade têm como contrapartida direitos dos usuários, os quais também são protegidos pelo regime público.

Os arrendatários das instalações de uso público fazem as vezes do Poder Público no desenvolvimento dessa atividade. Prestam o serviço por delegação. Submetem-se a intensa regulação – o que se reflete na garantia dada aos usuários, mas também nos custos diretos e indiretos do prestador. Muitos desses custos relacionam-se com a necessidade de manter estruturas aptas a atender, de modo satisfatório, todos os potenciais usuários interessados. Não se trata de restringir o foco a nichos de mercado economicamente mais atrativos, mas de *universalizar* a disponibilidade do serviço. A vocação do serviço público é de generalidade, não de especialidade.

73. Essa situação é bem descrita por CARLOS AUGUSTO SILVEIRA LOBO em trecho que merece transcrição:

> "*O terminal privativo é um verdadeiro estabelecimento da empresa a que pertence e integra sua atividade industrial ou comercial, até porque a finalidade precípua do terminal é a movimentação da carga própria, relacionada com o empreendimento. A movimentação de carga de terceiros visa a ocupar a capacidade ociosa do terminal.*
>
> "*O titular do terminal privativo desfruta de ampla liberdade de contratar a movimentação de cargas de terceiros, na medida em que possa preencher a capacidade ociosa de suas instalações portuárias e na medida em que seus serviços satisfizerem às pretensões dos terceiros. Distingue-se, assim, do serviço público portuário que, quando prestado por particulares, depende de delegação do poder público e se sujeita aos controles administrativos próprios*"[29].

VIII.10 – ***Os terminais de uso misto e cargas não-próprias***

74. Desse modo, a movimentação e armazenagem de **cargas de terceiros** não é um elemento essencial da configuração de um terminal de uso privativo misto. Pressupõe-se que todos os terminais de uso privativo (sejam exclusivos, sejam aqueles mistos) têm a finalidade de **movimentar**

[29] CARLOS AUGUSTO SILVEIRA LOBO, *Os terminais portuários privativos na Lei nº 8.630/93*, RDA nº 220, p. 28.

carga própria.

A diferença apenas é a de que o terminal de uso privativo misto admite, acessoriamente, a movimentação de carga de terceiros.

75. Portanto, ao dar aplicação às determinantes constitucionais, a lei consagra um sistema de serviços portuários que combina três hipóteses distintas.

75.1. A primeira é o oferecimento de serviços públicos portuários, segundo regime de direito público, prestados diretamente pelo Poder Público ou por meio de delegação (contrato de arrendamento).

75.2. A segunda é o "auto-serviço" portuário, em que a movimentação e armazenagem de carga é feita pelo próprio interessado. Esse é o sistema de movimentação de cargas próprias pelos terminais privativos exclusivos ou mistos. Tal como previsto desde a instituição dos terminais privados em 1966, as cargas especializadas que justifiquem esse investimento podem tender a deixar de ser movimentadas pelos portos públicos – que seriam ainda assim imprescindíveis para a carga geral.

75.3. E há uma terceira situação, consistente na movimentação e armazenagem de cargas de terceiros, além de cargas próprias, pelos titulares de terminais privativos mistos.

76. Desse modo, no modelo de serviços portuários vigente, não há nenhuma hipótese de pura e simples prestação de serviços portuários privados em favor de terceiros em geral. O que há é a possibilidade de, além de movimentar carga própria, o terminal privativo de uso misto movimentar carga de terceiros.

Nesse sentido, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO conclui o seguinte:

> "*Isto significa, então, inexoravelmente, que os serviços públicos portuários, quando trespassados pela União, só podem sê-lo em seguimento a um certame licitatório. Disto decorre que norma alguma poderia estabelecer de modo diverso e ato administrativo algum teria o condão de ensejar que sujeitos diversos da União ou criatura sua, sem licitação e sem concessão ou permissão, efetuassem serviços públicos*

portuários, isto é serviços desta natureza prestados a terceiros"[30]

A mesma conclusão é adotada por JOSÉ AFONSO DA SILVA, em parecer de 18.5.2003 juntado aos autos da ADIn nº 929-DF (fls. 86/39): "*É inconstitucional o disposto no art. 4º, § 2º, II, 'b', que possibilita a exploração de instalação portuária privativa (art. 1º, § 1º, V) para movimentação de carga de terceiros (porque isso é uso público) por simples autorização, e, pois, sem licitação*" (p. 117). Ou seja, o doutrinador vai até além do que aqui se defende: reputa irregulares em face da Constituição todos os terminais privativos mistos que movimentem carga de terceiros, ainda que movimentem também carga própria de modo substancial e principal.

JUAREZ FREITAS também tem lição inteiramente aplicável ao tema:

> "*... a exigência de movimentação proporcional, isto é, de modo a justificar, por si só, a sua implantação, nada mais é do que dizer que o terminal tem de ser de Uso Misto, ou seja, que não pode ser um simulacro, uma forma sibilina de evitar a licitação, uma fraude à lei* ".[31]

Idêntica preocupação é apontada por ANTONIO DELFIM NETTO, em artigo publicado no jornal *Valor Econômico* de 25.3.2008:

