

SERVIÇO PORTUÁRIO E CONCORRÊNCIA: EQUILÍBRIO COMPETITIVO ENTRE O REGIME PÚBLICO E O PRIVADO

*Juliano Souza de Albuquerque Maranhão**

1. Introdução

É desnecessário discorrer sobre a importância do setor portuário para a economia nacional, em particular, no contexto de globalização econômica e seu corolário de abertura e integração comercial. O setor foi, por vezes, nesse movimento, apontado como um dos grandes culpados pelo chamado ‘custo Brasil’, como um entrave para o crescimento econômico, carente de urgentes investimentos.

Em resposta a esse *desideratum*, nas últimas duas décadas, o setor portuário tem sido alvo de investimentos públicos e privados para a modernização e de sua infra-estrutura, aumento de capacidade e de eficiência da prestação do serviço.

Porém, para que a modernização da infra-estrutura portuária fosse levada a cabo, algumas modificações foram necessárias no arcabouço jurídico que disciplina a prestação desse serviço essencial. Tais modificações não se restringiram a alterações legais, mas implicaram uma revisão da própria interpretação de institutos jurídicos tradicionais, típicos de uma administração centralizada. Isso porque a introdução de um modelo de gestão empresarial de prestação de serviços públicos em parceria com o setor privado, no contexto de um Estado Regulador da Economia, pautado pelo princípio constitucional de eficiência, leva a uma flexibilização do princípio de legalidade em sentido estrito e das formas de atuação de particulares em campos antes reservados ao Estado, de forma a compatibilizar o imperativo e a necessidade, constantemente renovada, de desenvolvimento do setor. Nesse contexto, institutos como a autorização, que possuem um determinado sentido para a dogmática administrativista tradicional, passam a adquirir acepções diversas quando transpostos para a esfera da ordem econômica.

Surgem, assim, alguns problemas e conflitos na interpretação de regras e, em particular, questionamentos acerca da competência administrativa

* Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

e normativa da agência reguladora do setor, a ANTAQ. Esta, ao regulamentar o disposto em lei sobre as modalidades de uso das instalações portuárias, especifica a distinção legal, estabelecendo prerrogativas que se refletem, mormente em questões concorrenciais, nas condições de atuação de concessionários e autorizatários: os primeiros submetidos a regime público, os segundos, à livre-concorrência. Tal especificação deve cuidar para não introduzir distorções entre os agentes econômicos em um ou outro regime.

Sendo a concorrência o principal catalisador da eficiência na gestão de serviços públicos, suscita-se, sobretudo, o problema de um desequilíbrio concorrencial, capaz de interferir no desempenho das concessões e autorizações. Daí a necessidade de ordenar, sistematicamente, as competências, para bem compreender-lhes as exigências, as condições e os limites. É o que se procurará fazer no presente trabalho.

2. O modelo de gestão empresarial do serviço público no Estado Regulador e o papel da concorrência

Em atenção ao princípio da predominância do interesse, a CF enumera, em seu art. 21, as competências administrativas da União, dentre as quais está a competência para explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os portos marítimos, fluviais e lacustres (CF art. 21, XII, *f*). Em consonância com a discriminação dessas competências, a CF atribui à União a competência privativa para legislar sobre regime dos portos (art. 22, X). Dispõe o art. 175 da CF que: ‘Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos’.

E seu parágrafo único determina que a lei disponha sobre o regime das empresas concessionárias ou permissionárias, os direitos dos usuários, a política tarifária e a obrigação de manter serviço adequado.

Esse dispositivo fala obviamente de serviços públicos como aqueles que, por natureza jurídica, são estatais. No contraste com os serviços sujeitos à livre iniciativa e objeto dos artigos 173 e 174 da CF, são serviços que estão submetidos ao regime público, não obstante seu conteúdo econômico. Dentre estes estão os de exploração de portos marítimos, fluviais e lacustres (art. 21, XII, *f*, da CF).

Para bem entender esse regime e sua natureza jurídica, sublinhe-se que cabe ao Estado prestar tais serviços diretamente ou por empresa estatal

de serviços, em termos de descentralização por personalização da entidade prestadora, ou mediante concessão ou permissão que pode ser feita a uma entidade privada por meio desses instrumentos de direito público.

Nesse sentido, ao rigor da CF, a Administração escolhe discricionariamente se presta o serviço diretamente, de forma centralizada ou por empresa estatal (pública ou de economia mista) oriunda da mesma esfera federativa, ou se o delega à empresa privada ou estatal de outra esfera da federação. A exigência constitucional de licitação ocorre neste último caso.¹

Embora semelhantes entre si, a empresa estatal criada para a prestação de serviço público e a concessionária de serviço público, uma importante diferença entre ambas está em que àquela não se aplicam inteiramente os ditames do art. 175 da CF, como as regras de reversão, a encampação, já que os serviços não lhe são outorgados por concessão, mas por lei instituidora que lhe fixa o objeto.²

Nesse quadro, é importante assinalar o sentido adquirido pelo serviço público na Constituição vigente, tema já explorado em outra oportunidade.³ Anteriormente, o serviço público era visto como uma generosidade do Estado, sendo que as regalias de gratuidade ou benefícios fiscais, advindas de um poder centralizador, constituíam não só uma visão restritivamente estatizante do serviço, mas também, nesse contexto, um meio de ‘redução de custos’ para uma prestação e organização bastante ineficiente de ativos. Porém essa redução de custos era obtida por meio de vantagens ou mesmo de subsídios, que acabaram por inflar e sobrecarregar a máquina estatal.

Tratando-se de uma ‘generosidade’ e considerando que a exploração do serviço não trazia nem almejava ‘lucro’, ou mais, que certamente muitas vezes não se auto-sustentava pelas receitas obtidas, até parecia apropriado conceber o serviço público como atividade capaz de conviver com prejuízos econômicos. Tudo em detrimento dos administrados do serviço, que não

¹ Vide a explicação de meridiana clareza de Celso Antônio Bandeira de Mello em sua obra *Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta*. São Paulo: RT, 1987.

² SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 682.

³ MARANHÃO, Juliano; FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. ‘O princípio de eficiência e a gestão empresarial na prestação de serviços públicos: a exploração econômica das margens de rodovias’, *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, ano 5, n. 17, jan./mar. 2007, p. 191-209, Editora Fórum, Belo Horizonte.

se beneficiavam da eficiência própria da organização privada, pressionada pela necessidade de redução de custos e aumento de qualidade e dos benefícios para enfrentar a concorrência e viabilizar ampliação de receitas. Ficavam expostos à ineficiência típica dos monopólios estatais. Como destaca Marçal Justen Filho, o modelo de generosidade significava ineficiência na prestação do serviço, modelo que não tem mais lugar no novo regime de serviços públicos:

Não incumbe ao Estado prestar serviços públicos sob o modelo de generosidade. O desprendimento econômico da atividade estatal acarreta ineficiência de sua atuação e incapacidade de respeitar a dignidade dos usuários, que não recebem as utilidades que constituiriam dever do Estado [...].⁴

Esse modelo de prestação, caracterizado pelo desprendimento de preocupação econômica, foi substancialmente alterado pela Constituição de 1988, que instituiu um modelo de Estado normativo e regulador da atividade econômica.

Nos quadros da CF de 1988, a ordem econômica passa a ter como fundamento a *livre iniciativa* e deve ser organizada com base no princípio da *livre-concorrência*. Esses ditames servem também para a prestação de serviços públicos, seja direta ou indiretamente, por meio de concessões, permissões ou autorizações. Funda-se a convicção de que a organização empresarial e a competição entre prestadores, quando possível, traz melhores resultados para um serviço configurado agora pelo princípio de eficiência, instituído pela Emenda Constitucional n. 19/98 (CF, art. 37). Nesse redimensionamento do Estado as diferentes formas de outorgas da prestação de serviço público exerceram papel crucial, o que deu à Lei de Concessões (Lei n. 8.987/95) significativa importância para a compreensão da chamada Reforma Política e Administrativa do Estado e da nova postulação estabelecida para a noção de serviço público.

