

A DESESTATIZAÇÃO DA CODESA: Privatização de Serviço Público e Hibridismo na Exploração das Atividades Portuárias

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2024.62.15355>

Submetido em: 1/12/2023

Aceito em: 27/5/2024

Publicado em: 16/9/2024

Nilson Vieira Ferreira de Mello Júnior

Escola de Direito do Rio de Janeiro de Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro/RJ, Brasil.
<https://orcid.org/0009-0003-8737-6878>

RESUMO

O presente artigo tem o objetivo de examinar o processo de desestatização da Companhia Docas do Espírito Santo (Codesa), investigando as características que o tornam inédito no contexto de um amplo processo de privatizações e modernização do setor portuário brasileiro, iniciado nos anos 1990. Proceder-se-á neste sentido a uma investigação acerca do hibridismo de modelos de exploração que regem o setor, refletindo a ambiguidade conceitual presente na matriz constitucional e no marco legal infraconstitucional, em especial no que tange ao conceito de “serviço público” aplicado aos serviços portuários. O método a ser empregado é o de pesquisa básica, visando à melhor compreensão da matéria. A hipótese adotada é de que serviços portuários representam sempre serviços públicos, tendo em vista o grande interesse social envolvido, não importando o regime jurídico que lhes seja aplicado – arrendamento ou autorização. O leilão de transferência da Codesa à iniciativa privada acentua o hibridismo setorial e evidencia a ocorrência de prestação de serviço público em regime privado.

Palavras-chave: regulação – estratégia regulatória – serviço público – portos – modelos de privatização.

THE PRIVATIZATION OF CODESA: PRIVATIZATION OF PUBLIC SERVICE AND HYBRIDITY IN THE EXPLOITATION OF PORT ACTIVITIES

ABSTRACT

This article aims to examine the process of privatization of Companhia Docas do Espírito Santo (Codesa), investigating the characteristics that make it unprecedented in the context of a broad process of privatization and modernization of the Brazilian port sector, which began in the 1990s. In this sense, an investigation will be carried out on the hybridity of exploration models that govern the sector, reflecting the conceptual ambiguity present in the constitutional matrix and in the infraconstitutional legal framework, especially with regard to the concept of “public service” applied to port services. The method to be used is that of basic research, aiming at a better understanding of the matter. The hypothesis adopted is that port services always represent public services, in view of the great social interest involved, regardless of the legal regime that is applied to them - concession or authorization. The auction for the transfer of Codesa to the private sector accentuates sectoral hybridity and highlights the occurrence of public service provision in the private regime.

Keyword: regulation – regulatory strategies – public service – ports – models of privatization

INTRODUÇÃO

O processo de abertura dos portos brasileiros à iniciativa privada a partir da década de 1990 constitui um claro exemplo de transformação do estado provedor em estado regulador. De acordo com Guerra (2014)¹, com o fim do regime militar no decênio anterior e “o forte clamor pela melhoria das condições de vida da população”, ocorreu no Brasil um sucessivo processo de mutação das estruturas estatais. O Estado optou por reduzir seu papel na exploração direta de atividades econômicas e prestação direta de serviços públicos.

Freitas (2015) salienta que, a exemplo de outras atividades econômicas, o setor portuário tem sido objeto de maior ou menor grau de intervenção estatal dependendo do período histórico e da orientação ideológica a inspirar as políticas públicas de diferentes governos. De todo modo, o que se observa nos últimos trinta anos é uma nítida redução da intervenção direta e a consequente consolidação do papel regulador do estado no setor.

Ao longo deste período, mesmo em governos de matiz teoricamente mais estatizante², é notável o avanço dessa mutação. Como não poderia deixar de ser, a criação da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ)³ contribuiu para o fortalecimento e o aprimoramento de um ambiente regulado, representando, na mesma medida, uma diminuição da ingerência governamental direta. O setor portuário é, assim, também, emblemático da “emergência de uma administração policêntrica” em superação ao tradicional “Executivo unitário”, a que se refere Binenbojn⁴.

No contexto desta dinâmica, a transferência da Companhia Docas do Espírito Santo (Codesa) à iniciativa privada, em março de 2022, foi anunciada pelo governo⁵ como a primeira desestatização de serviço portuário no Brasil. A operação foi de fato um marco do setor, inaugurando modelo inédito de concessão da própria Autoridade Portuária, e não apenas de instalações dentro do chamado Porto Organizado, acentuando o hibridismo de regimes que caracteriza os serviços portuários no país, em que convivem diferentes modelos de exploração.

O objetivo do presente artigo é, portanto, examinar quais são as características que tornam a desestatização da Codesa inédita em comparação a outras formas de privatização portuária adotadas no país. Descortina-se, assim, a possibilidade de se investigar o hibridismo jurídico adotado à luz do que prevê a Constituição e, acessoriamente, de atualizar o panorama normativo desse importante setor.

A controvérsia conceitual que há muito cerca as privatizações portuárias centra-se no questionamento se a atividade, diante da matriz constitucional, pode ser considerada serviço público⁶ ou se caracteriza como atividade econômica regulada. Pela diretriz constitucional (art. 175), a prestação de serviço público será feita pelo Estado diretamente ou mediante concessão e permissão, sempre precedida de licitação.

¹ O autor ressalta que de 600 empresas estatais no início dos anos 1980 o país chegou a 2014 com 126.

² O exemplo é a Lei nº 12.815 de 2013 (orinda da MP 595), sancionada no governo de Dilma Rousseff, cujo partido (PT) adota historicamente discurso e política mais conservadores em relação às privatizações. A referida lei, a ser tratada ao longo do artigo, representou uma maior abertura para o setor privado ao permitir que os terminais de uso privado (TUP) movimentassem livremente cargas de terceiros.

³ A ANTAQ foi criada pela Lei nº 10.233 de junho de 2001.

⁴ O autor lembra que “através de desestatizações, privatizações e flexibilização de monopólios”, o modelo de Estado empresário, calcado em forte intervenção direta na economia, foi substituído, a partir dos anos 1990, pelo modelo de Estado regulador, cuja intervenção se opera de modo indireto. BINENBOJN, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar: 2014, pág. 267.

⁵ A página do Ministério da Infraestrutura, hoje dos Transportes, em 30/03/2022, por ocasião do leilão da estatal, anunciava a operação como a primeira desestatização do setor portuário no país: <https://www.gov.br/transportes/pt-br/assuntos/noticias/2022/03/codesa-e-leiloada-e-brasil-tem-a-primeira-desestatizacao-da-historia-do-setor-portuario>. A rigor, a venda da Codesa representou a primeira privatização de uma Companhia Docas, ente pelo qual a União administra diretamente os portos. Contudo, não se pode dizer que foi a primeira desestatização portuária do país, tendo em vista a série de arrendamentos dentro dos portos públicos feita nas últimas três décadas.

⁶ No que tange o conceito de serviço público aplicado à atividade portuária, relevante é salientar que o mesmo foi empregado pelo TCU para a concessão da Codesa, conforme, entre outros, item 9.3.1 do Acórdão (TC 029.883/2017-2) que aprovou a sua desestatização. https://portal.tcu.gov.br/data/files/5E/77/96/03/4C5AD7101AE842D7F18818A8/029.883-2017-2-BD%20-%20Desestatizacao_Codesa.pdf

Grau⁷ adverte que nem tudo que foi destinado à União pela Constituição é de fato serviço público. Dessa forma, o artigo também discorrerá sobre o tratamento – nem sempre uniforme – dado tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência do Supremo ao conceito de serviço portuário. Uma das questões que emergem é se, uma vez que a Autoridade Portuária, representada pelas Companhias Docas (a Codesa seria o caso pioneiro)⁸, está sendo desestatizada, o poder de polícia será, igualmente, transferido ao ente privado.

Para o desenvolvimento do artigo, primeiramente será feita uma síntese de como se deu a modelagem no âmbito do então Ministério da Infraestrutura e, conseqüentemente, a venda da estatal à iniciativa privada, tendo o Banco Nacional de Desenvolvimento (BNDES) como agente condutor da operação. Para contextualização da matéria, será feito um breve histórico da redução do grau de intervenção estatal e das características do setor, bem como dos modelos de exploração nele adotados.

Na sequência, far-se-á um exame do tratamento dado pela doutrina aos institutos da concessão e da autorização portuárias. O método a ser utilizado no artigo é o de pesquisa básica, voltada para uma melhor compreensão do tema objeto de exame.

Pretende-se, ao fim, demonstrar que a venda da Codesa, representando, sim, a concessão de um serviço público, constitui um inédito modelo de privatização dos portos. Trata-se de um setor em que se aprofunda o hibridismo de regimes jurídicos que, não obstante (e aqui antecipando parte das conclusões), está consoante o que prevê o texto constitucional e o marco legal setorial.

DO ESTADO POSITIVO AO ESTADO REGULADOR – NOVO AMBIENTE

Responsável pela ruptura com o modelo fortemente centralizador e intervencionista que prevaleceu até a década de 1990, quando o país ingressou na era das privatizações com o Programa Nacional de Desestatização (PND)⁹, a primeira Lei dos Portos (Lei nº 8.630 de fevereiro de 1993), também conhecida como “Lei de Modernização dos Portos”, propiciou uma grande abertura a novos investimentos. Esse processo foi ampliado pela “nova” Lei dos Portos (Lei nº 12.815 de junho de 2013, oriunda da MP 595/2012), igualmente liberalizante.