> "***Terminais de uso misto dificultariam regulação***
>
> "*Essa observação parece importante no momento em que se discute uma mudança de legislação, que eventualmente autorizará a instalação de terminais estritamente privados (sem a saudável exigência de carga própria significativa), que poderão movimentar cargas de terceiros: os estranhos terminais privativos de "uso misto". Quando há carga própria significativa, a razão para a carga de "terceiros" é que ela reduz os custos operacionais pelos ganhos de dimensão. Tais terminais competiriam com terminais verdadeiramente de "uso público", que são arrendados por licitação pública, por período bem definido e com a obrigação de devolver os ativos ao Estado uma vez findo o contrato.*
>
> "*A não-exigência de carga própria em volume significativo* ***possibilitaria ao autorizado, com um pequeno sofisma, exercer as funções de terminal público e operar contêineres de terceiros com evidente***

[30] Parecer de 17.12.2007, ora anexado, p. 8.
[31] Parecer de 15.3.2008, ora anexado, p. 14.

desrespeito à pré-condição de uma licitação com custos e obrigações de uma operação efetivamente pública. *No longo prazo, suas conseqüências podem ser desastrosas para a regulação da atividade.*

"*No caso de exportação de produtos agrícolas, nada impede que os pequenos produtores (que desejam livrar-se da pressão exercida pelas exportadoras que têm terminais de "carga própria") organizem-se na forma de cooperativas (ou outros arranjos) e possam também operar em terminais de "carga própria" significativa e, com investimentos adequados, manipular carga de terceiros para reduzir os seus custos. A mesma solução podem encontrar os pequenos exportadores de produtos minerais. Não há, portanto, a necessidade de terminais de "uso misto", que podem pôr em risco a eficácia da agência reguladora*" (original sem grifo).

IX – ***A EXCLUSÃO DA COMPETIÇÃO ENTRE TERMINAIS***

77. A partir de todas essas premissas, a conclusão a que se chega é a de que o sistema normativo não admite a noção de *competição direta* entre os terminais de uso público e os de uso privativo misto.

Assim se põe porque a utilização incondicionada de um terminal privativo para movimentação e armazenagem de cargas próprias ou de terceiros conduz à frustração da figura do terminal de uso público. O regime jurídico da atuação do terminal de uso público é muito mais rigoroso e severo do que o previsto para os terminais de uso privativo.

Em cumprimento à determinação constitucional de preservação dos serviços públicos portuários, os terminais de uso público estão sujeitos ao regime de Direito Público em suas operações, contrariamente ao que se passa com os terminais de uso privativo. Isso significa a existência de encargos muito severos recaindo sobre os operadores de terminais de uso público.

77.1. O primeiro encargo se relaciona à regra geral da licitação como requisito para instauração de um terminal de uso público. Isso significa que o interessado será obrigado a assumir encargos (seja em relação ao

Estado, seja quanto aos usuários) que não existem (também como regra) em relação aos terminais de uso privativo.

Logo, para exemplificar, é usual que o contrato de arrendamento de terminal portuário de uso público preveja o pagamento de encargos monetários em favor da Autoridade Portuária. Já um terminal de uso privativo não se subordina a pagamentos similares.

77.2. O segundo aspecto oneroso se relaciona ao dever de prestação de serviço público universal e ininterrupto, que recai apenas sobre o operador de terminal de uso público.

Isso significa que o terminal de uso público deve acolher toda e qualquer carga, a qualquer momento, desde que tal operação seja solicitada. É vedado ao operador escolher as cargas de maior valor agregado ou as épocas em que manterá a sua atuação.

Nenhum desses encargos recai sobre o operador de terminal privativo.

77.3. O terceiro ângulo consiste na temporariedade do contrato de arrendamento utilizado para a implantação de terminais de uso público. A contratação é pactuada por prazo determinado, o que significa um espaço de tempo para o desenvolvimento das atividades correspondentes.

Já um terminal de uso privativo é objeto de uma autorização, a qual é outorgada com prazo indeterminado, habilitando o beneficiário à atuação sem limite temporal.

77.4. O quarto aspecto se relaciona à reversão ao domínio público das benfeitorias e acessões edificadas pelo operador de terminal de uso público. Ao final do prazo do contrato, todos os bens afetados às operações portuárias são revertidos em favor do porto[32].

Isso não ocorre no âmbito do terminal de uso privativo, em que as benfeitorias e acessões permanecem no domínio privado.

77.5. O quinto aspecto se vincula à observância das regras, dos limites e dos encargos inerentes ao porto organizado, que é da inerência do regime a que se submetem os terminais de uso público. Os terminais de uso privativo não estão sujeitos a tanto.

---

[32] Ressalvada a hipótese de autorização para terminal de uso privativo sobre imóvel de titularidade da União. Mas essa é uma hipótese excepcional.

77.6. É evidente que os custos e ônus atinentes aos terminais de uso público são extremamente mais elevados do que os incidentes sobre os terminais de uso privativo. Portanto, não pode ser assegurado aos terminais de uso privativo o desempenho das mesmas atividades previstas em relação aos terminais de uso público.

78. Enfim, estabelecida a competição entre os terminais submetidos a regime jurídico distinto, os clientes optariam pelos que apresentassem menores preços. Mas os menores preços refletem os menores custos. Logo, os terminais de uso privativo poderiam praticar preços inferiores aos dos terminais de uso público – em escala e tempo suficientes para alijá-los do mercado.

Como conseqüência da previsível insolvência dos terminais de uso público, restariam para servir ao comércio exterior do Brasil e ao mercado apenas os terminais de uso privativo. Além de imprudente, do ponto de vista estritamente comercial, isso seria inconstitucional por infringir os princípios que orientam a livre concorrência – que pressupõe o equilíbrio nas condições de competição. Além disso, seria inconstitucional por frustrar a determinação constitucional sobre a existência de serviços públicos no setor portuário.

A submissão dos terminais de uso público ao regime de serviço público faz-se como decorrência dos valores consagrados constitucionalmente.