No novo modelo de Estado Regulador da economia, a dimensão empresarial da Administração torna-se menor, com o conseqüente crescimento da participação da iniciativa privada. Isto se reflete também na gestão de serviços públicos *lato sensu*, donde decorre a necessidade de maior flexibilização da Administração, permitindo, ostensivamente, que a prestação

⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões de Serviços Públicos: Comentários às Leis n. 8.987 e 9.074, de 1995*. 1ª ed. São Paulo: Dialética, 1997. p. 158-9.

de serviços incorpore não só a *mentalidade da iniciativa empresarial*, mas também a devida *regulação da concorrência*, quer mediante agências reguladoras, quer mediante autoridade antitruste.

Por esse motivo, entende-se o destaque que Celso Antonio Bandeira de Mello dá para a inserção, na pauta da regulação dos serviços públicos, do intuito lucrativo dos agentes privados (concessionárias).⁵ É evidente que as empresas que prestam licitação para ser titular de concessão ou permissão de serviços públicos estão interessadas na obtenção de seu lucro. Mas a crença pressuposta nessa deferência ostensiva ao interesse privado é a de que a sua busca propicia a melhor prestação do serviço. Assim, o meio, a forma de organização dos ativos, cabe ao particular, no exercício de sua livre iniciativa. O Estado, por sua vez, exige metas e resultados nos sentidos de qualidade do serviço e modicidade das tarifas.

Assim, dentro do dever de prestação de serviços públicos, a nova solução para a responsabilidade da Administração por um serviço adequado, de qualidade e com tarifas módicas é dada: (i) *pela organização empresarial e pela persecução do lucro*; (ii) *pela criação das agências reguladoras e pelas correspondentes competências regulatórias a elas conferidas*.

É importante, dessa forma, explorar o tema das agências reguladoras. A própria fundamentação legal e constitucional para a incorporação desse instituto no direito administrativo enfrentou resistências pela dogmática tradicional, dado que o seu poder normativo esbarra imediatamente na reserva de lei (CF, art. 5º, II e ADCT, art. 25) e nos limites do contencioso administrativo (CF art. 5º). A criação ou extinção de direitos é de competência privativa do Poder Legislativo (CF, art. 5º, II), não se admitindo transferência, a não ser pela forma constitucionalmente admitida, que é a lei delegada, de competência do Presidente da República (art. 84, IV, da CF)⁶ excluindo-se aqui as medidas provisórias, que, ao menos em tese, são excepcionais, para

⁵ É o que se vê quando ele afirma que: '[p]ara o concessionário, a prestação do serviço é um meio através do qual obtém um fim que almeja: o lucro. Reversamente, para o Estado, o lucro que propicia ao concessionário é o meio por cuja via busca sua finalidade, que é a boa prestação do serviço' (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 633).

⁶ Ver nessa linha: BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, v. 2, p. 31 e decisão do antigo Tribunal Federal de Recursos: TRF, AC n.85.500-RJ, DJ de 23.05.1985, p.7882.

casos de relevância e urgência, e devem ser imediatamente submetidas ao Congresso Nacional.

No caso da ANTAQ, Agência Reguladora responsável pelo setor portuário, dentre outros, esse limite de reserva legal significaria a inconstitucionalidade de uma série de dispositivos da Lei n. 10.233/2001, a começar pelo art. 27, que lhe atribui competência normativa:

elaborar e editar normas e regulamentos relativos à prestação de serviços de transporte e à exploração da infra-estrutura aquaviária e portuária, garantindo isonomia no seu acesso e uso, assegurando os direitos dos usuários e fomentando a competição entre os operadores (art. 27, IV – grifo nosso).

O art. 27, IV estatui uma competência que, observando-se o padrão de legalidade estrita presente em uma leitura conservadora do direito administrativo pátrio, deveria resumir-se à regulamentação de seu funcionamento interno, sem alcançar direitos de particulares, mormente dos agentes autorizados, submetidos ao regime de livre-concorrência. Porém, essa leitura conservadora da Constituição *frustraria completamente a atuação da agência e até mesmo o objetivo de instrumentalização de um Estado regulador*, que também é previsto constitucionalmente, o que exige inevitavelmente uma reinterpretação do princípio da reserva legal.

A solução encontrada pela doutrina consiste em tomar o poder regulamentar como discricionariedade interpretativa dos conceitos indeterminados, princípios e diretrizes gerais presentes na Lei, mas não criação de novas obrigações.⁷ Não se trata aqui propriamente de uma delegação legislativa, mas do reconhecimento de uma margem maior de discricionariedade à agência na interpretação, aplicação e regulamentação complementar das leis às quais a agência se submete.

Essa discricionariedade, por outro lado, é técnica, fundada no conhecimento técnico dos membros da agência para encontrar os meios necessários e adequados à consecução dos fins propostos em lei. Aqui aparece uma interessante discussão sobre o caráter vinculado ou não dessa discricionariedade que tem reflexos sobre a validade dessa solução jurídica para

⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 2002, São Paulo: Atlas e FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. O poder normativo das Agências Reguladoras à luz do princípio da eficiência. In: *O Poder Normativo das Agências Reguladoras*, vários autores, Rio de Janeiro, 2006.

o problema da legalidade estrita. A questão central é se a vagueza dos conceitos indeterminados e diretrizes presentes em lei é um problema inerente à linguagem, que abre espaço para escolhas, ou seja, para a volição daquele que interpreta (teorias não epistêmicas da vagueza), ou se essa vagueza é decorrente da falta de conhecimento sobre evidências capazes de precisar o sentido do conceito (teorias epistêmicas da vagueza)⁸ Assim quando se discute ‘preço justo’ para o serviço, atribui-se uma escolha para a autoridade reguladora, ou há condições de se chegar ao que constitui preço justo por meio do conhecimento técnico e evidências empíricas? A crença que sustenta a fundamentação constitucional inclina-se para uma concepção epistêmica dos conceitos indeterminados, o que permite falar em discricionariedade técnica, na qual há uma vinculação da autoridade, não propriamente ao termo da lei, indeterminado, mas ao conhecimento dos meios ou do sentido correto para a sua concretização.

Se essa crença subjacente à validação constitucional é bem fundada ou não, é um tema para filosofia do direito, que não cabe tratar aqui. O que importa é, do ponto de vista dogmático, encontrar uma saída para o problema da legalidade estrita, com base em princípios também consagrados na constituição. Ferraz Júnior propõe que o fundamento constitucional do poder regulador das agências estaria na determinação geral de eficiência do serviço público, introduzido pela Emenda Constitucional 19/98, a ser alcançada justamente pelo emprego dessa discricionariedade técnica das agências. Diferentemente do modelo finalístico do Estado Intervencionista, em que as metas encontravam-se bem definidas e eram predominantemente implementadas pelo próprio poder público, no Estado Regulador o princípio de eficiência estabelece uma orientação vaga, que se combina, como visto, a um modelo de intervenção mínima, apenas no necessário para corrigir as imperfeições do mercado.

Aparecem, então, esquemas dogmáticos na tentativa de definir contornos para o exercício de poder normativo e fiscalizador, consubstanciados no chamado princípio de proporcionalidade. A doutrina constitucional por vezes diverge quanto ao conteúdo do princípio da proporcionalidade, havendo uma inclinação em entender que a proporcionalidade inclui em si três regras distintas: necessidade, adequação e proporcionalidade estrita. A adequação traria o ditame de que a intervenção seja um meio adequado para

⁸ Sobre o tema, ver WILLIAMSON, T. *Vagueness*, Routledge, New York 1994 e, especificamente para o direito ENDICOTT, T. *Vagueness in Law*, Oxford, 2000.

se alcançar determinado objetivo de política pública previsto em lei, o que remete à eficiência. A necessidade faria referência à impossibilidade de se alcançar aquele objetivo por outro meio, mas também estabelece um limite para a profundidade da intervenção, proibindo o excesso, de forma que se adstrinja aos limites necessários para se alcançar aquele fim. Já a proporcionalidade em sentido estrito cuida para que o alcance daquele objetivo de política pública não implique o sacrifício demasiado de outro objetivo igualmente valioso, daí a necessidade de ponderação e tentativa de otimização dos objetivos constitucionais e legais.⁹

Eficiência tem a ver então com a busca proporcional e ponderada desses objetivos de políticas públicas fixados em lei para determinado setor da economia. Dentre esses objetivos de políticas públicas para o serviço público, atualmente tem lugar destacado, como catalisador da eficiência, em todos os setores pós-desestatização, o *princípio de concorrência*.