Na esteira desses marcos setoriais, um número relevante de concessões e arrendamentos de terminais em portos públicos foi empreendido nas últimas três décadas no Brasil. Assim, quando o governo anuncia “a primeira desestatização”, na verdade, se refere à concessão de um Porto Organizado, e não apenas de instalações públicas dentro dele. Há de se salientar que, por sua relevância econômica¹⁰ e evidente interesse social envolvido, a atividade portuária implica uma forte regulação estatal, delineada na matriz constitucional. A nosso ver, o interesse é social – e não apenas coletivo – tendo em vista o impacto econômico desta atividade na sociedade.

O BNDES é o agente gestor das concessões e demais instrumentos de desestatização de bens e serviços do Programa de Parcerias de Investimentos (PPI), do Governo Federal. O PPI encontra-se hoje regido pela Lei nº 13.334 de 2016¹¹, funcionando no âmbito da Presidência da República, conforme dispõe o seu art. 1º, que também estabelece a finalidade do programa: “(...) destinado à ampliação e fortalecimento da interação entre

⁷ Para o autor, “serviço público é atividade indispensável à consecução da coesão social”. Entende que o estado desenvolve atividade econômica em sentido amplo quando atua em função de imperativo de segurança nacional ou para atender relevante interesse coletivo (art. 173 da CF). Neste caso, desenvolve atividade econômica, e não serviço público, este ocorrendo quando se trata de acatar “o interesse social”. GRAU, Eros. *A ordem econômica na Constituição de 1998*. 18ª edição. São Paulo: Malheiros, 2017, págs. 124 e seguintes.

⁸ Dentro do cronograma do PND no governo passado, a ideia era de que, depois da Codesa, fosse leiloada a Companhia Docas do Estado de São Paulo (Codesp), desestatização essa que acabou abortado pelo atual governo, o que corrobora o entendimento de que o processo de desestatização sofre marchas e contramarchas, em função da orientação político-ideológica de cada governo.

⁹ Instituído originalmente pela Lei nº 8.031 de 1990, a partir de 1997 o PND passou a ser regido pela Lei nº 9.491 de 1997.

¹⁰ Pelos terminais portuários passam 95% da corrente do comércio exterior brasileiro, de acordo com o Sindicato dos Operadores Portuários do Estado de São Paulo (SOPESP): <https://sopesp.com.br/2019/10/07/o-porto-e-a-economia-do-brasil/>

¹¹ A Lei nº 12.334/2016 revogou e substituiu a Lei nº 10.683 de 2003, ampliando o espectro do PPI.

Estado e iniciativa privada, por meio da celebração de contratos de parceria para empreendimentos públicos e de outras medidas de desestatização.”

Conduzida pelo BNDES, a desestatização da Codesa abrangeu os portos de Vitória e Barra do Riacho (no norte do Espírito Santo), a ela diretamente subordinados, bem como os serviços públicos portuários administrados por essas instalações. Importa salientar que as Companhias Docas, a exemplo da Codesa, são as autoridades públicas responsáveis pela administração portuária. Constituem a Autoridade Portuária, investida do poder de polícia, consoante o entendimento de Mendonça¹², e pela qual se efetiva a exploração direta da atividade portuária, dentro da primeira das hipóteses previstas no inciso XII do art. 21 da Constituição Federal.

A premente necessidade de modernização da infraestrutura portuária, de modo a compatibilizá-la com as crescentes demandas por serviços de embarque e desembarque de mercadorias, em especial as voltadas para o comércio exterior, exige vultosos investimentos nem sempre disponíveis ao Estado, tendo em vista os limites orçamentários que nações emergentes como o Brasil enfrentam¹³.

Adotando esse entendimento, a justificativa para a desestatização da Codesa na página oficial do banco oficial de desenvolvimento menciona o fator “eficiência” e explicita o objetivo de modernização setorial, condicionando-o à necessidade de novos investimentos. *In verbis*:

(...) tem como objetivo modernizar a gestão portuária, atrair investimentos e melhorar a operação do setor, estando aderente à política setorial e às diretrizes do governo federal de busca por investimentos em infraestrutura por meio de parcerias com o setor privado. De fato, a gestão eficiente de um ativo portuário depende fundamentalmente de agilidade nas tomadas de decisão e flexibilidade de negociação e contratação, de modo a permitir que os gestores possam reagir prontamente aos constantes processos de modernização e avanços tecnológicos específicos do setor e atender com agilidade as cadeias produtivas que buscam espaços e serviços portuários. Atualmente, em virtude da natureza das Companhias Docas, as regras de contratação de serviços e aquisição de bens não favorecem que os ativos portuários sejam gerenciados com esse dinamismo¹⁴.

A Constituição Federal de 1988, com redação dada pela Emenda Constitucional 19/1998, estabelece, em seu art. 37, que a eficiência é um dos princípios norteadores da administração pública. No caso em tela, é pertinente salientar que, na busca da eficiência, o estado brasileiro decidiu adotar como estratégia regulatória setorial a transferência à iniciativa privada de uma atividade que compete à União, em consonância com o supracitado inciso XII do art. 21 da Constituição.

Guerra (2006) afirma que as premissas de uma sociedade pós-moderna, multifacetada, impõem um novo modelo econômico e, conseqüentemente, novas escolhas regulatórias. É nesse contexto que ganha importância a escolha regulatória como uma nova espécie do gênero escolhas administrativas. Leciona o autor:

Na regulação de atividades econômicas pelo Estado, a estrutura estatal necessária para equilibrar os subsistemas regulados, ajustando as falhas de mercado, ponderando-se diversos interesses ambivalentes, não se enquadra no modelo positivista clássico e moderno, haja vista sua patente singularidade.

¹² Compartilhamos o entendimento pragmatista do autor, segundo o qual, “sob certas circunstâncias”, o poder de polícia se estende às empresas estatais, no caso, as Companhias Docas. Poder de polícia se configura por ato de autoridade, da essência do Estado. É igualmente da essência do Estado os serviços públicos, invariavelmente prestados por empresas estatais. Silogismo que nos leva a reconhecer a possibilidade de exercício de poder de polícia pelas estatais. Ademais, concessionária a qual foi delegada a execução de serviços públicos pode exercer poder de polícia, inclusive promovendo desapropriações (ex: art. 31, VI, da Lei Federal nº 8.987/1995). MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito Constitucional Econômico – a intervenção do Estado na Economia, à luz da razão pública e do pragmatismo*. Belo Horizonte: Ed.Forum, 2014, págs. 228 e 229.

¹³ De acordo com o Observatório de Política Fiscal Ibre/FGV, o investimento público no país foi de -1% em 2021, contra 2% em 2013: <https://observatorio-politica-fiscal.ibre.fgv.br/series-historicas/investimentos-publicos/investimentos-publicos-1947-2021>; e de acordo com relatório do Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), com ampla divulgação na mídia, o país foi entre 21 economias o que menos investiu recursos públicos em infraestrutura em 2019: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2020/07/30/brasil-tem-o-menor-investimento-publico-em-infraestrutura-entre-21-paises-da-america-latina-e-do-caribe-em-2019-diz-relatorio-do-bid.ghtml>.

¹⁴ A justificativa da venda da Codesa encontra-se na página do BNDES, em <https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/transparencia/desestatizacao/processos-encerrados/desestatizacao-da-companhia-docas-do-espírito-santo-codesa>

No que se diz respeito à sistemática econômica, o espírito do texto constitucional coaduna-se com o florescimento, a partir da década de 1970, de um Estado regulador e o concomitante declínio de um Estado estritamente positivo. Majone (2006), contudo, adverte ser equivocado dizer que este novo modelo de Estado, caracterizado por liberalização, privatização e reforma de programas de bem-estar, resume-se ao termo “desregulação”, como muitas vezes é feito.

O que se observa na prática não é o desmantelamento de toda a regulamentação governamental – uma volta a uma situação de *laissez-faire* que na realidade nunca existiu na Europa – mas, em vez disso, uma combinação de desregulação e nova regulação, possivelmente em um nível diferente de governança.

Na passagem do tradicional Estado positivo para o Estado regulador, o direito administrativo também se adapta, se transforma, deixando de ser algo abstrato para funcionar de forma pragmática, conforme sinaliza Chevallier (2005). Neste novo ambiente, governança administrativa passa a ter um papel preponderante, influenciando fortemente sobre as políticas públicas e os processos decisórios em todas as esferas governamentais.