Por decorrência, seria inconstitucional adotar a solução da ampla e ilimitada atuação de terminais de uso privativo para movimentação e armazenagem de carga não-própria. A submissão de terminais portuários ao regime de serviço público reflete a determinação constitucional no sentido de assegurar a existência de um serviço universal e contínuo, adequado a satisfazer os direitos fundamentais e a promover o desenvolvimento nacional.

Os terminais de uso público são instrumentos de satisfação de interesses indisponíveis. Não se pode admitir que os atos do Poder Público reservem para esses terminais um tratamento mais desvantajoso, ofertando a operadores puramente privados a possibilidade de assumir idênticas funções – e ainda com amplas vantagens comparativas.

X – ***OFENSA AO PRECEITO FUNDAMENTAL DA LIVRE CONCORRÊNCIA***

79. A impossibilidade de concorrência entre terminais de uso público e terminais privativos de uso misto deriva imediatamente da aplicação dos preceitos constitucionais atinentes à livre concorrência.

Os atos da ANTAQ que ensejam a presente argüição desconsideram que se aplicam regimes jurídicos diferenciados aos dois tipos de terminais. Com isso, longe de instituir verdadeira competição, a conduta da ANTAQ – assim como a sua pretensão de alteração do regulamento atualmente existente – acaba falseando a concorrência e, assim, violando o preceito constitucional fundamental da livre concorrência.

X.1) ***A livre concorrência na CF/88: concorrência-instrumento***

80. O art. 170, inc. IV, da CF/88, estabelece que a ordem econômica brasileira deve observar o princípio da livre concorrência.

Trata-se de manifestação da liberdade de iniciativa, que é um dos fundamentos da ordem econômica (art. 170, *caput*) e um dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 1º, inc. IV). A livre concorrência, portanto, configura preceito fundamental da CF/88.

81. Entretanto, para a Constituição Federal, a livre concorrência não é um fim em si mesma. Destina-se a reprimir o abuso de poder econômico, o aumento arbitrário dos lucros e proteger o consumidor, de modo a assegurar a todos uma existência digna.

Essa é a lição de PAULA FORGIONI:

> *"O caráter instrumental da proteção da concorrência permanece na atual Constituição, que manda reprimir o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados e à eliminação da concorrência (art. 173, § 4º), em atenção ao princípio da livre concorrência (art. 170, IV). Manda, também, reprimir o aumento arbitrário dos lucros (art. 173, § 4º), conforme o princípio da defesa do consumidor (art. 170, V). Essa proteção, entretanto, vai inserta no fim geral e maior, qual seja, 'assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social'. A tutela da concorrência não é, portanto, um fim em si mesma e*

poderá ser afastada quando o escopo maior perseguido pelo sistema assim o exigir"[33].

82. Com base nisso, deve-se afastar a idéia equivocada de que a "livre concorrência" se faz pelo mero aumento do número de competidores em determinado mercado.

Nesse sentido, TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ aponta que "*o regime de competição ampla e irrestrita não pode ser tomado de forma ingênua como proliferação de agentes concorrentes*".[34]

X.2) ***A inviável concorrência entre terminais portuários***

83. Conforme exposto no tópico anterior, o sistema constitucional não admite concorrência ampla entre terminais portuários submetidos a regimes jurídicos distintos. Cada espécie de terminal tem sua vocação constitucional própria.

Nem poderia ser diferente. A instituição de concorrência ampla e irrestrita entre terminais de uso público e terminais privativos de uso misto seria desequilibrada. Os regimes jurídicos diferenciados que se aplicam a uma e a outra situação deixariam os terminais privativos com enormes vantagens competitivas. Haveria concorrência desleal e predatória, que não tem qualquer fundamento na Constituição.

Essa concorrência desleal inclusive é reconhecida pelos operadores dos terminais privativos de uso misto (embora tentem dar a ela uma roupagem de "eficiência"). O *Portonave*, por exemplo, em suas informações ao mercado, destaca que "*possui estrutura de custos mais eficiente do que seus concorrentes*", uma vez que "*está situado em área privativa, não sujeita a custos de arrendamento*" e que "*não está sujeito a utilização obrigatória de mão-de-obra sindicalizada (estivadores)*"[35].

84. O tema foi objeto de exame específico de TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR no parecer ora anexado. Em análise que tomou em conta especificamente as condições traduzidas na Resolução nº 517 da ANTAQ, o doutrinador assentou o seguinte:

---

[33] *Os Fundamentos do Antitruste*. São Paulo: RT, 1998, p. 170. Na mesma linha, ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO, parecer ora anexado, de setembro de 2007, p. 35.
[34] Parecer de 24.10.2007, ora anexado, p. 47.
[35] Doc. anexo, p. 17.

"*A Resolução ANTAQ nº 517/2005, ao exigir movimentação anual mínima de carga própria e estudo técnico que comprove que sua movimentação justifica, por si só, a instalação do terminal, apenas especificou, mediante regulamentação complementar, obrigação que já decorria das normas constitucionais e infraconstitucionais aplicáveis aos Terminais Privativos de Uso Misto,* ***evitando a ocorrência de fraude, o esvaziamento da modalidade de concessão de Terminais de Uso Público, e a concorrência imperfeita, com a atribuição de vantagens competitivas indevidas aos autorizatários de terminais privativos mistos***.