E quando se fala em concorrência não se pode confundi-la com o simples objetivo de aumento do número de agentes no mercado, concepção que parece guardar raízes em uma leitura não muito refletida da linha defendida pela escola de Harvard, também conhecida como o modelo de *estrutura-conduta-desempenho*. Ou seja, quanto mais desconcentrada a estrutura de mercado, menores as possibilidades de condutas abusivas e, portanto, melhor seu desempenho em termos de benefícios aos consumidores.

Essa concepção foi criticada e, na metade do século passado, suplantada pela orientação da escola de Chicago, que via na eficiência econômica a chave para o aumento de bem-estar.¹⁰ Nesse quadro, começa-se a notar que estruturas altamente concentradas não necessariamente significam prejuízo, principalmente em indústrias nas quais economias de escala e escopo geram reduções significativas de custos, aumentando a eficiência. A palavra-chave é a eficiência alocativa do mercado e a competição deve ser entendida como subordinada a esta. Essa orientação não deixou de se fazer sentir nas for-

⁹ Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. *O Proporcional e o Razoável*. *Revista dos Tribunais*, v. 798, 2002, p. 23-50; MENDES, Gilmar. *O Princípio da Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. *Revista Diálogo Jurídico*, ano I, v. I, n. 5, ago. 2001; ÁVILA, Humberto. *A Distinção entre Princípio e Regras e a Redefinição do Dever de Proporcionalidade*. *Revista Diálogo Jurídico*, ano I, v. I, n. 4, jul. 2001.

¹⁰ Sobre o debate entre as escolas de Harvard e Chicago, ver HOVENKAMP, H. (1994). *Federal Antitrust Policy*. St. Paul, Minn.: West Publ. Co.

mulações da legislação brasileira de defesa da concorrência, em particular na Lei 8884/94, segundo a qual, por exemplo, pune-se não a concentração econômica e o poder de mercado, mas seu abuso (art. 20, inc. III), ou ainda, são permitidas operações que gerem redução da competição, desde que esta seja suficientemente compensada por ganhos de eficiência, tais como aumento de produtividade, desenvolvimento tecnológico e redução de custos (art. 54, inc. I).

Mais recentemente, a orientação da escola de Chicago passou a ser desafiada por uma visão consumerista¹¹ que já se faz sentir no CADE¹² segundo a qual o foco da análise antitruste deve ser imediatamente o bem-estar do consumidor. As infrações somente ficam caracterizadas caso se demonstre potenciais perdas de bem-estar, ao passo que as eficiências econômicas, justificadoras da concentração, somente podem ser consideradas se, em vez de totalmente apropriadas pelo agente privado, puderem ser compartilhadas com os consumidores finais.

Essa ênfase ao bem-estar do consumidor ganha maior peso quando se considera a concorrência como meio para organização de serviços públicos, cujo principal objetivo é a satisfação dos interesses dos usuários. Como destacamos em outra oportunidade:

se no âmbito do direito concorrencial já existe uma discussão sobre o princípio da concorrência como um valor em si (competitor welfare) ou como um meio para estimular melhores preços e qualidade aos consumidores finais (consumer-welfare), o mesmo não se dá com relação à sua aplicação à regulação das telecomunicações [o que se estende para serviços públicos em geral], onde a concorrência aparece claramente como um meio, dentre outros, para propiciar qualidade e preços módicos, ao maior número possível de consumidores.¹³

¹¹ RIORDAN, Michael H.; SALOP, Steven C.. Evaluating Vertical Mergers: a pós-chicago approach. *Antitrust Law Journal*, v. 63, Winter 1995.

¹² FARINA, Elizabeth M.M.Q. *Competition Policy in the Global Context: some issues from a LCD perspective*. In *The Annual Chatham House Competition Conference*. Londres, 2005. Disponível em <http://www.cade.gov.br/internacional/Chatham_house.pdf> Acesso em 10.09.2007

¹³ FERRAZ JUNIOR, T.S. e MARANHÃO, J.S.A. Separação estrutural entre serviços de telefonia e limites ao poder das agências para a alteração de contratos de concessão, em *Revista de Direito Público da Economia*, n. 08, out/dez, 2004.

O que limita (mas não exclui) a aplicação das normas concorrenciais em face de normas regulatórias são exigências que se mostrem incompatíveis com o regime de livre competição, quando estiver em jogo outro interesse público (universalização, controle de tarifas, continuidade do serviço, investimento em infra-estrutura etc.). Também nos serviços públicos, atenua-se o peso do princípio da concorrência como elemento organizador, quando a competição for inviável ou limitada para que se alcance maior eficiência, e.g. por exigência de escala; ou quando o interesse público objeto do serviço o exigir. É o caso, por exemplo, do mercado relativo a combustíveis (CF art. 177), transporte (CF art. 178), serviços públicos sob regime de concessão ou permissão (CF art. 175), no qual se inclui a exploração dos portos organizados.

Vale ressaltar, ademais, que quando presente a competição é necessário que esta se desenvolva de forma saudável e justa. É que, no limite, desvios e imperfeições no modelo de concorrência podem levar à supressão da própria livre iniciativa. Trata-se das hipóteses de formação e exercício abusivo de poder de mercado pelos agentes econômicos que competem e que deve ser reprimida (CF art. 173 § 4º e Lei 8884/94 – Lei de Defesa da Concorrência). Vale dizer, é crucial que o jogo competitivo entre os agentes se desenvolva de forma equitativa, não propriamente quanto aos resultados, mas quanto à *garantia de igualdade de condições para competir*. A competição deve ser livre e ampla, mas também *justa*, de forma que tenham sucesso, no objetivo de persecução do lucro, as empresas que se mostrarem efetivamente mais eficientes. Isso significa que são os desejos do consumidor, ou usuário do serviço público, que guiarão as escolhas dos agentes, que tratarão de conquistá-los pelas melhores ofertas de serviço. Daí a ligação entre persecução do lucro, competição para atração do consumidor e maior satisfação dos usuários do serviço público.

Feita essa análise geral, chegamos a algumas conclusões importantes, que guiarão nosso estudo sobre a regulação dos terminais portuários:

- (i) o serviço público deve ser pautado pelo objetivo de eficiência, dentro de uma racionalidade empresarial, voltada para o melhor aproveitamento dos ativos na persecução do lucro;
- (ii) as agências reguladoras e, no caso, a ANTAQ, detêm poder normativo para criar obrigações, desde que essas sejam decorrentes da interpretação pautada em conhecimento técnico e dados empíricos na aplicação das normas gerais e diretrizes definidas em lei para o setor regulado;

- (iii) o limite ao poder normativo é dado pela eficiência técnica da regulação em alcançar os objetivos definidos legalmente para o setor, de forma proporcional, sem afetar significativamente outros interesses públicos relevantes;
- (iv) o Estado Regulador da economia elege a concorrência como princípio organizador dos serviços, entendida como interação competitiva apta a propiciar eficiência e maior bem-estar aos usuários, objetivo final da prestação do serviço público, o que não necessariamente se confunde com multiplicidade ou ampliação de agentes concorrentes;
- (v) para que a concorrência cumpra sua função de catalisadora de eficiência, deve ser exercida em um ambiente justo, no qual há igualdade de condições entre os agentes, para que exerçam suas iniciativas de forma livre e equitativa.