A ESTRUTURAÇÃO DA VENDA – O MODELO *PRIVATE SERVICE PORT*

A fim de clarear o contexto, façamos um resumido cronograma do que foi o processo de venda da estatal. O Conselho do Programa de Parceria de Investimentos (CPPI) incluiu a Codesa no PND em 23 de agosto de 2017 (Resolução nº 14). Por sua vez, o presidente da República veio confirmar essa inclusão e a compatível qualificação da estatal no PPI em 25 de julho de 2019, por meio do Decreto nº 9.852. Em 7 de junho de 2021, o CPPI aprovou as condições mínimas para a desestatização da empresa e dos dois portos por ela administrados (Processo nº 188/2021). Acompanhando o processo, o Tribunal de Contas da União (TCU) estabeleceu recomendações, conforme Acórdão nº 2.931 de 2021. Entre as recomendações, a corte de contas salientava o seguinte:

(...) nas consultas/audiências públicas promovidas, não foram divulgadas as informações técnicas, econômico-financeiras, ambientais e jurídicas constantes dos estudos de viabilidade, com destaque para o modelo econômico-financeiro do projeto, com vistas a permitir a identificação clara das metodologias, premissas e estimativas auferidas, calculadas e utilizadas na tomada de decisão do Poder Público, em desatenção aos princípios da publicidade e da transparência e à jurisprudência do Tribunal.

Após ajustes feitos para atender as recomendações do TCU, as condições finais de venda da Codesa bem como dos portos de Vitória e de Barra do Riacho restaram aprovadas pelo CPPI em dezembro de 2021 (Res nº 207). Por sua vez, a minuta do contrato de concessão foi aprovada pela diretoria da Agência Nacional de Transportes Aquaviários em 14 de janeiro de 2022 (Deliberação nº 5/2022). A Codesa foi efetivamente colocada à venda, juntamente com os dois portos a ela vinculados, assim como os serviços públicos portuários sob sua administração, pelo Edital nº 01 de 2022 do PPI/PND¹⁵, com leilão na Bolsa de Valores de São Paulo (B3), enfim, realizado no dia 25 de março do mesmo ano.

A companhia foi arrematada pelo fundo de investimentos FIP Schelf 119 Multiestratégia, que desembolsou R\$ 106 milhões pela outorga e R\$ 326 milhões pelas ações da Codesa, em contrato de concessão de 35 anos, sem permissão de renovação. O lance mínimo era de R\$ 1,00. A outra concorrente na licitação – o Consórcio Beira Mar – fez lance de R\$ 101 milhões.

Durante o prazo contratual, o concessionário assume o compromisso de investir R\$ 850 milhões na estrutura e na superestrutura (máquinas e equipamentos) dos dois portos – Vitória e Barra do Riacho. A União receberá repasses fixos de R\$ 24,75 milhões e contribuições variáveis de 7,5% da receita. Na ocasião da venda, em março de 2022, o Ministério da Infraestrutura previa que a geração de caixa propiciada pelos investimentos e em modernização estrutural e de processos cresceria 171% em 10 anos; e que o volume

¹⁵ O edital com seus anexos encontram-se no endereço <https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/transparencia/desestatizacao/processos-em-andamento/leilao-01-2022-ppi-pnd>

de cargas movimentado no Porto de Vitória dobraria para 14 milhões de toneladas. Tais previsões estariam atinentes ao objetivo de modernização para atender ao crescimento da demanda por serviços portuários.

Dessa forma, a transferência da Codesa ao setor privado inaugurou no Brasil o que a literatura especializada¹⁶ denomina de *Private Service Port* (também conhecido como *Full Private Port*), modelo pelo qual o grupo privado adquirente se responsabiliza tanto pela infraestrutura quanto pela superestrutura do Porto Organizado (público), sem qualquer participação ou interferência do ente público, salvo indiretamente pelas normas regulatórias.

Mais do que isso, pelo *Private Service Port* o ente privado assume o papel de Autoridade Portuária. No caso da Codesa, o concessionário ficará também responsável pelas obras de dragagem nos canais marítimos de acesso aos terminais, o que não é a regra em outros países em que o modelo é adotado.

Desde a liberação promovida pela “primeira” lei dos portos (Lei nº 8.630/1993), prevalecia no Brasil o *Landlord Port*, modelo de privatização mais utilizado no mundo, pelo qual o governo mantém-se como Autoridade Portuária e permanece responsável pela infraestrutura (as áreas comuns do chamado Porto Organizado), cabendo ao setor privado a administração da superestrutura, abrangendo máquinas e equipamentos, bem como o gerenciamento de pessoal e da operação propriamente dita. Esse é o caso dos terminais em regime de concessão (arrendados) em Porto Organizado, inclusive os de Santos e do Rio de Janeiro.

Cabe, no entanto, ressaltar que, aliado ao *Landlord Port*, já funcionavam no país os terminais de uso privado (TUP), instalações construídas em áreas de particulares, portanto, fora do Porto Organizado, e que operam sob regime de autorização, conforme previsão que constava da Lei nº 8.630 e foi ampliada pela “nova” Lei dos Portos (Lei nº 12.815/2013), como veremos adiante.

Na prática, portanto, a sistemática adotada já era híbrida, pois a par do *Landlord Port* vinham funcionando o que denominamos aqui – por deliberada definição – de terminais “ eminentemente privados”, com características muito parecidas com o *Private Service Port*, salvo o fato de que, nos TUP, as áreas são desde a origem de titularidade de particulares – o que realça o caráter privatista em oposição ao publicista. A convivência desses modelos evidencia o hibridismo setorial.

DA INTERVENÇÃO À LIBERAÇÃO HÍBRIDA: PORTO ORGANIZADO E TERMINAIS AUTORIZADOS

Em olhar retrospectivo, podemos dizer que até início dos anos 1990, quando o país ingressou na era das desestatizações, a atividade portuária no Brasil era fortemente concentrada nas mãos do Estado. No início do Século XX, contudo, não havia um órgão diretamente voltado para a organização e desenvolvimento do setor. Nos anos 1930, caracterizado por uma maior intervenção estatal na economia, seguindo uma tendência global, os portos passaram a ser diretamente administrados pelo Departamento de Portos e Vias Navegáveis (DPVN).

A partir dos anos 1970 (Lei nº 6.222/1975), o DPVN é substituído pela Portobrás – Empresa de Portos do Brasil S/A, empresa estatal de economia mista, que representou um avanço em termos gerenciais em relação ao *status* anterior, mas, ainda assim, centralizadora e longe da eficiência e do dinamismo exigidos por uma economia prestes a ingressar no processo de globalização.

A necessidade de modernização dessas estruturas, com novos investimentos de forma a atender à expansão econômica, a maior inserção do país no mercado exterior e, conseqüentemente, a crescente

¹⁶ De acordo com o Observatório Nacional de Transporte e Logística da Infra S.A., empresa pública federal responsável pelo planejamento de obras e projetos de infraestrutura e transportes, existem no mundo quatro modalidades de exploração de portos e serviços portuários, sendo eles o *Public Service*, de gestão eminentemente pública, o *Tool Port*, que se assemelha a um porto público, mas em que algumas operações são licenciadas a particulares, o *Landlord Port*, em que o Poder Público se mantém como autoridade portuária, mas privatiza a administração e a operação, e o *Private Service Port*, pelo qual não há qualquer ingerência do governo na atividade, salvo pelas normas regulatórias. ONTL/Infra, Artigo Técnico n. 6, março de 2023: <https://ontl.infra.gov.br/publicacoes/artigos-tecnicos/>

demanda por serviços portuários, levou ao rompimento com o antigo modelo estatal, o que se operou pela mencionada Lei nº 8.630/1993.

Contudo, sob sua vigência, os TUP só recebiam autorização para operar se comprovassem ter carga própria de forma preponderante – ou seja, esses terminais só estavam autorizados a prestar serviços portuários para terceiros de forma complementar, sendo obrigados a ter carga própria suficiente para justificar a sua existência. São exemplos de instalações de uso privado que movimentam apenas carga própria terminais de granel sólido (exemplo: madeira e minério) de companhias como Aracruz Celulose e Vale.

Com o advento da Lei nº 12.815/2013 esses terminais de uso privado passaram a ter plena liberdade para prestar serviços para terceiros, o que significa que começaram a concorrer diretamente e de forma mais ampla com os terminais que funcionam sob o regime de concessão/arrendamento, em Porto Organizado.

A Lei nº 12.815/2013 dispõe que a exploração indireta da atividade portuária dentro do Porto Organizado far-se-á mediante contrato de “concessão” e “arrendamento”, ao passo que a exploração indireta da atividade em área fora do Porto Organizado será objeto de “autorização”. Vejamos:

Lei nº 12.815/2012 - Art. 1º - Esta Lei regula a exploração pela União, direta ou indiretamente, dos portos e instalações portuárias e as atividades desempenhadas pelos operadores portuários.

§ 1º A exploração indireta do Porto Organizado e das instalações portuárias nele localizadas ocorrerá mediante concessão e arrendamento de bem público.

§ 2º A exploração indireta das instalações portuárias localizadas fora da área do porto organizado ocorrerá mediante autorização, nos termos desta Lei.

A concessão, portanto, seria adotada quando a privatização abrangesse a totalidade do Porto Organizado (a própria Autoridade Portuária), como foi o caso da desestatização da Codesa e dos portos a ela vinculados, ou terminais dentro de sua área (“arrendatários”), na forma do parágrafo 1º do art. 1º da lei. Por sua vez, a autorização (parágrafo 2º do art. 1º) se aplica à privatização de terminais fora da área do Porto Organizado. No primeiro caso, a lei exige licitação, o que reforça o entendimento de regime jurídico de direito público – e, na nossa visão, de serviço público.