"***Esse desequilíbrio nas condições de competição implica falseamento da concorrência (art. 20, inc. I da Lei 8884/94),*** *que, se não constitui propriamente uma infração à ordem econômica, significa, quando decorrente de ato ou regulação ou omissão na regulação da ANTAQ, violação ao dever de prevenir a concorrência imperfeita, nos termos do art. 20 da Lei 10.233/00*" (original sem negrito).[36]

ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO também analisou o tema no trecho seguinte:

"*É fácil perceber que o panorama concorrencial promovido por uma aproximação normativa entre os conceitos de terminais públicos e terminais privativos de uso misto, caracterizado pela assimetria regulatória havida a partir da coexistência de dois regimes jurídicos bastante diferentes – o dos serviços públicos concedidos e o das atividades privadas regulamentadas –, vai gerar forte desigualdade competitiva em favor dos terminais privativos. O que está em jogo é a compatibilidade constitucional da promoção de um estado de coisas evidentemente anti-isonômico*"[37]

X.3) ***A ofensa constitucional***

85. Portanto, as condutas da ANTAQ ora impugnadas, longe de privilegiar a livre concorrência, apenas ampliam a competição imperfeita e predatória, indesejada pelo sistema normativo. Isso porque simplesmente

[36] Parecer de 24.10.2007, ora anexado, pp. 48/49.
[37] Parecer de setembro de 2007, ora anexado, p. 45.

desconsideram as (muitas) vantagens competitivas dos terminais privativos em comparação com os de uso público.

Confira-se o que afirma ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO em parecer sobre o tema:

> "*O terminal portuário privativo não foi concebido para ser opção ampla e irrestrita ao terminal de uso público. Caso o fosse, o legislador teria de tê-los submetidos às mesmas obrigações; não cabe à lei promover discriminações injustificadas entre agentes econômicos, favorecendo a competitividade de uns em detrimento da de outros. Dar-se-ia, aqui, o que a teoria econômica chama de* cherry picking*: os terminais portuários de uso privativo misto, liberados da exigência de operarem cargas próprias, mas contando com preços livres, e, ainda, desonerados do dever de universalidade e continuidade, enfrentariam os terminais públicos com larga vantagem; escolheriam os melhores usuários e as cargas mais valiosas, restando, àqueles, as cargas menos lucrativas e de maior risco. A prática merece tradução popular e livre, que ora se pede vênia para sugerir: é a de 'ficar com o filé mignon'. Aos terminais públicos restaria roer algum osso*"[38].

86. Essa questão foi enfrentada por TERCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR, que chegou à seguinte conclusão:

> "*Ademais, sendo o interesse motivador da autorização* [para terminais privativos] *o ganho social (serviço eficiente) com a integração econômica (evitar ociosidade), a operação do terminal deve concretizá-lo, de forma que seja respeitada a movimentação mínima, que, aliás,* ***deve ser preponderante*** *com relação ao total de cargas movimentado, sob pena de se transformar o terminal privativo misto em terminal para movimentação de cargas de terceiros, com pseudo-natureza de serviço público, mas, na verdade, com a liberdade e o interesse do regime privado.*
>
> "*O regime de serviço público é, assim, falseado, pois permite a movimentação da carga de terceiros sem os ônus do serviço público, pois aberto, ao arbítrio do autorizado, ao uso exclusivo, na medida em*

[38] Parecer datado de setembro de 2007, ora anexado, p. 39.

que isso sirva ao interesse privativo de obtenção de lucro. O que significa tratar interesses rivais *com a aparência de* não rivais. *Para evitar esse falseamento é que a movimentação de cargas de terceiros deve ser residual, com o único intuito de evitar o desperdício de capacidade (ociosidade dos terminais públicos que passam a ter carga desviada excessivamente para terminais privados), em esforço de otimização da operação e racionalização do setor portuário*".[39]

87. Assim, a concorrência irrestrita entre terminais de uso público e terminais privativos de uso misto, patrocinada pelas condutas da ANTAQ ora denunciadas, é falsa e sem base constitucional.

Trata-se da instituição de uma concorrência predatória. Prejudica não somente os operadores de terminais públicos, mas toda a regulação do setor portuário, baseada na instituição dessas atividades como serviços públicos.

A conduta da ANTAQ é incompatível com o princípio constitucional da livre concorrência. A concorrência irrestrita pretendida pela ANTAQ beneficiará apenas as empresas que exploram e que venham a explorar terminais privativos de uso misto.

Como os operadores de terminais de uso público não têm condições de competir com os operadores de terminais privativos, ainda que atuem com a máxima eficiência possível, a concorrência irrestrita pretendida pela ANTAQ não gerará benefícios ao setor portuário. Afinal, mesmo a melhora na gestão de terminais públicos não será suficiente para competir com os terminais privativos de uso misto.

O resultado da conduta da ANTAQ é absolutamente oposto à idéia de concorrência-instrumento consagrada na Constituição Federal.

XI – ***OS PREJUÍZOS À COLETIVIDADE***

88. A manutenção da situação atual, de prestigio ilegítimo aos terminais de uso privativo misto e potencial destruição dos terminais de uso público, será causa de graves danos à economia nacional.

---

[39] Parecer de 24.10.2007, ora anexado, pp. 43/44.

É que, com a redução das atividades dos terminais de uso público, estes não teriam condições de investir em suas infra-estruturas – que, ao final da concessão, revertem justamente ao Poder Público. Ou seja, provocar-se-ia um verdadeiro sucateamento das estruturas públicas.

Como se não bastasse, a redução das atividades dos terminais de uso público em virtude da criação de um sem número de terminais privativos impediria os ganhos decorrentes de economias de escala. Com isso, seus custos aumentariam e, para não provocar a paralisação das atividades, teriam necessariamente de ser repassados às tarifas – provocando ainda mais redução da procura.