Como se verá, esses parâmetros gerais refletem-se e devem estar refletidos, em particular, na legislação relativa à operação de terminais portuários, em particular na Lei 10233/2001, que reestrutura o sistema aquaviário nacional, e na Lei 8630/93, que trata do regime de exploração dos serviços portuários.

3. Serviços portuários: exploração de instalações – modalidades pública e privada.

No caso da exploração dos portos, as regras determinadas em lei para as concessionárias referem-se aos chamados portos organizados, construídos e aparelhados para atender às necessidades de navegação e de movimentação e armazenagem de mercadorias. Explorado diretamente ou concedido é o porto (CF art. 21, XII, f), enquanto uma unidade organizada.

A Lei n. 8630/93 considera o *porto organizado* o:

(...) construído e aparelhado para atender às necessidades da navegação, da movimentação de passageiros ou da movimentação e armazenagem de mercadorias, concedido ou explorado pela União, cujo tráfego e operações portuárias estejam sob jurisdição de uma autoridade portuária (art. 1º, par. 1º, I; redação dada pelo art. 21 da Lei n. 11.314/06).

A *área do porto organizado* é compreendida pelas *instalações portuárias* (inciso IV). Nela ocorrem as *operações portuárias de movimentação* (inciso II), mediante *operadores portuários*, pessoas jurídicas pré-qualificadas para a sua execução (inciso III).

A Lei n. 8630/93 fala em *concessão* do porto organizado e em arrendamento de suas instalações. A Lei n. 10.233/01 passou a falar em *concessão* como instrumento de outorga na exploração de infra-estrutura – porto organizado – (artigos 13 e 14), mantendo, porém, a hipótese de que a concessão possa estar vinculada a contrato de arrendamento de ativos (art. 14, § 3º). Entende-se que a concessão do porto organizado, para efeitos de prestação do serviço público, continua a regra.

A União ou explora o porto diretamente, podendo arrendar as instalações, ou mediante concessão; nesse último caso, a concessionária do porto explora as instalações, por si mesma, em nome do interesse público. Em ambas as situações, trata-se de uso público das instalações para a execução de serviço público.

Além disso, é possível o uso privativo de instalações portuárias mediante autorização, no interesse próprio, não constituindo delegação de serviço público. Nesse caso, só a União pode autorizar o uso privativo das instalações (faculdade de uso privativo no interesse privado do autorizado). Daí a distinção entre Terminais de Uso Público e Terminais de Uso Privativo: aqueles sujeitos a concessão e arrendamento, mediante licitação, e estes sujeitos a autorização.

O art. 4º, § 2º, assegura aos interessados o direito de explorar (e construir, reformar, ampliar, melhorar, arrendar) as *instalações portuárias*. Esse direito se dá quer mediante *contrato de arrendamento* (I), quando localizadas dentro dos limites do porto organizado; quer mediante *autorização* do ministério competente (II), quando se tratar de terminal de uso privativo e desde que fora da área do porto organizado ou quando o interessado for titular de domínio útil do terreno, ainda que situado dentro da área do porto organizado.

No que respeita à exploração de instalações portuárias, a Lei n. 8.630/93 (art. 4º, § 2º, incisos I e II) dispõe que ela ocorre sob duas modalidades (modalidades de exploração): de uso público e de uso privativo. Em outras palavras, a Lei distingue entre *instalação portuária de uso público* (Terminais de Uso Público) e *instalação portuária de uso privativo* (Terminais de Uso Privativo). Os Terminais de Uso Privativo podem ser

exclusivos, para movimentação exclusiva de carga própria, ou *mistos*, para movimentação de carga própria e de terceiros. A distinção é relevante tanto do ponto de vista do instrumento administrativo quanto da sua racionalidade com relação aos objetivos públicos.

3.1 Terminais públicos e privados sob o ponto de vista do instrumento administrativo

3.1.1 Concessão para uso público

A exploração de terminais de uso público é restrita à área do porto organizado (art. 4º, § 3º da Lei n. 8.630/93). Sua exploração pode ocorrer diretamente pela União ou por concessionária do porto organizado ou por arrendatários. Pressupõe, nesse último caso, *contrato de arrendamento*, celebrado com a União (caso de exploração direta do porto) ou com a concessionária da União (caso de exploração do porto mediante concessão).

O uso do instrumento *arrendamento* suscita algumas dificuldades, pois nem todo arrendamento envolve a prestação de serviço público (ver o Decreto-lei n. 9760/46, art. 64, § 1º). Trata-se, no caso de arrendamento de natureza pública, de uma forma de concessão, da chamada *concessão de uso de bem público*. Hely Lopes Meirelles¹⁴ acredita que as Administrações fazem erroneamente o uso de locação de bens públicos em lugar de concessão remunerada de uso que, na verdade, são ‘locações’ impróprias. É possível entender o arrendamento do uso do domínio público patrimonial em termos de concessão de uso da exploração de frutos ou prestação de serviços inerentes ao bem público, caso em que se deve falar propriamente de arrendamento mediante condições especiais e sob fiscalização da autoridade.¹⁵

A Lei n. 8.630/93, art. 4º, inc. I, prevê expressamente a exigência de licitação para o arrendamento de instalações portuárias de uso público. O arrendamento ou concessão de uso público submete-se ao princípio do *pacta sunt servanda*, que vale também para os contratos administrativos¹⁶

¹⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, São Paulo, 1976, p. 238.

¹⁵ Nesse sentido: DINIZ, Maria Helena. *Tratado Teórico e Prático dos Contratos*. São Paulo, 1993 vol. V, p. 351 s.; no mesmo sentido: PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito Administrativo*. São Paulo, 1994, p. 452.

¹⁶ ESCOLA, Héctor Jorge. *Tratado Integral de los Contratos Administrativos*. Buenos Aires, 1977, vol. I, p. 442 s.

o que implica o direito tanto do concessionário como do arrendatário de instalações de uso público de levar a cabo a exploração do serviço dentro do que disponha o contrato e dos objetivos da Lei.¹⁷ É essencial que o serviço se cumpra, salvo quando razões de interesse público exijam o contrário. A discricionariedade no trato do arrendamento por parte da Administração Pública submete-se, pois, a limites *positivos* (exigências de cumprimento) e *negativos* (abstenção de regulações que impeçam ou dificultem o cumprimento).¹⁸

Aplica-se, portanto, ao arrendamento de instalações portuárias de uso público a dupla estrutura de que se fala no caso das concessões, as quais se submetem a normas regulamentares e normas propriamente contratuais.¹⁹ Aqui, aparece uma barreira à mutabilidade do contrato, que não pode se dar ao talante da administração. Alterações nas exigências de interesse público que possam provocar a intervenção esbarram em direitos privados dos concessionários ou arrendatários decorrentes de contrato. E isso inclui não só tentativas de alterar o contrato, como também alterações nas condições de fato que possam afetar ou dificultar seu cumprimento. Interessa-nos aqui intervenções no setor que possam afetar as condições de concorrência dos concessionários do serviço, dado que a atribuição de desvantagens competitivas a um ou outro agente pode criar dificuldade aos objetivos públicos e privados envolvidos na concessão.

3.1.2 Autorização para uso privado²⁰

Já a *instalação de uso privativo* depende de *autorização* diretamente concedida pela União (ministério competente):

Instalação de uso privativo: a explorada por pessoa jurídica de direito público ou privado, dentro ou fora da área do porto, utilizada na movimentação de passageiros ou na movimentação ou armazenagem de mercadorias, destinados ou provenientes de transporte aquaviário (art. 1º, V).

¹⁷ BIELSA. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires, 1947, t.I, p. 406; WALINE. *Droit Administratif*, Paris, 1963, p. 715 ss.

¹⁸ ESCOLA, Op. cit. vol. II, p. 112-154.

¹⁹ REALE, Miguel. *Direito Administrativo*. Rio de Janeiro – São Paulo, 1966, p. 51.

²⁰ Agradeço a contribuição de Carla Osório na pesquisa e discussão para a elaboração deste item.