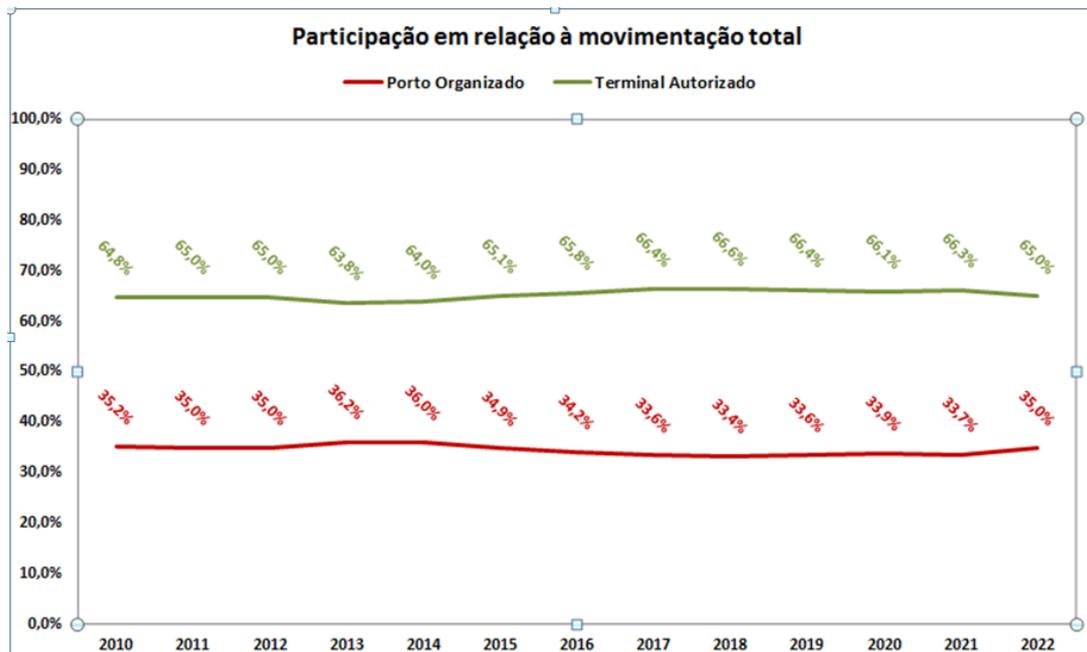
O diploma setorial prevê ainda a possibilidade de o Porto Organizado e de seus terminais serem transferidos da União para outros entes federados (estados e municípios) por meio de “delegação” (inciso X do art. 2º). Saliente-se que o marco legal setorial não menciona a figura da “permissão”, prevista no inciso XII do art. 21 da Constituição.

Barbosa e Guerise (2022) afirmam que os TUP representam uma “disruptura” no sistema portuário, e são o segmento dentro do setor que mais investe em novas instalações e modernização desde o novo marco setorial. Com efeito, os TUP – que denominamos terminais “eminenteemente privados”, por situarem-se fora da área de Porto Organizado – tiveram um exponencial crescimento desde 2010 conforme gráficos abaixo, que apresentamos para ilustrar o presente artigo.

Elaborado a partir dos dados disponíveis no Painel Estatístico da ANTAQ¹⁷, o levantamento contempla conjuntamente os diferentes perfis de carga (contêiner, carga geral, granel líquido e granel sólido) e os diferentes tipos de navegação (cabotagem, longo curso, hidroviário/lacustre, apoio marítimo e apoio portuário). Os terminais de uso privado respondiam em 2022 por 65% da movimentação, contra 35% dos terminais em Porto Organizado – incluindo-se aqui os públicos, administrados diretamente por Cias Docas, e os arrendados, conforme o gráfico da figura 1 abaixo.

¹⁷ Painel Estatístico ANTAQ: <https://web3.antaq.gov.br/ea/sense/index.html#pt>

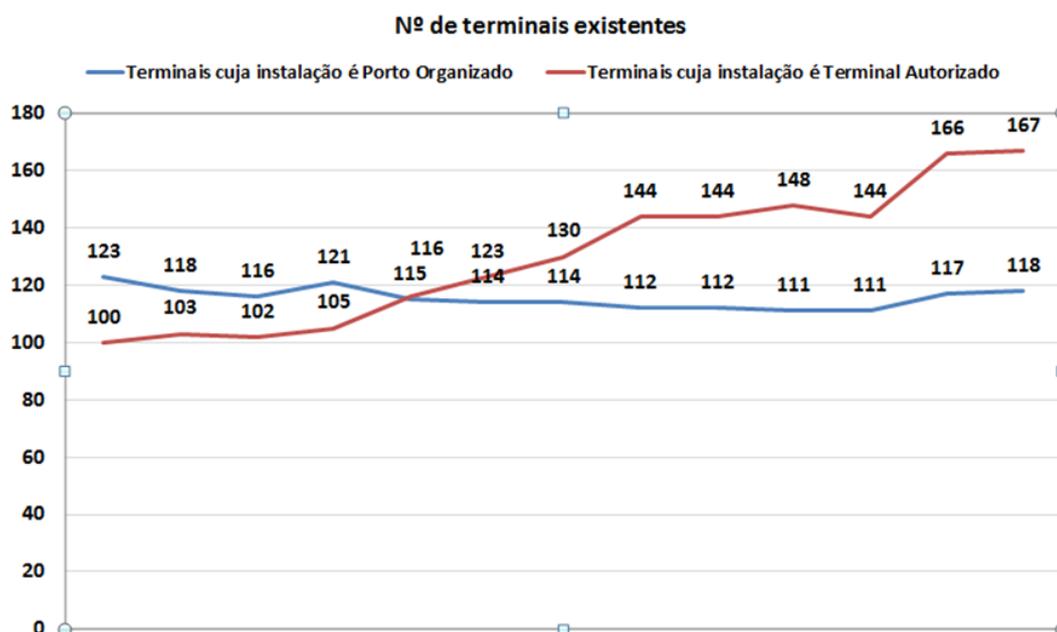
Figura 1 – Gráfico de participação em carga/Fonte: autor do artigo, a partir do Painel Estatístico da ANTAQ.



De acordo com os dados desdobrados da base estatística da ANTAQ, estão em operação hoje no país 285 terminais portuários, servindo aos diferentes tipos de carga e perfis de navegação supracitados, contra 223 em 2010. Desses, hoje, 118 estão situados em 37 Portos Organizados, enquanto outras 167 instalações operam como terminais de uso privado (TUP). Em 2010, havia 123 terminais em Porto Organizado e 110 terminais de uso privado, conforme gráfico da figura 2 mais abaixo.

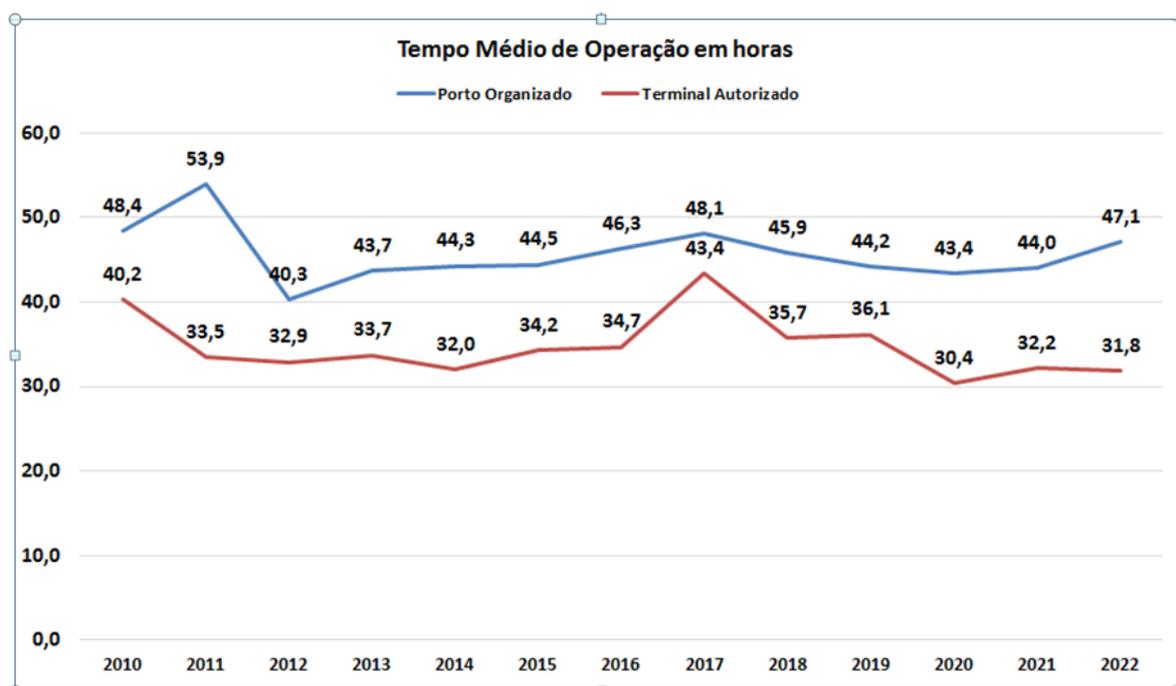
Verifica-se que, no período compreendido entre 2010 a 2022, houve um modesto aumento geral de terminais (0,7%), se somados os dois regimes, embora com um significativo acréscimo (67%) de autorizados (TUP) que contrasta com um recuo de terminais em Porto Organizado (-4,1%). O dado nos leva a inferir que a liberação promovida pela Lei nº 12.815 de 2013, permitindo que os autorizados (TUP) movimentassem cargas de terceiros sem a exigência de serem autossuficientes em carga própria, contribuiu para a expansão deste segmento.