89. Não se trata de proteger os interesses dos operadores de terminais públicos, e sim os interesses públicos relacionados à continuidade, universalidade e modicidade que se aplicam a esses terminais.

Como foi demonstrado acima, os terminais de uso público desempenham serviço público. Trata-se de imposição constitucional que haja a prestação de serviços públicos portuários, sob regime de direito público. Isso porque tais serviços são relacionados à promoção de garantias fundamentais e outros valores de interesse nacional.

Na medida em que se institua concorrência predatória com terminais privativos, aqueles valores que a Constituição Federal pretende garantir serão comprometidos. Os terminais de uso público não terão condições de manter suas atividades e de continuar prestando seus serviços segundo aqueles postulados.

Isso afetará com especial gravidade aqueles usuários que se utilizam de terminais de uso público e não têm condições econômicas nem escala suficiente para criar seus próprios terminais privativos. Eventual aumento das tarifas dos terminais de uso público ou a redução da atividade destes obrigará aqueles usuários a buscarem terminais privativos de uso misto de propriedade de terceiros. Tais terminais, entretanto, não serão obrigados a movimentar as suas cargas. Nem lhes assegurarão as condições de continuidade, regularidade, modicidade tarifária e isonomia próprias do regime de direito público.

90. Portanto, a ANTAQ, por meio das condutas já referidas, vem propiciando as condições para a destruição de pilares fundamentais da ordem constitucional brasileira. Sua atuação é apta a comprometer a própria soberania nacional e a propiciar a subordinação dos interesses fundamentais da Nação brasileira à conveniência de agentes econômicos estrangeiros.

Sem base constitucional nem legal, a conduta da ANTAQ tem interferido no regime jurídico que preside a convivência e a coordenação entre os terminais de uso público e os terminais de uso privativo misto. Os atos da ANTAQ têm frustrado a distinção entre elas e contrariado os preceitos constitucionais que são concretizados justamente por meio desta distinção.

91. Esta questão assume importância fundamental tanto em termos jurídicos como práticos.

Sob o ângulo jurídico, a definição desse regime tem direta relação com as determinantes constitucionais acerca do papel reservado ao serviço público na ordem econômica brasileira. Vincula-se à compreensão adequada da opção constitucional atinente às responsabilidades do Estado brasileiro no setor portuário. Diz respeito, portanto, à compreensão das escolhas da Constituição sobre a dimensão do Estado na ordem econômica brasileira.

Por outro lado, a relevância prática e concreta da matéria objeto desta argüição é transcendente, em especial pelo potencial danoso da conduta da ANTAQ – caso não seja imediatamente obstada.

O que está em discussão, em última análise, é a preservação ou não da capacidade do Estado brasileiro de gerir, organizar e disciplinar o seu setor portuário. O risco envolvido nesta discussão é o de, por via indireta, sem qualquer processo formal de debate público nem qualquer decisão democrática, a conduta concreta da ANTAQ levar à **extinção** do setor portuário público no Brasil.

A conseqüência será a existência, no Brasil, de um setor portuário alheio aos controles públicos (exigidos pela CF/88), subordinado aos interesses de um pequeno número de investidores internacionais – os quais, virtualmente, comandarão a atividade portuária e, por decorrência, o comércio

exterior brasileiro. É exatamente este cenário que a CF/88 pretendeu evitar ao consagrar a titularidade pública sobre os portos

92. Ao estimular, à margem da Constituição, a criação de verdadeiros portos privados – que, por definição, não têm nem as obrigações nem os custos dos terminais portuários públicos –, a ANTAQ tem gerado competição predatória e desequilibrada. Essa conduta destrói o sistema constitucional de atribuição de competências estatais neste setor. E, em termos econômicos, torna impossível a sobrevivência dos terminais públicos.

A conseqüência é evidente: em poucos anos, a multiplicação de portos privados, com perspectiva de controle e gestão à conveniência privada de grupos nacionais ou internacionais, inclusive empresas armadoras, esvaziará por completo os portos públicos da costa brasileira – numa evidente rota de conflito com a própria soberania nacional.

É mundialmente reconhecido que o custo do frete configura componente fundamental na formação do custo logístico total. No Brasil, o frete aéreo já é preponderantemente estrangeiro; lamentavelmente, assim é, também, com o frete marítimo – via em que circulam mais de 95% dos bens de comércio exterior do país. Se forem adotadas, agora, as medidas *"privatizadoras"* pretendidas, aparentemente visando apenas ao suprimento de novas alternativas logísticas ao mercado, o único resultado efetivamente previsível é que, em futuro próximo, os terminais portuários terão fugido, eles também, da esfera pública de controle. Seguramente, não é isso que a CF/88 prevê quando submete ao controle público a exploração dos portos (art. 21, XII, "f", da CF/88).

O fenômeno é denunciado por GESNER DE OLIVEIRA em parecer específico sobre o caso:

> *"As autoridades de regulação e de defesa da concorrência enfrentam um grande desafio em segmentos que apresentam características de indústria de rede, tais como o setor portuário. A assimetria regulatória neste setor deve ter como conseqüência o desestímulo ao investimento em terminais públicos, o que levaria a um subinvestimento nas áreas de concessão pública. Conseqüentemente a rede terminaria por não se*

adensar, inibindo a concorrência no médio prazo com prejuízo para o funcionamento do mercado".[40]

Ou seja, o estímulo estatal – inclusive, mas não só, por meio da omissão da ANTAQ – ao desrespeito da CF/88 terá como conseqüência direta a supressão de investimentos privados em portos públicos. Incentiva-se o caminho aparentemente mais fácil, mas inconstitucional, dos "terminais mistos ilegítimos", em detrimento dos terminais de uso público, cujas instalações revertem ao Poder Público e são usadas para a prestação de serviços públicos.