Trata-se do uso exclusivo e do uso misto. A autorização aplica-se a instalações fora do porto organizado ou dentro dele, quando o interessado for titular do domínio útil de terreno, portanto, de área que não pertence à União. Nas três hipóteses, não há delegação de execução de serviço público.

Tradicionalmente, a autorização administrativa é concebida como ato administrativo unilateral, discricionário e precário, por meio do qual o Poder Público consente com a realização de certa atividade ou com o uso de certos bens, no interesse do particular autorizatário. Contudo, a lei passou a prever autorizações vinculadas (ex. os artigos 132, 133 e 138 a 144 da Lei Geral de Telecomunicações). Hoje, portanto, convivem as autorizações discricionárias e vinculadas, destinando-se estas últimas à execução de serviços (públicos) em regime de direito privado. Diferentemente da autorização discricionária, outorgada no interesse exclusivo do particular, a autorização vinculada diz respeito a uma atividade econômica que envolve interesses públicos.²¹

A dogmática administrativista tradicional destaca a *precariedade* como característica da autorização administrativa.²²

Porém, a percepção da autorização como ato inerentemente precário, suscetível de revogação por opção do Poder Público, vem sendo posta em debate, em particular diante de previsões normativas mais recentes (ex. setor elétrico ou de telecomunicações), que definem como dependentes de autorização atividades que demandam vultosos investimentos.

²¹ Cf. FREITAS, Sara Jane Leite de. *Regulação Jurídica: Serviços Autorizados*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 124.

²² Nesse sentido, afirma Hely Lopes Meirelles que: ‘[n]ão há qualquer direito subjetivo à obtenção ou à continuidade da autorização, daí por que a Administração pode negá-la ao seu talante, como pode cassar o alvará a qualquer momento, sem indenização alguma’. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 27^a ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 184. Diogo de Figueiredo Moreira Neto acolhe essa mesma idéia, afirmando que nas autorizações de serviço público: ‘[...] a precariedade importa na completa inexistência de direitos subjetivos dos autorizados à manutenção do vínculo, mesmo que o ato haja sido clausulado a termo, caso em que apenas caberiam perdas e danos em favor do parceiro por uma revogação antecipada. A relação só subsiste enquanto for de interesse público, pois o ato do Poder Público é meramente receptício’. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 12^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 266.

Aqui nota-se uma virada de concepção que altera radicalmente a interpretação tradicional de um instituto, que não decorre propriamente da alteração das regras que disciplinam a autorização. O que ocorre é que o instituto da autorização foi transposto da esfera da ordem pública, na qual tinha a finalidade de preservar a tranqüilidade, a segurança e a salubridade, para a seara da ordem econômica e voltada para a atração de investimentos privados para o desenvolvimento de setores estratégicos para a economia. Aqui, a ‘autorização relaciona-se com a regulação do mercado, devendo funcionar de forma a conformar a atividade autorizada a certos objetivos normativamente definidos’²³ Daí a aceitação pela doutrina de maior estabilidade para a autorização, porém sem excluir a possibilidade de controle e adaptações em sua execução. Não se justifica mais sua interrupção imotivada e discricionária, mas também se permite a intervenção pontual para adequar a autorização a políticas públicas mutáveis.

Assim, afirma-se que a precariedade seria uma característica da autorização discricionária. Isto porque, da mesma forma que sua outorga, sua revogação poderia dar-se por razões de conveniência e oportunidade, independentemente de qualquer indenização. Em contrapartida, não seria precária a autorização concedida por ato vinculado, sempre que preenchidas as condições previstas em lei. Nesse sentido, afirma Dinorá Musetti Grotti que a precariedade é incompatível com o ato vinculado.²⁴ Na Lei Geral de Telecomunicações, por exemplo, a previsão dessa espécie diferenciada de autorização visou a possibilitar investimentos privados, que ficariam prejudicados com um vínculo precário.²⁵

Outro fator a influenciar a precariedade da autorização é a circunstância de esta ter ou não prazo certo. A autorização conferida com prazo desfrutável de maior estabilidade, porque o Poder Público estará vinculado durante o período previsto.²⁶ Assim, apenas a autorização simples é precária, sendo

²³ Ibid., p. 212-13.

²⁴ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Regime jurídico das telecomunicações: autorização, permissão e concessão. In: *Revista de Direito Administrativo*, n. 224, abr./jun. 2001, p. 189.

²⁵ Cf. FREITAS, Sara Jane Leite de. *Regulação Jurídica: Serviços Autorizados*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 116.

²⁶ Nesse sentido, ver Sara Jane Leite de Freitas, ‘(...) quando o ato é conferido com prazo determinado, ele cria um direito subjetivo para o particular de vê-lo respeitado, caso contrário, ensejará a responsabilidade da Administração’ (Ibid., p. 168); e Floriano

a qualificada irrevogável (*‘protegida pela palavra da Administração’*²⁷) durante o prazo previsto, a não ser que se verifique a ‘distorção’ da outorga.

Contudo, é preciso destacar que o fato de a Administração não poder revogar, a seu talante, autorizações vinculadas, não implica que a autorização deva permanecer indefinidamente conforme seus termos originais, não obstante as posteriores alterações legais e regulamentares. Cabe, aqui, diferenciar as *autorizações por operação* das *autorizações de funcionamento*. Enquanto as primeiras se esgotam com a realização de um ato ou operação determinada, as segundas visam a autorizar uma atividade que se prolonga no tempo. Como a autorização de funcionamento importa em durabilidade, esta deve admitir modificações em seu conteúdo, com o objetivo de adaptá-la às diretrizes públicas, ainda que o ato concessivo da autorização tenha sido vinculado.

Nesse sentido, posiciona-se Carlos Ari Sundfeld:

No segundo caso, o das autorizações de funcionamento, tendo havido discricionariedade na expedição do ato, e salvo a ocorrência de óbices específicos, a revogação é possível, se a mudança das circunstâncias de fato o recomendar (ex.: autorização para porte de arma). Contudo, se o ato tiver sido produzido vinculadamente (ex.: autoriza-

de Azevedo Marques Neto, tendo em mira, especificamente, o setor elétrico: ‘O que prediz a maior ou menor precariedade ou fragilidade de uma autorização não é o fato de não ser ela uma concessão ou de parte da doutrina vir repetindo, inadvertidamente, ao longo do tempo, que autorização é ‘discricionária, precária ou instável’. Se a autorização for conferida com prazo certo, compromissos de investimento, obrigações para o particular, cláusulas de reversão e indenização, procedimentos para sua extinção etc. (como, insisto, permitem os marcos regulatórios do setor elétrico), restará esvaziada a aludida fragilidade do instituto’, MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Regime jurídico dos bens públicos empregados na geração de energia. In: *Revista de Direito Administrativo*, n. 232, abr./jun. 2003, p. 345; note também que mesmo um administrativista mais tradicional, como José Cretella Júnior, referindo-se às autorizações discricionárias, já limitava sua revogabilidade tendo em vista a estipulação de prazo: ‘A outorga pode ser com prazo final fixado (autorização qualificada) ou com prazo final não fixado (autorização simples); na primeira hipótese, a autorização só pode ser revogada: a) quando o prazo se esauriu; b) ou quando a outorga foi ‘desvirtuada’, tornando-se inoportuna ou inconveniente; na segunda hipótese, a autorização pode ser sempre revogada ou ‘cassada’, sem indenização, discricionariamente’. CRETELLA JÚNIOR, José. Definição da autorização administrativa. *Revista dos Tribunais*, v. 92, n. 813, jul. 2003, p. 755.

²⁷ CRETELLA JÚNIOR, op. cit., p. 764.