Figura 2 - Gráfico expansão nº de terminais./Fonte: autor do artigo, a partir do Painel Estatístico da ANTAQ.



Tendo em vista que a venda da Codesa justificou-se pela busca da eficiência e agilidade setorial, um dado parece ser ainda mais relevante numa oportuna comparação entre os terminais de uso privado, operando sob o regime de autorização, e aqueles que funcionam dentro do Porto Organizado, seja diretamente geridos por Cia. Docas ou arrendados. O tempo médio de operação em horas nos terminais autorizados – um dado de eficiência – tem se mantido menor do que nos terminais dentro do Porto Organizado. Quanto menor o tempo, maior a eficiência. É o que mostra o gráfico da figura 3 abaixo, também desdobrado da base estatística da ANTAQ.

Figura 3 – Gráfico tempo médio de operação./Fonte: autor do artigo, a partir do Painel Estatístico da ANTAQ.



Operando sob regime jurídico privado, os terminais autorizados, por óbvio, estão submetidos a um grau de exigência legal menor do que os terminais arrendados dentro do Porto Organizado. Dentre essas exigências a principal nos parece ser a obrigatoriedade de o terminal arrendado em Porto Organizado contratar mão-de-obra por intermédio do OGMO – Órgão Gestor da Mão-de-Obra, um ente para-sindical que, por sua natureza, seria mais burocrático e menos ágil. Em contrapartida, o terminal autorizado goza de plena liberdade para contratar pessoal, bem como para treinar, capacitar e gerir suas equipes, estabelecendo parâmetros de eficiência compatíveis com os objetivos operacionais que pretende atingir.

Vale dizer que o contrato de concessão da Codesa mantém a obrigatoriedade de contratação de pessoal por intermédio do OGMO, não permitindo, em nosso entendimento, que a almejada agilidade pretendida para os Portos Organizados seja plenamente alcançada. A justificativa para a manutenção desse regime trabalhista foi a de que sua alteração exigira lei específica.

UMA DISCUSSÃO DOUTRINÁRIA

Os serviços públicos no Brasil são uma noção construída com base numa forte concepção ideológica do que deva ser o Estado, o âmbito de sua atuação e os seus limites, conforme leciona Schirato (2012)¹⁸. Nas palavras de Chevallier (2017), inicialmente usada por juristas, a ideia de serviço público “irá posteriormente ser

¹⁸ Para o autor, “é dizer que, além da forte influência do direito estrangeiro (principalmente o direito francês e o direito italiano), e das circunstâncias de fato que fizeram do serviço público um instrumento a implementar políticas governamentais, no Brasil, [a noção] foi sobremaneira influenciada por concepções ideológicas provenientes da doutrinas e muitas vezes repetidas no Judiciário.”

objeto de uma verdadeira transmutação, passando de uma corrente doutrinária no campo do direito público para um ponto nodal da Teoria do Estado”. Trata-se, salienta o autor, da “pedra angular” da arquitetura estatal.

A iniciativa privada, por sua vez, insere-se irremediavelmente nesta hodierna ideia de administração pública, e dela recebe seu escopo de ação, conformada pela matriz constitucional das democracias capitalistas, consoante a visão de Dahl (1989)¹⁹. A evolução do capitalismo não prescinde do Estado, mas, ao contrário, vale-se dele para a sua concretização. Trata-se de um modelo de produção econômica – resultante de uma ideologia – que tem no contrato o seu instrumento básico de ação e de realização, sendo o contrato decorrente da Lei, do arcabouço jurídico em que uma sociedade e sua economia encontram-se assentada.

Os serviços públicos, portanto, erguem-se como ferramentas que comandam a atuação do Estado, impondo as suas obrigações. Mas essa atuação configura, também, atividade econômica. Assim, o que vai distinguir os serviços públicos previstos no art. 175 da CF das demais atividades econômicas elencadas no art. 173 será a sua titularidade. Esse é o entendimento de Justen Filho (2020), com o qual em parte concordamos. Se a titularidade é do Estado, o regime jurídico a que estarão submetidas será publicista. Sendo a titularidade de particular, o regime será privado. O setor portuário, contudo, apresenta exceções, ensejadas pela própria matriz constitucional, que tornam essa distinção controversa e (por que não dizer?) confusa.

O art. 175 da CF atribui ao Estado a prestação dos serviços públicos, seja diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, nesses casos sempre precedidos de licitação. Evidencia-se aqui a discussão se serviços portuários devem ser considerados serviços públicos e, o sendo, se seriam objeto de autorização, instrumento adotado para os terminais de uso privado – TUP. Regidas por regime jurídico privado, essas instalações prescindem, portanto, de prévia licitação. Frise-se que este não é o caso da Codesa cujos complexos constituem a figura de Porto Organizado.

Ressalta-se que o constituinte empregou expressamente o verbete “autorização” ao definir os instrumentos pelos quais a União delega competência para a exploração de serviços portuários, sem, no entanto, mencionar tratar-se de serviço público – principal razão, a nosso ver, da discussão teórica que paira sobre o setor. *In verbis*:

Art. 21. Compete à União:

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

f) os portos marítimos, fluviais e lacustres.

Entendendo tratar-se de atividade econômica regulada resultante do interesse coletivo envolvido, parte da doutrina advoga que o conceito de serviço público sequer se aplicaria aos concessionários em Porto Organizado – os arrendatários de terminais públicos (Monteiro, 2022). Este não é o nosso entendimento. Oportuno salientar que a atividade econômica cabe primordialmente ao agente privado, sendo a sua exploração direta pelo Estado, por regra, subsidiária (princípio da subsidiariedade) (Torres, 2001)²⁰, à luz do que dispõe a Constituição em seu art. 173. Está, assim, condicionada ao imperativo do interesse coletivo.

No entanto, como referido acima, entendemos que o interesse coletivo no caso dos portos se alarga para o social, tendo em vista o impacto econômico da atividade. Neste aspecto, são oportunas as lições de Medauar, para quem o interesse social será sempre mais abrangente que o interesse coletivo. Ao se referir ao art. 173 da CF, a autora afirma que o tratamento conduz à comparação entre interesse público e interesse social, associando-se o primeiro à administração pública e ao Estado, e o segundo, à sociedade. E vai além: “o interesse social seria mais abrangente que o interesse público e traduziria a nítida separação de atuação estatal quanto às aspirações da sociedade” (Medauar, 2017).

¹⁹ Para o autor, só existe democracia em sociedades capitalistas, sendo essa uma regularidade histórica e não uma questão de opinião.

²⁰ Torres ensina que o princípio da subsidiariedade, “antes de uma face jurídica, apresenta, em sua gênese, por aplicar-se diretamente na organização da sociedade, um fator sociológico”. Neste sentido, “parte de uma concepção de sociedade que não mais se confronta com o Estado e nem com ele se identifica, para buscar uma forma de estruturação social, calcada no indivíduo e na associação privada intermédia, em que a gestão direta do Estado passa a ser subsidiária (...)”.

A Constituição menciona os institutos da “concessão” e da “permissão”, típicos da delegação de serviços e bens públicos a entes privados. A figura da “autorização”, no caso do setor portuário, estaria reservada àquelas instalações em áreas que já são de titularidade de particulares, ou seja, os terminais de uso privado (TUP), não configurando bem público e, conseqüentemente, ensejando a possibilidade de o serviço ali explorado ser o de atividade econômica regulada. Temos uma dualidade que se desdobra do texto constitucional.

O inciso I do parágrafo único do art. 175 da Constituição determina que a lei definirá o regime das empresas concessionárias e permissionárias, bem como as características especiais de seu contrato, incluindo cláusulas de prorrogação e condições de caducidade, fiscalização e a própria revisão da concessão. A desestatização da Codesa enquadra-se, assim, na hipótese prevista constitucionalmente em que o Estado deixa de explorar diretamente a atividade e a transfere, por meio de concessão, à iniciativa privada.

Na nomenclatura regulatória setorial, adota-se preferencialmente o termo “arrendatário”, ao invés de “concessionário”, quando o ente privado assume instalações dentro do porto público (Porto Organizado). Entendemos que tal escolha se deve em parte ao fato de que os particulares que operam terminais em área pública estarão não apenas prestando um serviço que compete à União como assumindo um patrimônio público, ou seja, uma área e/ou infraestrutura pública previamente existente, que passarão a gerir e aprimorar, mediante investimentos em modernização e ampliação, conforme cláusulas definidas no contrato de concessão. Mas isso por si só não esgota o conceito.