A conseqüência é previsível: nenhum investidor privado aportará capital em terminais públicos, se estes estiverem sujeitos à concorrência desequilibrada e assimétrica dos terminais privativos mistos ilegítimos. A falta de clareza na disciplina jurídica acarreta prejuízos à Nação brasileira. Destrói-se o setor portuário público, que é patrimônio do Estado brasileiro, e se permite a consolidação de um sistema irregular – mas que, em pouco tempo, ocupará o espaço que será deixado pela supressão dos portos públicos.

Portanto, se não houver uma drástica e urgente alteração na conduta da ANTAQ, portos como os de Santos, do Rio de Janeiro, de Itajaí (localizado na margem oposta ao terminal da *Portonave* em SC) ou de Paranaguá definharão até o ponto de se tornarem obsoletos. Esta preocupação é real e concreta.

Desse modo, a presente argüição versa sobre questão de fundamental importância, tanto por dizer respeito à delimitação constitucional dos serviços públicos – que estão na base da própria definição do Estado contemporâneo e têm vínculo imediato com os direitos fundamentais – quanto por se relacionar com riscos econômicos de grande magnitude.

93. No presente feito, tal como prevê o art. 10 da Lei nº 9.882/99 e é abaixo explicitado, a Autora pretende obter declaração, com eficácia *erga omnes*, acerca das condições e modo de interpretação e aplicação dos preceitos fundamentais ora adotados como parâmetro de controle da conduta estatal.

---

[40] Parecer de 24.3.2008, ora anexado, p. 28.

Espera a definição, pelo E. Supremo Tribunal Federal, dos limites para a compreensão adequada dos dispositivos constitucionais que conformam o regime jurídico da convivência (leal, correta, equilibrada) entre os terminais portuários de uso público e os de uso privativo misto.

Com estas providências, espera que sejam afastados os riscos da conduta da ANTAQ ora atacada, eliminando-se de modo definitivo a ameaça de o setor portuário brasileiro tornar-se gradualmente incompatível com a missão que a Constituição lhe reserva de instrumento para o desenvolvimento nacional.

Ressalte-se que o modelo atual, baseado na movimentação de carga geral em terminais de uso público, sob regime de serviço público e mediante concessões precedidas de licitação, tem sido extremamente bem sucedido. Permitiu a ampliação de 255% na movimentação de contêineres no Brasil, ao longo dos últimos dez anos, e não há qualquer limite para que seja ampliado de modo indeterminado – sempre com o respeito ao regime constitucional atinente ao serviço público e à livre (e justa) concorrência.

XII – ***O PEDIDO: INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DOS PRECEITOS FUNDAMENTAIS***

94. Com o acatamento devido, pede-se que a presente argüição seja julgada procedente para o fim de, com base nas razões já expostas, **declarar as condições essenciais para a interpretação e aplicação do art. 21, XII, "f", da CF/88, especialmente à luz dos art. 1°, IV, art. 170, *caput*, parágrafo único e inc. IV, o art. *173* e o art. 175 da CF/88**.

Espera-se a declaração de que tais preceitos impõem o oferecimento, a manutenção e a proteção de um sistema de serviços portuários prestados, sob regime de direito público (serviço público), diretamente pelo Poder Público ou, indiretamente, mediante delegação, sob a forma de concessão ou permissão de serviço público, contratadas após prévia licitação.

Pede-se também a declaração de que tais preceitos fundamentais exigem que as operações de movimentação e armazenagem de cargas de terceiros sejam realizadas primordialmente por meio de instalações

portuárias de uso público, que operam mediante regime jurídico de direito público (de concessão ou permissão) e são submetidas, em regra, a prévia licitação

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

Por fim, espera-se o reconhecimento de que a conduta da ANTAQ importa descumprimento dos preceitos fundamentais ora invocados, de acordo com as condições essenciais para sua interpretação e aplicação que se pede sejam aqui declaradas.

XIII – ***NECESSIDADE DE CONCESSÃO DE LIMINAR***

95. Com o máximo respeito, a Autora necessita da concessão de medida liminar (Lei 9.882/99, art. 5º).

A conduta atual da ANTAQ permite que terminais de uso privativo misto ilegítimos concorram, em situação de ampla vantagem competitiva, com terminais de uso público.

O caso de *Portonave* é revelador: mesmo sem qualquer carga própria significativa, está atuando fortemente, com grande potencial de esvaziamento acelerado de terminais públicos concorrentes.

Esse caso tem servido de estímulo para que outros empreendimentos igualmente ilegítimos se desenvolvam – alguns com potencial nocivo muitíssimo maior, como o chamado *Porto Brasil*. Este se apresenta com a pretensão de movimentar quantidade de contêineres igual à totalidade do que hoje se movimenta em todo o Brasil.[41]

Tal risco é imediato e concreto. Conforme antes exposto, a titular desse projeto (empresa *LLX Logística S.A.*) até mesmo já apresentou à CVM seu prospecto preliminar de distribuição pública de ações, com o objetivo

[41] Na documentação em anexo, há várias referências a tais projetos. São mencionados em matéria das fls. 10/15 da revista *Trade and Transport*, de março de 2008 (com simulações gráficas que mostram a magnitude de tais "terminais privativos") e em DVD de divulgação distribuído pela empresa *LLX*, titular do projeto Porto Brasil.

de buscar investidores nacionais e estrangeiros para financiar o projeto. Também já deu andamento ao EIA/RIMA para o empreendimento "*Porto Brasil – Complexo Industrial Taniguá*", cuja audiência pública, designada para o dia 26.3.2008, apenas não se realizou em face de liminar concedida no mesmo dia pela Justiça Federal de Santos.[42]

Permitir a existência de terminais privativos de uso misto não destinados à movimentação primordial de carga própria implica a consagração de **concorrência desequilibrada e injusta**, que não estimula, mas destrói o setor portuário concebido pela Constituição.