ção para funcionamento de indústria), nem por isso o empreendedor adquire imunidade contra as eventuais alterações da lei, visto que o ato administrativo o coloca em situação estatutária, passível de modificação por via de lei, sem que se possa invocar direito adquirido.²⁸

Também, Juan Carlos Cassagne, citado por Alexandre Santos de Aragão:

[...] nas autorizações de funcionamento há uma vinculação permanente com a administração, com a finalidade de tutelar o interesse público, admitindo-se – tanto na doutrina como na jurisprudência espanhola – a possibilidade de modificação do conteúdo da autorização para adaptá-lo, constantemente, à dita finalidade, durante todo o tempo em que a atividade autorizada seja exercida.²⁹

Ou seja, a autorização, que estabelece um vínculo de duração continuada (e por vezes, indefinida) com a Administração deve permitir uma adaptabilidade às novas diretrizes públicas, estabelecidas por atos normativos. Esta é uma conclusão inevitável, considerando-se que estamos tratando do consentimento estatal com a prática de uma atividade econômica, conforme constata Alexandre Santos de Aragão, inspirado pela doutrina de Enterría e Fernández. Em termos diversos, a autorização, apresentando caráter permanente, deve se submeter a um controle e a um condicionamento continuado por parte da Administração, conforme estabeleça a regulamentação da atividade. A regulação de setores econômicos impõe uma flexibilidade que seria inalcançável caso tivessem que ser preservadas em seus exatos termos, indefinidamente, todas as autorizações outorgadas em uma dada conjuntura.

Portanto, reconhecer que a autorização para a exploração de terminal portuário não tem caráter precário, porque não pode ser revogada conforme o juízo discricionário da Administração é bem diferente de afirmar que seu titular tem direito adquirido à permanência do regime jurídico vigente

²⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. Licenças e autorizações no direito administrativo. In: *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 3, 1993, p. 71. Em idêntico sentido: FREITAS, Sara Jane Leite de. *Regulação Jurídica: Serviços Autorizados*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 108.

²⁹ Apud ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 212.

quando de sua outorga. A primeira afirmação é correta, mas a segunda é infundada. Na qualidade de autorização de funcionamento – instrumento de regulação de atividades privadas, que repercutam sobre interesses públicos – ela está sujeita a alterações em seu conteúdo, para que se adaptem às disposições normativas posteriores.

Essa dinâmica é prevista expressamente pela Lei n. 10.233/2001³⁰ e deve considerar-se implícita, pela própria natureza das *autorizações de funcionamento*, na sistemática da Lei n. 8630/93. Dessa forma, tanto as autorizações outorgadas por termo após a Lei n. 10.233/2001, quanto aquelas firmadas por meio de contrato de adesão sob a égide da Lei n. 8630/93, devem conformar-se à regulação do setor na forma ditada pela ANTAQ, na medida em que essa legitime-se finalística e tecnicamente ao atendimento do interesse público.

Cogita-se, ao contrário, que a Lei n. 8.630/1993 teria previsto uma autorização especial, contratual e, portanto, constituiria ato jurídico perfeito, protegido de alterações normativas posteriores. Há quem aponte que o contrato de adesão conferiria a esta autorização tal caráter contratual, mais estável do que o desfrutado pelas autorizações administrativas em geral. Por essa concepção, o contrato em análise, enquanto instrumento em que as partes manifestaram escolhas, servindo de base para planejamento e expectativas, não poderia vir a sofrer posteriores modificações legislativas ou administrativas. A relação entre a ANTAQ e as autorizatárias não teria caráter precário; caracterizaria negócio jurídico, com segurança amparada

³⁰ A lei estabelece que '[a] empresa autorizada não terá direito adquirido à permanência das condições vigentes quando da outorga da autorização ou do início das atividades, devendo observar as novas condições impostas por lei e pela regulamentação, que lhe fixará prazo suficiente para adaptação' (art. 47) e que a 'perda das condições indispensáveis ao cumprimento do objeto da autorização' importa em sua cassação (art. 48). Ressalte-se, ainda, que a cassação é um dos modos previstos para a extinção da autorização (art. 43, III). A Lei Geral de Telecomunicações estabelece regra semelhante não apenas para as autorizações ('art. 130: A prestadora de serviço em regime privado não terá direito adquirido à permanência das condições vigentes quando da expedição da autorização ou do início das atividades, devendo observar os novos condicionamentos impostos por lei e pela regulamentação. Parágrafo único. As normas concederão prazos suficientes para adaptação aos novos condicionamentos'), mas também para os contratos de concessão ('art. 95. A Agência concederá prazos adequados para adaptação da concessionária às novas obrigações que lhe sejam impostas').

em lei. Portanto, os termos pactuados excluir-se-iam dos efeitos de nova legislação.

Essa posição, dentro das multifárias e recorrentes manifestações do dilema entre *forma* e *substância*, parece atribuir peso excessivo à forma jurídica e não à natureza pública ou privada da atividade em questão.

É nítido na Lei 8630/93 que, para a autorização mediante contrato de adesão, o art. 6º, § 2º, estabelece que os contratos entre o autorizatário e os terceiros, celebrados para a movimentação de carga desses, ‘reger-se-ão, exclusivamente, pelas normas de direito privado, sem participação ou responsabilidade do poder público’. Ou seja, a autorização para *uso privativo misto* não perde sua característica de uso *privativo*, mesmo quando movimenta carga de terceiros. Mas se trata, para o autorizatário, de uma outorga, constante do ato administrativo, que aquele exerce no seu único e exclusivo interesse (econômico), por sua conta e risco.

Ao contrário, no *uso público*, a vinculação com o interesse público é patente. Daí a obrigatoriedade, só para ele exigida, ‘de prestação de informações de interesse da Administração do Porto e das demais autoridades no porto, inclusive as de interesse específico da Defesa Nacional, para efeitos de mobilização’ (Lei n. 8630/93, art. 1º, § 4º, XIV), bem como do ‘valor do contrato, nele compreendida a remuneração pelo uso da infra-estrutura a ser utilizada ou posta à disposição da referida instalação, inclusive a de proteção e acesso aquaviário’ (inciso IV) e de cláusula relativa ‘aos direitos e deveres dos usuários, com as obrigações correlatas do contratado e as sanções respectivas’ (inciso VI).

Assim, por exemplo, na exploração de terminais privativos, caracterizados pela movimentação de carga própria, verifica-se, no máximo, um interesse público indireto, na eficiência econômica do agente privado. Ademais, o elemento definidor da exploração privativa de instalação portuária (de uso privativo e de uso misto) é a movimentação de carga própria (art. 4º, § 2º, II, a e b). A operação com cargas de terceiros no caso dos terminais mistos é acessória. Portanto, a prestação de utilidades aos indivíduos, membros da coletividade, além de circunstancial, não se submete às disposições de direito público, o que seria essencial para caracterizar o serviço como de titularidade estatal. Dessa forma, a atividade é privada em sua natureza, tratando-se propriamente de *autorização*, sujeita a conformações posteriores.

4. O serviço portuário e a proteção da concorrência

Estabelecida a diferença entre esses dois regimes, privado e público, de exploração portuária, é relevante compreender seu fundamento no que concerne aos objetivos legais traçados para o setor portuário.

Tais diretrizes e princípios são trazidos pela Lei 10233/2001 dentro do quadro formado por todo o sistema viário nacional. Como princípios (art. 11) para o gerenciamento da infra-estrutura do sistema de transporte terrestre e aquaviário aparecem, naturalmente, a eficiência e a segurança na prestação do serviço, que promova a integração regional e a unidade nacional, ambos ideais para o próprio serviço de transporte viário e aquaviário. Mas é importante também notar que aparecem objetivos que transbordam o setor, na medida em que se trata de uma infra-estrutura essencial para as demais atividades econômicas. Daí o princípio geral de *promoção do desenvolvimento econômico* (art. 11, inc. I) e a *ampliação da competitividade do país no mercado internacional* (art. 11, inc. XI), nítida preocupação com o papel dos terminais portuários na composição do chamado ‘custo Brasil’. Essa mesma preocupação já se encontra nas atribuições do Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, onde se lê: ‘a promoção da competitividade, para redução de custos, tarifas e fretes, e da descentralização, para melhoria da qualidade dos serviços prestados’ (art. 5º, inc. III).