Devemos diferir a concessão do porto, enquanto uma unidade organizada, ou seja, a exploração de um todo multifuncional, da exploração de parte deste todo. Dessa forma, já havendo a concessão da totalidade do Porto Organizado o instrumento aplicado à exploração de parcelas desta totalidade (os terminais dentro deste mesmo porto) não se faria mais por concessão (ou delegação), pois essa já teria abrangido a totalidade, e sim pela figura do arrendamento. Exemplificando, inserem-se neste caso os arrendamentos feitos ao longo do tempo de terminais dentro dos portos organizados de Santos e Rio de Janeiro, esses constituindo uma totalidade não privatizada (Porto Organizado).

Salientemos, contudo, que, no caso do Porto de Vitória (e Barra do Riacho), foi-se além: concedeu-se à iniciativa privada, por meio da concessão, a Autoridade Portuária responsável diretamente por sua administração, representada pela Codesa. Junto com a Codesa foram transferidos ao adquirente os dois portos organizados sob sua administração, sendo que dentro desses portos já operam terminais arrendados sob autorização.

Temos, portanto, no caso da desestatização da Codesa, a coexistência das três figuras: da concessão propriamente dita superposta a de arrendamentos dentro dos dois portos organizados e a de autorizações preexistentes em áreas privadas. É razoável esperar que essas figuras superpostas potencializem judicializações, tendo em vista possíveis interesses conflitantes entre os participantes, muito embora, como veremos no tópico seguinte (5), o edital de venda da Codesa preserve os direitos de antigos arrendatários do Porto Organizado, prevenindo abuso de poder do novo concessionário.

A jurisprudência do Supremo mostra-se volátil ao se posicionar sobre o regime jurídico dos serviços portuários, considerando-o por vezes prestação de serviço público e em outras, atividade econômica regulada, executada em regime privado. A título de exemplificação, trazemos aqui decisões no âmbito de três Recursos Extraordinários (RE) que evidenciam a contradição da corte constitucional.

No primeiro, um Agravo de Instrumento (AI) no RE 390212/2011, tendo o ministro Dias Toffoli, da 1ª Turma, como relator, temos o seguinte:

Administração dos Portos de Paranaguá e Antonina (APPA). Natureza de autarquia. Execução. Regime de precatório. Precedentes. 1. É pacífico o entendimento desta Corte de que não se aplica o art. 173, § 1º, da Constituição Federal à Administração dos Portos de Paranaguá e Antonina (APPA), uma vez que se trata de autarquia prestadora de serviço público e que recebe recursos estatais, atraindo, portanto, o regime de precatórios contido no art. 100 da Constituição Federal. 2. Agravo regimental não provido. [grifo nosso]

Já no Agravo Regimental (AgR) do RE 892727/2018, tendo o ministro Alexandre de Moraes, também da 1ª Turma, como relator do AgR, e a ministra Rosa Weber, como relatora do RE, a posição é diferente:

(...) A Administração dos Portos de Paranaguá e Antonina - APPA ostenta personalidade jurídica de direito privado, exerce atividade econômica em regime concorrencial, sem monopólio e com vista a auferir lucro (Lei nº 17.895/2013, do Estado do Paraná). Sujeita-se, pois, ao regime jurídico constitucional das empresas privadas – execução direta –, na forma do art. 173, §§ 1º, II, e 2º, da Constituição Federal, a ela não se aplicando o regime de precatórios previsto no art. 100 da Constituição Federal. Precedentes. Agravo regimental provido. [grifos nossos]

Saliente-se que a discordância conceitual nos dois casos acima se deu na mesma turma do tribunal e versou sobre os serviços portuários prestados no mesmo Porto Organizado (Paranaguá/Antonia), não se tratando de terminal autorizado. No terceiro julgado exemplificativo abaixo, um AI no RE 351888/2011, tendo como relator o ministro Celso de Mello, da 2ª Turma, discute-se o regime jurídico na Companhia Docas de São Paulo (Codesp), administradora do Porto Organizado de Santos. Vejamos:

A Codesp, que é sociedade de economia mista, executa, como atividade-fim, em regime de monopólio, serviços de administração de porto marítimo constitucionalmente outorgados à União Federal, qualificando-se, em razão de sua específica destinação institucional, como entidade delegatária dos serviços públicos a que se refere o art. 21, inciso XII, alínea “f”, da Lei Fundamental, o que exclui essa empresa governamental, em matéria de impostos, por efeito da imunidade tributária recíproca (CF, art. 150, VI, “a”), do poder de tributar dos entes políticos em geral, inclusive o dos Municípios. Consequente inexigibilidade, por parte do Município tributante, do IPTU referente às atividades executadas pela Codesp na prestação dos serviços públicos de administração de porto marítimo e daquelas necessárias à realização dessa atividade-fim. [grifo nosso]

Aragão (2021) discorre sobre a falta de consenso na doutrina acerca do regime jurídico dos portos e quanto à natureza de seus serviços, acrescentando que, concomitantemente às figuras da concessão/ arrendamento (e permissão), típicos da delegação de serviços públicos (art. 175 da CF), o art. 21, XII, “f” previu ainda, como visto, a figura da autorização administrativa.

Farias (2005) explica que uma das definições de autorização mais comuns no direito comparado e na doutrina brasileira é aquela caracterizada pelo “referimento ao efeito da remoção de um limite ao exercício de um direito preexistente”. Sendo assim, a autorização não implicaria o nascimento do direito de uma pessoa jurídica, mas apenas o afastamento de uma condicionante normativa, facultando-lhe o exercício de uma atividade econômica regulada, o que pressupõe o reconhecimento de um direito preexistente (sob certas condições regulatórias) para o exercício dessa atividade.

Para Aragão, a figura da autorização portuária em muito se aproximou da figura do arrendamento. No entanto, ressalta que as diferenças entre o regime anterior (Lei nº 8.630/1993) desta autorização e o atual “fazem com que surjam sérias dúvidas sobre o seu caráter de atividade privada regulamentada ou se, com a nova Lei dos Portos, passaram a ser delegação de serviços públicos” (Aragão, 2021).

Dentre essas diferenças, o autor menciona a exigência de chamada pública como pré-requisito, em determinadas situações para a outorga de autorização para a exploração de instalações portuárias de uso privado (art. 8º da Lei nº 12.815/2013), o que não ocorria no marco legal anterior. A outorga é assim condicionada a uma viabilidade econômico-financeira e de localização, atinentes ao planejamento e às diretrizes das políticas do setor portuário.

Dessa forma, ao mesmo tempo em que a nova Lei dos Portos foi liberalizante, no sentido de permitir que os terminais de uso privado (TUP) movimentassem livremente cargas de terceiros, ampliando o grau de concorrência e de competitividade com os terminais públicos e arrendados, em benefício dos usuários, acentuou também o seu vínculo com o interesse social.

Analisando a “antiga” Lei dos Portos, Marques Neto (2003) propugna que a atividade portuária está inexoravelmente ligada à essência de serviço público. O porto seria, em sua visão, um bem público afeto a uma finalidade específica: a exploração de serviços públicos de portos marítimos, fluviais e lacustres. Reforça o seu entendimento da seguinte forma:

São, portanto, bens públicos de uso especial. Diante da afetação específica do bem para a finalidade pública, não seria aceitável que o poder público abrisse mão de suas prerrogativas institucionais e contratasse a cessão de tais bens a particulares sob o mando do direito privado.

Mais adiante completa o raciocínio:

Ainda que se sustentasse, como vimos parte da doutrina fazer, que o âmbito do serviço público se esgota na administração do Porto Organizado como um todo, não abarcando a cessão dos bens que lhe integram, ainda assim seria forçoso reconhecer que incide evidente interesse público nos bens que integram o Porto Organizado, por serem, exatamente, o instrumento necessário a consecução dos fins estabelecidos constitucionalmente. Daí que necessariamente são regidas pelas regras do direito público, e nunca do privado, as relações envolvendo os bens de Estado, quando esses forem afetos à finalidade pública, como são os imóveis da Zona Portuária.

Percebe-se que de certa forma Marques Neto atrela o conceito de serviço público a bem público, mais precisamente a de patrimônio imobiliário, ao mencionar “Zona Portuária”. Por essa visão, poderíamos inferir que os terminais autorizados, na medida em que são instalações fora do Porto Público – e, portanto, não integrantes do patrimônio público –, não prestariam serviços públicos, e sim serviços portuários sob regime privado, ou seja, atividade econômica regulada. A rigor, é o que acontece.

Contudo, entendemos que esses terminais invariavelmente construídos em áreas de titularidade particular fora do Porto Organizado também cumprem uma finalidade social, tanto que estão adstritos a certo planejamento delineado pelo diploma setorial (art. 8º da Lei nº 12.815/2013), a lhes exigir, inclusive chamada pública e adequação econômico-financeira e de localização. Dessa forma, incidiria sobre eles igualmente o regime jurídico publicístico a que faz referência Marques Neto?

Nesse sentido, a nossa visão é de que, assim como o conceito de serviço público se torna mais fluído e flexível dentro de uma administração pública policêntrica, o conceito de interesse público, no mundo contemporâneo, ele também, se espraia abrangendo particulares que desempenham atividades dentro do regime jurídico privado, sendo este, exatamente, o caso dos terminais de uso privado (TUP). Em suma, o setor privado também se desenvolve contribuindo para a construção de um interesse social que vai além de interesses coletivos restritos a determinados grupos ou segmentos econômicos.