Nas palavras de JUAREZ FREITAS, "*consentir que os terminais de uso misto operem sem carga própria ou com carga própria meramente nominal e de fachada seria subtrair do sistema a viga mestra que mantém a harmonia salutar entre o Porto Público e os Terminais Privados*".[43]

Os terminais privativos prestarão, com intensidade cada vez maior, serviços de interesse público a terceiros, sem licitação e sem as obrigações que incidem sobre os terminais públicos. Toda a atividade portuária sofrerá profunda modificação, incompatível com a Constituição e com o interesse coletivo.

Como resultado, não serão assegurados aqueles valores que justamente o regime jurídico dos serviços públicos pretende consagrar, por imposição constitucional. E mais: haverá o inevitável **desaparecimento do investimento privado em portos públicos** – o que é exatamente o oposto do que pretendeu o art. 21, XII, "f", da CF/88, ao dar natureza pública à exploração dos portos. Nenhum empresário sério ousará investir em terminais públicos, com o risco de ser mantida a concorrência predatória, e de extensão hoje indeterminável, dos terminais de "uso privativo misto".

As conseqüências macroeconômicas derivadas dessa situação são desastrosas. Quase todo o comércio exterior brasileiro estará sujeito à conveniência e à estratégia comercial de alguns grupos privados, sejam nacionais ou, ainda mais grave, estrangeiros.

---

[42] A decisão foi proferida em cautelar autuada sob o nº 2008.61.04.002439-8, proposta pelo Ministério Público Federal, e baseou-se na circunstância de que o empreendimento seria instalado em área habitada por comunidade indígena tradicional. Mas o risco de o processo ser retomado está presente.

[43] Parecer de 15.3.2008, ora anexado, p. 17.

96. Esse perigo é iminente. Na realidade, já há dano efetivo em virtude da inobservância dos critérios previstos na regulamentação atual para a concessão de autorizações para a instalação de terminais privativos (citem-se, por exemplo, os casos da *Portonave*, já em operação, e da *Itapoá* e *Imbituba*, já autorizados).

O risco de ampliação desses danos é ilimitado. É inegável que a manutenção dessa conduta indevida da ANTAQ – inclusive com a revogação da resolução atual – abrirá a porta para prejuízos ainda maiores às operações portuárias. O *Porto Brasil* é uma boa demonstração disto: sob a roupagem de "terminal privativo misto", pretende-se criar um porto maior do que o de Santos, apto a movimentar, sozinho, **toda a carga em contêineres** que transitou pelo território brasileiro em 2007.

A situação gerada pela conduta da ANTAQ é grave. Provoca-se um ambiente de **absoluta incerteza regulatória**, que prejudica imediatamente os investimentos nos terminais portuários de uso público.

Relembre-se que, dos bens de comércio exterior do Brasil de maior valor agregado, usualmente acondicionados em contêineres, a parcela mais substantiva é movimentada justamente nesses terminais de uso público – que atendem com eficiência as necessidades do transporte marítimo e levaram o comércio exterior brasileiro ao patamar de R$275 bilhões em 2007.

Ora, em um setor de tamanha importância para a economia do País, não se pode admitir um ambiente de falta de segurança. Será impossível que sejam levados adiante os projetos de investimento nos portos públicos – os quais, em última análise, resultam em patrimônio público – sem a segurança de que as determinantes constitucionais serão preservadas.

97. Além disso, a lesão a preceitos fundamentais também foi amplamente demonstrada nos tópicos acima.

Comprovou-se como a situação que está sendo criada é absolutamente incompatível com preceitos constitucionais fundamentais atinentes aos portos e a toda a ordem econômica.

Há o risco de destruição do sistema, previsto constitucionalmente, de serviços portuários de natureza e sob controle públicos.

E isto não através de revisão constitucional ou de algum outro meio formal de reforma, mas de modo indireto e oblíquo, por meio da permissão a que terminais privativos, sem plena e comprovada justificativa econômica em carga própria, possam operar com cargas de terceiros, numa concorrência exacerbada, desequilibrada e inconstitucional com os terminais de uso público.

E mais: existe o risco concreto de **perda da soberania nacional sobre os serviços portuários**. A destruição do sistema portuário público será acompanhada pela assunção desse serviços por investidores internacionais, aos quais não será imposto nenhum controle estatal brasileiro.

Esta situação já existe no âmbito da *Portonave*, que é o único terminal oceânico em funcionamento, de modo ilegítimo, sob o regime de uso privativo misto.[44] Há vários outros terminais fluviais na mesma situação. E estão em curso de implantação diversos outros empreendimentos que reproduzirão a mesma situação danosa em uma variedade de outros terminais.

No caso dos autos, o prosseguimento da conduta da ANTAQ – de não observância dos limites constitucionais, seja por meio do descumprimento da regulamentação atual, seja através da reforma dessa regulamentação – levará à supressão ou a uma drástica atrofia dos portos públicos no Brasil e à sujeição inexorável do setor portuário brasileiro a interesses, conveniência e estratégia comercial tipicamente privados, não necessariamente alinhados ao interesse do Estado.