Na Lei 8630/93, que cuida do regime de exploração das instalações portuárias lê-se, correspondentemente, como objetivo, a ser zelado pelo Conselho de Autoridade Portuária, o estímulo à competitividade e, novamente, a promoção da ‘racionalização e otimização do uso das instalações portuárias’ (art. 30 § 1º, inc. IV) tudo dentro do objetivo de redução de custos e desoneração da indústria nacional com os serviços de transporte.

O estímulo à descentralização, por meio de concessões, permissões e autorizações (art. 12, inc. I da Lei 10233/2000), aparece como diretriz principal para que se alcancem esses objetivos, o que traz, como corolário, pela multiplicação de agentes envolvidos, o surgimento da concorrência, a ser protegida (inc. VII). A proteção à concorrência é prevista também no art. 30 § 1º, inc. VI, da Lei 8630/93 como atribuição do Conselho de Autoridade Portuária.

Por se tratar de serviços públicos propriamente ditos, mencionados na competência da União para sua exploração direta ou mediante concessão, autorização ou permissão, sua ‘desestatização’ e organização na forma

de serviços regulados não exclui e até exige, na forma da lei, uma agência reguladora com competências concorrenciais. Mas como já esclarecido anteriormente, concorrência não se confunde ingenuamente com aumento do número de agentes concorrentes. Como se trata de setor de infra-estrutura, com elevados custos fixos, no qual a ociosidade implica significativa perda de eficiência, a competição dá-se em contexto de elevada concentração, com poucos agentes buscando trabalhar com o máximo de capacidade. Por isso, a Constituição confere à legislação aplicável supedâneo para intervenções de ordem comportamental, tendo em vista a prevenção contra distorções da concorrência e o abuso de poder econômico. Essa exigência é atendida pela Lei 10233/2000, que cria a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), de forma a assegurar esses objetivos de aumento da eficiência e qualidade dos serviços aquaviários e promoção da competitividade no mercado internacional.

À luz desses objetivos previstos em lei, compreende-se a divisão dos terminais portuários entre aqueles públicos e privados.

Em primeiro lugar, a movimentação de cargas nos terminais consiste em serviço essencial e estratégico, ao mesmo tempo um serviço público e uma atividade meio para outros setores da economia (pela redução de custo e desoneração de exportações e de importações) de um país. Como serviço de interesse público, exige universalização, modicidade de tarifas, continuidade, colocando-se o problema de coadunar-se com o interesse privado das respectivas prestadoras (concessionárias e suas arrendatárias) de gerar receitas capazes de garantir lucratividade. Isto sem falar na exigência de inovações tecnológicas, as quais tornam o setor sujeito a certo grau de obsolescência, exigindo uma infra-estrutura sob pressão de constante modernização (ver Lei n. 10.233/01, art. 37, III, sendo *obrigação* – legal – das concessionárias ‘adotar as melhores práticas de execução de projetos e obras e de prestação de serviços, segundo normas e procedimentos técnicos e científicos pertinentes, utilizando, sempre que possível, equipamentos e processos recomendados pela melhor tecnologia aplicada ao setor’). Para a persecução desse interesse coletivo no desembarque e embarque eficiente de bens e mercadorias, o Estado resguarda-se, como visto, por meio do contrato de concessão, de determinadas prerrogativas, para assegurar-se que os interesses privados do concessionário levem primordialmente à consecução do interesse público, ainda que esses possam conflitar com escolhas empresariais do concessionário.

A natureza, portanto, dessa atividade é de serviço público, que se ajusta à modalidade de concessão por contrato administrativo. Essas regras contratadas acerca de variáveis econômicas e empresariais relevantes podem limitar a flexibilidade e impor custos adicionais à empresa concessionária (é o caso, por exemplo, de metas de investimento ou da universalização, que impedem a concentração em operações mais rentáveis), que, por essa razão, têm como contrapartida a garantia de manutenção do contrato e do equilíbrio econômico financeiro. É essa estrutura e esse interesse público imediato na prestação do serviço portuário que fundamentam a existência de terminais públicos.

Em segundo lugar, diferentemente desse serviço voltado para o público em geral, cujo interesse está na própria disponibilização de uma infraestrutura portuária eficiente para toda a indústria e comércio, há a exploração de terminais em regime privado. Aqui, o interesse público não está, obviamente, em oferecer uma infra-estrutura para um determinado agente privado, pois nesse caso este poderia servir-se, como todos, de um terminal público. O interesse está na redução de custos da cadeia produtiva de forma a elevar sua competitividade frente a outros países (o que obviamente não se confunde e pode até se opor à concorrência local), beneficiando-se a indústria e a economia nacional.

Há, nessa modalidade de exploração, o reconhecimento do legislador da eficiência econômica gerada pela integração vertical. O debate mais geral em torno dos custos e benefícios das integrações verticais sofreu forte influência na década de 80 a partir dos trabalhos de Williansom e Grossman & Hart, baseados nos textos clássicos de Coase, Arrow e Simon. As idéias baseadas na chamada ‘economia dos custos de transação’ indicavam a necessidade das agências considerarem as eficiências associadas com a redução dos custos de transação na medida em que um mesmo agente pudesse controlar duas etapas da cadeia produtiva que exijam ou gerem ganhos pela coordenação de ações. Esse é o caso, por exemplo, de grandes produtores exportadores de produtos acabados ou importadores de insumos, que podem reduzir significativamente seus custos pela captura de sinergias decorrente do controle de instalações portuárias voltadas à satisfação de seus interesses (programação mais eficiente e com custos reduzidos do embarque de produtos e desembarque de insumos para a produção). Obviamente, trata-se de uma situação em que a escala de importação ou exportação deve justificar ou tornar racional a exploração privada para os exclusivos interesses de importação e exportação de determinado agente econômico. Nesse qua-

dro, adapta-se a modalidade de exploração privada de terminal portuário, por meio de autorizações pelo Estado. A autorização e a possibilidade de alteração de seus termos justificam-se na medida em que outros interesses públicos imediatos podem se sobrepôr ao interesse indireto na eficiência econômica de determinado agente privado.

Note-se, aliás, que esse bem coletivo representado pelas sinergias capturadas por um agente privado em uma integração econômica, horizontal ou vertical, em termos de redução de custos, aumento de produtividade e desenvolvimento tecnológico são, inclusive, reconhecidas na Lei 8884/94, art. 54, § 1º, como benefícios capazes, inclusive, de compensar danos atuais ou potenciais advindos de uma operação de concentração com efeitos considerados anticoncorrenciais.

Mas resta ainda a situação em que há interesse nessa eficiência econômica privada, que gera ganhos sociais, mas nas quais a escala de atuação do agente em questão, embora justifique a operação de um terminal para os seus interesses, não é capaz de ocupar toda a capacidade de operação daquele terminal. Nesses casos, o interesse na competitividade alia-se ao objetivo de *racionalização e otimização do uso das instalações portuárias*, de que fala o art. 30, § 1º, inc. IV, da Lei 8630/93, abrindo-se a possibilidade de que o agente privado explore privativamente o terminal portuário, para seus interesses, mas que *também aproveite a capacidade ociosa residual para a prestação de serviços portuários para terceiros*. Trata-se aqui dos terminais privativos mistos, também operados por meio de autorizações precárias.

Com a concessão do serviço portuário para agentes privados e a autorização para movimentação residual de cargas de terceiros, no caso do terminal privativo misto, instaura-se um ambiente concorrencial no qual pode, naturalmente, ocorrer a formação de posições dominantes e a conseqüente possibilidade de abuso de poder econômico, mormente em setor em que se lida com serviços públicos e infra-estruturas essenciais no qual o grau de concorrência é inevitavelmente atenuado.

A concorrência no setor portuário não implica isenções, mas aplicações que exigem cuidado mais apropriado às especificidades do mercado, bem como a ponderações que abram espaço para a implementação de políticas industriais e benefícios aos consumidores finais, que, em cada caso, possam se mostrar incompatíveis com a concorrência plena (submetida, basicamente, à *regra da razão*). Dessa forma, é importante deixar claro o sentido em que o direito da concorrência e a defesa do consumidor se aplicam às empresas regidas pela Lei n. 8630/93 e Lei n. 10.233/01.