ESTRATÉGIA REGULATÓRIA, TERCEIRIZAÇÃO DE CONTRATOS E PODER DE POLÍCIA

Ousamos, assim, dizer que, da forma como se encontra desenhada a exploração dos serviços portuários no arcabouço jurídico pátrio, incluindo os comandos constitucionais e as normas regulamentares infraconstitucionais, deparamo-nos com a prestação de serviços públicos realizados por particulares em regime de direito privado. E este é, a nosso ver, o caso dos terminais autorizados – os TUP. Quanto à Codesa, não restam dúvidas de que, constituindo a empresa um conjunto de bens públicos (dois portos) e serviços operados desde sempre em Porto Organizado, a empresa, agora desestatizada, prestará serviço público sob outorga legal.

Lembremo-nos que a prestação de serviços públicos se faz de forma direta, por meio de entes administrativos políticos da própria União ou do Distrito Federal, estados e municípios ou de forma descentralizada, por meio de delegação ou outorga legal, a entes administrativos de direito público de natureza autárquica ou a entes de direito privado, esses podendo ser pessoas jurídicas paraestatais, como é o caso das empresas de economia mista, ou eminentemente privadas.

Ao examinar a dualidade de regimes que se extrai do art. 21 da CF, Freitas (2015) salienta que, quando a exploração dos portos for delegada ao setor privado, por meio da concessão, estaremos diante da delegação de um serviço público, consoante o previsto no art. 175 da CF. Por outro lado, quando a exploração dos mesmos serviços se der pela via da autorização, estaremos diante de “uma atividade econômica em sentido estrito”, porém, sob permanentes influxos regulatórios. Ocorre que a atividade é exatamente a mesma, seja no regime de concessão (arrendamento) ou de autorização.

Caggiano e Moreira (2021) asseveram, neste sentido, que a dualidade de regimes, passou a depender de um critério geográfico: se as instalações estiveram localizadas dentro do Porto Organizado, a figura jurídica será a da concessão, sob regime público, e, estando fora, tratar-se-á de a autorização, em direito privado. De novo frisamos que os serviços, contudo, permanecem sendo essencialmente idênticos, e de inegável interesse público, conforme já mencionado.

A estratégia regulatória, tendo em vista o desenvolvimento setorial, com maior oferta de serviços e redução de assimetrias concorrenciais que possam gerar benefícios para os usuários, pauta as escolhas administrativas, variando de acordo com as políticas públicas implantadas por cada governo. No hodierno estado administrativo, o Legislativo está, ele também, a exemplo do Executivo, afeto a influências regulatórias que venham a aperfeiçoar, no sentido de lhes dar mais eficiência, os marcos setoriais.

Oportuno é analisar o que diz Majone (2006) sobre a questão. Mudanças estruturais significativas, e isso inclui modernização setorial, são induzidas por uma concatenação de várias estratégias básicas, que passam por privatização, liberalização e desregulação no sentido preciso de reforma regulatória. Heterogêneas, essas novas estratégias significam a redução do papel do Estado intervencionista. As políticas regulatórias inserem-se neste contexto com o objetivo de corrigir diferentes “falhas de mercado”, inclusive a insuficiência de bens e serviços, aspecto no qual encontrar-se-ia a insuficiência de serviços portuários para atender uma demanda crescente da economia – razão das privatizações portuárias desde os anos 1990.

No caso dos portos, entendemos como sintomático deste novo ambiente administrativo que o legislador infraconstitucional não tenha empregado a expressão “serviço público” na Lei nº 12.815/2013 ao disciplinar o setor. Consciente ou inconscientemente, refletiu a dualidade presente no texto constitucional, sem que – conforme as palavras de Freitas (2015) – não tenha incorrido na “pecha da inconstitucionalidade”. Materializou dessa forma, por via normativa e não por política pública estrito senso, adotada pelo Executivo, uma estratégia regulatória.

Orientou igualmente a estratégia regulatória, dando-lhe concretude, ao ampliar as possibilidades de operação dos terminais autorizados de uso privado (TUP), que passaram a poder movimentar livremente cargas de terceiros, conforme visto mais acima, dentro de uma lógica eminentemente concorrencial. O processo liberalizante teve ainda um recente capítulo.

A Lei nº 14.047 de agosto de 2020 (originada da MP 945/2020), sancionada com o objetivo de adaptar a operação portuária às complexidades que a economia enfrentava em função da Covid-19, trouxe profunda reforma para a Lei nº 12.815/2013, conforme salienta Duarte (2003). O marco setorial, dessa forma, passou a permitir que contratos firmados entre o concessionário e terceiros (operadores portuários e demais prestadores de serviços nos terminais) sejam regidos pelo regime de direito privado (art. 5º A, introduzido pelo diploma de 2020).

Também flexibilizou as cláusulas de contrato de arrendamento de direito público (Art. 5º C), excluindo as cláusulas de reversibilidade de bens – clássica das concessões e até então sempre aplicada aos portos – e positivou a liberdade de preços, reduzindo a assimetria existente entre terminais arrendados dentro do Porto Organizado e aqueles autorizados fora dele (Duarte, 2003).

Assim, o contrato de concessão dos Portos de Vitória e Barra do Riacho, transferidos à iniciativa privada no bojo da desestatização da Codesa segue normas do direito privado, não prevendo as figuras da “cláusula exorbitante” e da “garantia de equilíbrio econômico-financeiro”, e podendo ser transferido a terceiros sem prévia licitação²¹.

²¹ Contrato de concessão do Porto de Vitória, item 10 (Anexo 6): terceiros contratados poderão ser selecionados pelo concessionário sem prévia licitação. [www.bndes.gov.br/ups/portal/site/home/transferencia/processos em andamento/desestatização da companhia docas do Espírito Santo](http://www.bndes.gov.br/ups/portal/site/home/transferencia/processos%20em%20andamento/desestatizacao%20da%20companhia%20docas%20do%20Espirito%20Santo)

Manteve, contudo, conforme já dito, a obrigatoriedade da contratação de pessoal por intermédio do OGMO – Órgão Gestor de Mão-de-Obra, entidade paraestatal e mais burocrática, o que configura uma assimetria remanescente em relação aos terminais autorizados – com vantagem para esses.

Cabe esclarecer que, em nome da defesa da concorrência e de forma a evitar a abuso de poder, a modelagem de desestatização da Codesa e dos Portos de Vitória e de Barra do Riacho a ela vinculados vedou a participação no certame de arrendatários desses mesmos portos, permitindo apenas a participação de arrendatários de outras localidades.

Ao mesmo tempo, com o intuito de garantir a segurança jurídica entre os atuais arrendatários de Vitória e Barra do Riacho com o novo concessionário, os contratos entre esses estarão regidos pelos princípios da “bilateralidade” e da “consensualidade”, não incidindo mais as cláusulas extravagantes do regime público. Não havendo consenso entre as partes, permanecem válidas as disposições dos contratos originais da Codesa com os seus arrendatários, anteriores à privatização.

Há uma similaridade, assinala Duarte, entre o art. 5ºA da Lei nº 12.815/2013 (introduzido pela Lei nº 14.047) e a Lei nº 8.987/1995, que dispõe sobre a concessão e a permissão de serviços públicos previsto na Constituição (art. 175). *In verbis*:

Art. 5º-A. Os contratos celebrados entre a concessionária e terceiros, inclusive os que tenham por objeto a exploração das instalações portuárias, serão regidos pelas normas de direito privado, não se estabelecendo qualquer relação jurídica entre os terceiros e o poder concedente, sem prejuízo das atividades regulatória e fiscalizatória da Antaq.

Em seu art. 1º, Lei nº 8.987 faculta ao concessionário celebrar contratos com terceiros para atividades inerentes, complementares ou acessórias ao serviço concedido, ou para a implementação de projetos associados.

“Assim, no meio de uma concessão, permite-se um contrato de direito privado com terceiros”, afirma Duarte (2023). A natureza jurídica deste contrato seria, portanto, a de um “contrato privado derivado, coligado ao contrato de concessão e sem qualquer relação jurídica com o Poder concedente”, ampliando o comando do art.1º da Lei nº 12.815, que versa sobre as subconcessões e as subcontratações.

Restam flexibilizados, dessa forma, os princípios da supremacia do interesse público (embora este, a rigor, esteja sempre presente, dada a natureza da atividade, como ressaltado), a forte hierarquia, a submissão ao princípio da legalidade, as escolhas administrativas discricionárias, a imperatividade, a coercibilidade e a autoexecutabilidade dos atos, características intrínsecas dos contratos administrativos.

Duarte (2023) questiona se, a partir de agora, com as inovações promovidas pela Lei nº 14.047 no marco setorial – e refletidas posteriormente no leilão da Codesa –, teremos nos portos “serviços públicos de abrandada densidade regulatória”, uma “atividade regulada de interesse coletivo regulamentada” ou, ainda, uma “nova modalidade de exploração de serviços públicos, agora sob a modalidade de contratos privados”.