Se o Estado brasileiro, por meio da ANTAQ, revela hoje absoluta incapacidade em fazer valer a disciplina normativa relativa a esta área, pode-se imaginar o que ocorrerá em poucos anos, após a gradual destruição dos portos que operam sob o regime jurídico de direito público.

Assim, a Autora aponta, respeitosamente, que estão presentes os requisitos previstos no art. 5º, § 1º, da Lei 9.882/99 para a intervenção urgente desse E. Supremo Tribunal Federal, nos termos explicitados adiante.

---

[44] A situação da *Portonave* pode envolver até mesmo a perda de controle nacional. Segundo informações divulgadas, retratadas nos documentos em anexo, seu controle acionário é compartilhado entre uma empresa brasileira (*Triunfo Participações e Investimentos*) e a empresa *Backmoon Investments*, de nacionalidade ignorada.

98. Com o acatamento devido, a Autora pede o **deferimento de medida liminar para o fim de, durante a pendência do presente feito, declarar as condições de interpretação e aplicação dos preceitos fundamentais da Constituição, tal como explicitadas no item XII acima**.

A Autora necessita desse provimento liminar com urgência, na forma do art. 5º, § 1º, da Lei nº 9.882.

As condutas da ANTAQ descritas em tópico anterior produzem novos prejuízos a cada dia e podem, a qualquer momento, gerar danos permanentes e irreparáveis.

Já permitiram o pleno funcionamento de um terminal supostamente de uso privativo misto em Itajaí (SC) – terminal da *Portonave* –, que estabelece concorrência predatória com diversos portos da região, especialmente com os portos públicos de Itajaí (SC) e de Paranaguá (PR).

E mais: há proposta em tramitação na ANTAQ para a alteração da regulamentação atual e para a consagração da ilegitimidade neste setor.

Por fim, o próprio Congresso Nacional tem um projeto de conversão de MP em Lei, do qual consta emenda destinada a, sem maior preocupação com os fatos ora expostos, liberar por completo os terminais de uso privativo misto da movimentação e armazenagem de carga própria.[45]

Todos esses fatores representam risco de **agravamento imediato** das incertezas que hoje envolvem o setor portuário público nacional e que podem conduzir à ausência de investimentos privados em portos públicos. Há a necessidade urgente de intervenção do Supremo Tribunal Federal, a fim de estabelecer de modo claro e definitivo as determinantes constitucionais que devem presidir a conduta do Poder Público neste campo.

---

[45] Trata-se do projeto de conversão em lei da MP nº 412/2007, cujo objeto é a "*a prorrogação do Regime Tributário para Incentivo à Modernização e à Ampliação da Estrutura Portuária - REPORTO, instituído pela Lei nº 11.033, de 21 de dezembro de 2004*". A emenda nº 004, de autoria da Senadora KÁTIA ABREU, pretende alterar a redação do art. 4º, § 2º, II, da Lei nº 8.630/93 para que passe a prever a "*movimentação de carga própria e/ou de terceiros*", supostamente para permitir que terminais privativos passassem a prestar ampla e ilimitadamente serviços públicos portuários. Tal como revela a documentação ora anexada, esta e outras propostas de alteração da legislação portuária foram idealizadas pela Senadora na condição de vice-presidente da Confederação Nacional da Agricultura – embora demonstrem desconhecimento da distinção entre os setores de granéis (inclusive agrícolas) e contêineres.

Cabe o deferimento da v. ordem liminar para o fim de suprimir qualquer dúvida interpretativa, impedindo que qualquer ente ou agente público atue de modo contrário à definição constitucional que vier a ser adotada pelo E. Supremo Tribunal Federal.

99. Note-se que as medidas urgentes ora buscadas não ocasionam qualquer dano irreparável à ANTAQ ou a quem quer que seja.

Destinam-se apenas a garantir o respeito à Constituição, mantendo um sistema portuário que vem experimentando um crescimento marcante nos últimos dez anos, desde a implantação concreta da Lei nº 8.630/93 – com quase toda a carga geral portuária sendo ainda hoje movimentada por meio dos terminais de uso público.

XIV – **CONCLUSÃO**

100. Em face do exposto e do que será certamente suprido pelos eminentes Ministros Julgadores, a Autora espera a concessão da medida liminar, *ad referendum* do Plenário, nos termos indicados acima.

Pede a citação da Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ, na pessoa de seu Diretor-Geral, no endereço mencionado no preâmbulo desta manifestação, para que cumpra de imediato a v. liminar e ofereça, no prazo legal, as informações de que dispuser (Lei 9.882/99, art. 6º).

A Autora ainda protesta pela requisição de informações adicionais da ANTAQ, pela designação de peritos que emitam parecer sobre a questão e pela ouvida de especialistas, que serão oportunamente indicados, bem como pela realização de audiência pública na forma do art. 6º, § 1º, da Lei 9.882/99.

Sempre com a ouvida da Procuradoria Geral da República, espera a prolação de v. acórdão que reconheça que as condutas ora denunciadas violam os preceitos fundamentais da Constituição Federal acima mencionados.

Pede, assim, que esse E. STF estabeleça os critérios para a interpretação e a aplicação adequadas de tais preceitos fundamentais, com

eficácia *erga omnes*, de modo a declarar de modo definitivo os critérios de interpretação e aplicação explicitados acima.

Dá à causa o valor de R$1.000.000,00 (um milhão de reais).

Pede deferimento.

Brasília, 2 de abril de 2008.

p.p. _____
Marçal Justen Filho
OAB/PR 7.468

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