Como vimos, na sistemática adotada pelo legislador, ao lado da previsão de condições para investimento e financiamento para o cumprimento à obrigação de universalização, há um cuidado especial com a competitividade em distintas situações.

O bem coletivo constituído pela concorrência situa-se na interação desses diferentes agentes prestadores de serviços portuários, em regimes distintos, público e privado. Esse bem coletivo é valorado em duas dimensões dentro das diretrizes regulatórias relativas à ANTAQ. Em primeiro lugar, em consonância com o desenho constitucional das agências reguladoras, a concorrência aparece como catalisador da eficiência no serviço. Aqui, aparece a competência prevista na Lei 10233/2000 atribuída à ANTAQ para:

elaborar e editar normas e regulamentos relativos à prestação de serviços de transporte e à exploração da infra-estrutura aquaviária e portuária, garantindo isonomia no seu acesso e uso, assegurando os direitos dos usuários e fomentando a competição entre os operadores (art. 27, IV – grifo nosso).

Mas o estímulo à competição carrega consigo, necessariamente, a dimensão de preservação de um ambiente competitivo justo, em que seja assegurada a igualdade de condições entre os agentes prestadores de serviços portuários. Daí o dever previsto no art. 12, VII Lei n. 10.233/00 de: ‘reprimir fatos e ações que configurem ou possam configurar *competição imperfeita* ou infrações da ordem econômica’.

Obviamente, o dever de combater infrações à ordem econômica por parte de agentes operadores de serviços portuários implica que os próprios atos normativos e fiscalizadores da ANTAQ não podem acarretar efeitos anticompetitivos ou criar condições para o exercício de condutas anticoncorrenciais. Caso contrário, haveria desestímulo e não fomento à competição, que não pode ser entendido de forma superficial, como a simples introdução de concorrentes no mercado. Mais concorrentes implica um benefício ao mercado somente quando forem asseguradas condições equitativas de competição, caso contrário, não só a livre-concorrência é falseada, o que é vedado pelo art. 20, inc. I da Lei 8884/94, como podem ser criadas condições para o exercício abusivo de posição dominante (art. 20, inc. IV, da Lei 8884/94).

Com efeito, a Lei 8884/94 adota a caracterização de infrações à ordem econômica pelos efeitos nocivos à concorrência, dentre os quais, o art. 20 da Lei 8884/94 destaca não só a dominação de mercado relevante de bens

e serviços (inc. II), como o exercício abusivo de posição dominante (inc. IV) e o ‘falseamento ou qualquer forma de prejuízo à concorrência’ (inc. I). E no elenco das práticas que podem gerar tais efeitos, descreve a criação de dificuldades à criação ou ao funcionamento e desenvolvimento de concorrentes (inc. V).

Dessa forma, o simples exame do texto legal já indica que ações restritivas que possam criar dificuldades a concorrentes ou vantagens competitivas em determinado mercado, capazes de levar ao simples falseamento da concorrência (não necessariamente sua supressão) se, de um lado, caracterizam infração à ordem econômica, quando exercidas por agente com domínio de mercado, de outro, apontam para um ditame para a regulação de mercados pelas agências reguladoras. Se há o intuito de promoção da concorrência e se esse é um objetivo a ser perseguido pela regulação, então, obviamente, essa diretriz é violada quando o ato normativo ou mesmo o ato fiscalizador de uma agência reguladora tiver por efeito o falseamento da concorrência.

O falseamento é dado pela distorção artificial nas condições de competição entre os agentes, criando desigualdade injustificada, ou seja, não explicada pela própria eficiência dos agentes de mercado. Assim, a vantagem ilícita é a vantagem artificial, à qual um ou mais agentes não podem ter acesso em função de barreiras institucionais, não podendo representar maior eficiência do agente que desfruta de tal vantagem, caso em que o § 1º do art. 20 impede a configuração do ilícito antitruste. O teste final para a artificialidade é a livre escolha do consumidor. Onde tal escolha é livre e guiada pelo melhor produto ou serviço, não há artifício e não há infração. Porém, quando a escolha é pautada não por vantagens do produto ou serviço, mas por coerção decorrente de vantagem artificial desfrutada pelo agente econômico, há falseamento da concorrência.

5. Conclusão: o equilíbrio competitivo entre operadores em regime público e privado como parâmetro de regulação da atividade portuária

A consideração feita ao final da última seção é particularmente relevante para a discussão das condições para a autorização e operação de terminais de uso privativo, como limites à competência da Agência para as *regulamentações complementares* aos atos de outorga de autorização que,

conforme a Lei n. 10.233/01, art. 33, obedecerão ao disposto nela própria (art. 43 a 49) e na Lei n. 8987/95.

Vale considerar que, com os terminais públicos e os terminais privativos mistos, criam-se agentes atuantes em um mesmo mercado, porém sob diferentes regimes jurídicos. Como os terminais públicos encontram-se vinculados a obrigações de investimento e universalização bem mais rígidas, surge um diferencial competitivo com relação às condições comerciais que os terminais privativos mistos podem oferecer aos usuários. Dessa forma, para que não haja distorção na concorrência com efeitos negativos sobre o bem-estar e o interesse público, a regulação da agência deve observar cuidadosamente os parâmetros de adequação e proporcionalidade na ponderação dos interesses públicos envolvidos, em suas regulações complementares.

O desafio é permitir que os agentes privados e operadores de terminais privativos adentrem no mercado de prestação de serviços a terceiros, sem, porém, que essa entrada lhes coloque em posição de vantagem com relação aos terminais públicos. Essa é uma questão particularmente importante, por exemplo, na discussão das condições pelas quais ou em que medida ou proporção podem os terminais privativos movimentar carga de terceiros.

A competição entre agentes de diferentes regimes, privado e público, vai ocorrer naquela movimentação de carga de terceiros pelo terminal privado. É preciso, então que a livre competição (regime próprio das autorizatárias) seja compatibilizada com a concorrência enquanto um meio a ser perseguido pelas concessionárias e arrendatárias. Ou seja, mormente no que diz respeito aos usuários dos terminais, é preciso levar em conta que o atendimento a terceiros é movido por interesses distintos. De um lado, por interesse *privado* do prestador: o atendimento mais eficiente como instrumento de competição entre os prestadores (autorizatórios), que pode ser levado por interesses empresariais e negociais, como o atendimento privilegiado e a contratação do embarque e desembarque apenas daqueles produtos e clientes mais rentáveis; de outro, pelo interesse *público* da prestação com a obrigação de atendimento de determinada forma e com determinados critérios já fixados na concessão, por meio de obrigações de investimento e de universalização, ainda que contra a decisão mais lucrativa do ponto de vista privado.

Tratando-se de tipos de atividade econômica³¹ submetidos a regimes distintos em face dos respectivos mercados (regulado e livre), a competição entre os respectivos prestadores deve levar em conta os critérios próprios para cada tipo de atividade, delimitados pelo interesse público que cada atividade busca satisfazer. No caso, de um lado, os terminais públicos voltados para o interesse direto em uma movimentação de cargas segura e eficiente e, de outro, os terminais privativos mistos, voltados precipuamente para o interesse no ganho de competitividade com as sinergias da integração vertical, portanto, residualmente, mediante a otimização do uso do terminal, reduzindo-se a capacidade ociosa.

Assim, a regulação de ambas as atividades econômicas (pública e privada), no intuito de introduzir ou fomentar a competição, principal agente de eficiência, deve cuidar para não ser autodestrutiva, ou seja, para não estabelecer um desequilíbrio competitivo entre concessionárias e autorizatárias, caso no qual haveria uma regulação desproporcional e, portanto, carente de fundamento de validade legal e constitucional.

³¹ Cf. GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na constituição de 1988: 2ª ed. São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 1990.