Conforme procuramos demonstrar ao longo do artigo, entendemos que os serviços portuários serão sempre serviços públicos, dado o grande interesse sócio-econômico envolvido, não importando sua divisão geográfica, se prestados dentro ou fora do Porto Organizado. Não importa que a Lei nº 12.815/2013 ignore a expressão “serviços públicos”, tangenciando a questão, de fato, é do que se trata. E vemos também, claramente, que, na prática, em função da própria estratégia regulatória delineada pelo marco legal setorial, tais serviços já são prestados sob o regime do direito privado, explicitando o hibridismo normativo setorial.

E quanto ao poder de polícia na nova Codesa?

Poder de polícia deriva do grego *politea*, que por sua vez se relaciona com o vocábulo grego *polis*, destaca Wunder (2015). O sentido é o de constituição do Estado e de ordenamento político de uma cidade (uma sociedade). “A visão clássica do princípio enfatiza a face imperativa da administração pública e a supremacia do Estado e a do interesse público sobre o privado”, afirma o autor. Mas o conceito igualmente se transformou, a exemplo do que ocorreu com todo o direito administrativo em meio a sua mutação do Estado positivo para o Estado regulador.

Klein (2017) esclarece serem passíveis de delegação atos que não exigirem o emprego estrito da força, sendo este limite uma “consequência direta do monopólio do emprego da violência legítima”. Porém, prossegue a autora, “pode ser delegada a mera execução de atos materiais de contração da propriedade privada, em cumprimento de decisões prévias [e aqui se incluem as normas reguladoras setoriais] emanadas do poder público”.

Eis, em nosso entendimento, o que se aplica aos serviços concedidos no setor portuário, especialmente o caso de transferência da Codesa ao setor privado, onde a Autoridade Portuária, representando o próprio poder de polícia (no sentido de fiscalização e adequação da conduta de terceiros participantes – demais arrendatários e autorizatários) estará delegada ao ente privado concessionário – o que torna ainda mais nítidos os contornos híbridos do arcabouço jurídico em que operam os portos nacionais.

CONCLUSÕES

O presente artigo procurou apresentar as principais características que moldaram o processo de desestatização da Companhia Docas do Espírito Santo (Codesa), realçando o ineditismo que representou a transferência da empresa estatal à iniciativa privada. Como forma de contextualizar essa operação, foi feita uma análise retrospectiva da liberalização dos portos brasileiros desde a década de 1990, no bojo de um processo mais amplo de redução da intervenção estatal na economia, representando também a mutação do Estado administrativo tradicional para um Estado regulador.

Discorreu-se sobre os principais aspectos da estruturação do leilão da estatal e do resultado de sua venda, salientando que os alegados objetivos do processo estavam atinentes à busca da modernização e ampliação da oferta de serviços portuários.

Neste sentido, o artigo demonstrou que da transferência da Codesa emergiu um novo modelo de exploração portuária, denominada na literatura especializada de *Private Service Port*, pelo qual se delega não apenas os serviços e a superestrutura do Porto Organizado (público), como a própria Autoridade Portuária.

Demonstrou-se que o novo modelo, aprofundando o hibridismo setorial, passa a funcionar de forma concomitante ao *Landlord Port*, predominante no país – e também mais adotado no mundo – pelo qual o Poder Público permanece como Autoridade Portuária, delegando ao ente particular apenas a operação da superestrutura e os serviços dentro do Porto Organizado.

A título de ilustrar a dinâmica setorial, foram feitos comentários acerca das características operacionais dos terminais arrendados em Porto Organizado e dos terminais autorizados (TUP), salientando os seus distintos regimes jurídicos, bem como apresentando uma breve comparação de seus desempenhos.

Com o emprego de gráficos, discorreu-se sobre a expansão dos terminais autorizados desde a liberação promovida pela “primeira” Lei dos Portos (aprofundada pelo atual marco setorial), e ainda a sua maior eficiência em relação aos terminais em Porto Organizado no que diz respeito ao critério “tempo médio de operação”. Mencionou-se que a manutenção da obrigatoriedade do uso de Órgão Gestor da Mão-de-obra (OGMO) na Codesa desestatizada pode ser um fator de desvantagem para a empresa, em termos de eficiência.

Salientou-se que, na desestatização da empresa, aspectos tais como a supremacia do interesse público, a forte hierarquia e a submissão ao princípio da legalidade, restaram flexibilizados.

O artigo procurou demonstrar que o hibridismo setorial reflete a própria ambiguidade presente na matriz constitucional e no marco setorial infra-constitucional, abarcando a discussão doutrinária acerca do conceito de serviço público. Foram apresentados exemplos da volatilidade da jurisprudência do Supremo em relação à questão, espelhando o debate doutrinário.

Procurou-se demonstrar que, com a desestatização da Codesa, restou explicitada uma forma de exploração de serviços públicos (no caso portuários) sob regime de contratos privados. Paradoxalmente, ao invés de essa forma representar uma inconstitucionalidade, traduz a própria ambiguidade do texto constitucional e do marco setorial. Com efeito, trata-se de algo já adotado nas autorizações dos terminais de

uso privado, que, a rigor, prestam exatamente o mesmo serviço dos terminais em Porto Organizado – serviços públicos devido ao grande interesse social envolvido.

Assessoriamente, salientou-se que, com a desestatização da Autoridade Portuária, o poder de polícia (no sentido de fiscalização e adequação da conduta de terceiros participantes – demais arrendatários e autorizatários) estará igualmente transferido ao ente privado.

REFERÊNCIAS

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. 4ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021.
- BARBOSA, Murilo; GUERISE, Luciana. Terminal de Uso Privado: um modelo disruptivo no sistema portuário nacional. *Revista do Clube Naval*, ano 130, n. 403, jul/ago/set de 2022.
- BINENBOJN, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar: 2014.
- CAGGIANO, Heloísa C.; MOREIRA, Egon Bockmann. *Regulação e Regimes Jurídicos, casos portos públicos e privados*. In: GUERRA, Sérgio; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MOREIRA, Egon Bockmann. *Dinâmica da regulação. Estudos de casos da jurisprudência brasileira: a convivência dos tribunais e órgãos de controle com agências reguladoras, autoridade da concorrência e livre iniciativa*. 2ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021.
- CHEVALLIER, Jacques. *O serviço público – tradução, estudo introdutório e notas explicativas de Augusto Neves Dal Pozzo e Ricardo Marcondes Martins*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- CHEVALLIER, Jacques. A governança e o direito. *Revista de Direito Público da Economia -RDPA*. Belo Horizonte, v. 2, n. 12, out/dez 2005.
- DAHL, Robert A. *Democracy and its critics*. New Haven, Connecticut: Yale University Press, 1989.
- DUARTE, Daniel Bento. Tradição e inovação no direito administrativo e o novel arrendamento privado do setor portuário. *Revista de Direito Público da Economia – RDPA*. v. 21, n. 81, jan/mar 2023
- FARIAS, Sara Jane Leite de. *Regulação dos Serviços Autorizados*. Rio de Janeiro: Lumen, 2005.
- FREITAS, Rafael Vêras de. *Portos brasileiros e a nova assimetria regulatória: os títulos habilitantes para a exploração da infraestrutura portuária*. In: Sérgio Guerra (org.). *Teoria do Estado Regulador*. Curitiba: Juruá, 2015.
- GRAU, Eros. *A ordem econômica na Constituição de 1998*. 18ª edição. São Paulo: Malheiros, 2017.
- GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade e reflexividade – uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.
- GUERRA, Sérgio. *Regulação estatal sob a ótica da organização administrativa brasileira*. In: *Regulação no Brasil – uma visão multidisciplinar*. GUERRA, Sergio (org.). Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2014.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 14ª Ed. São Paulo: Forense, 2020.
- KLEIN, Aline Lícia. Delegação de poder de polícia. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017
- MAJONE, Giandomenico. *Do Estado positivo ao Estado regulador – causas e consequências da mudança do modo de governança*. In: MATTOS, Paulo Todescan L. (coord.) *Regulação econômica e democracia – o debate europeu*. São Paulo: Ed. Singular, 2006.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Peculiaridades do contrato de arrendamento portuário. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, v. 231, p. 269-295, 2003.
- MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 3ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017.
- MONTEIRO, Sandro José. Regulação portuária e a inaplicabilidade do conceito de serviço público aos contratos de arrendamento. *Revista do TCU*, n. 149, p. 55-82, 2022.
- MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito Constitucional Econômico – a intervenção do Estado na Economia, à luz da razão pública e do pragmatismo*. Belo Horizonte: Ed. Forum, 2014.
- SCHIRATO, Vitor Rhein. *Livre iniciativa nos serviços públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- TORRES, Sílvia Faber. *O princípio da subsidiariedade no direito contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- WUNDER, Paulo. *Legitimidade para o exercício do poder de polícia*. In: GUERRA, Sérgio. *Teoria do Estado Regulador*. Curitiba: Juruá, 2015.

Autor Correspondente:

Nilson Vieira Ferreira de Mello Júnior

Escola de Direito do Rio de Janeiro de Fundação Getúlio Vargas

Luiz Simões Lopes - 13º Andar, Praia de Botafogo, 190 - Botafogo, CEP 22250-900

Rio de Janeiro/RJ, Brasil

nilsonmello@ferreirademello.adv.br

**Este é um artigo de acesso aberto distribuído
sob os termos da licença Creative Commons.**

