

Tojal e Armelin: Minirreforma (estrutural) do setor portuário

Como já tivemos oportunidade de analisar, a assimetria regulatória existente entre os terminais portuários que operam nos limites da infraestrutura pública (os arrendamentos portuários, situados dentro dos chamados portos organizados) e os terminais localizados fora dela (os terminais de uso privado ou simplesmente, TUIPs) tem resultado na fuga dos investimentos privados das áreas públicas [\[1\]](#)



Ao longo dos últimos seis anos, a regulação incidente sobre

os terminais arrendados fez com que a realização de investimentos privados nos portos organizados ocorresse em um patamar muito inferior aos realizados em infraestrutura privada, em quantia equivalente a cerca de 10% destes. Foi o que apontou auditoria operacional sobre as limitações dos portos organizados em comparação com os TUPs, promovida pelo Tribunal de Contas da União [\[2\]](#).

A partir dos achados da auditoria [\[3\]](#), a unidade técnica fez uma série de recomendações com vistas a flexibilizar o regime dos terminais arrendados, aprovadas pelo plenário do tribunal no último dia 7 [\[4\]](#).

Parte das recomendações já se vê contemplada pela minirreforma da Lei nº 12.815/2013, a Lei dos Portos, implementada pela Lei nº 14.047/2020, fruto da conversão da Medida Provisória nº 945/2020. Em que pesem as críticas decorrentes da forma como se deu a alteração legislativa, em razão da realização de mudanças estruturais no setor durante o processo de conversão em lei de medida provisória voltada a instituir medidas temporárias em resposta à pandemia decorrente da Covid-19 no âmbito do setor portuário [\[5\]](#), não há dúvidas quanto aos benefícios decorrentes das disposições que buscaram aproximar os regimes das atividades portuárias que hoje convivem — o regime público, dos contratos de arrendamento, e o regime privado, dos TUPs.

O traço comum dessas alterações legislativas é a busca pela facilitação da ocupação e exploração da infraestrutura pública, com preocupações relacionadas à atratividade dos arrendamentos. Promovem, por exemplo, a revisão das cláusulas dos contratos de arrendamento, a criação de hipótese de dispensa de licitação para a celebração de contratos e de uma nova figura para a exploração das áreas localizadas dentro da área do porto organizado, o contrato de uso temporário.

A primeira dessas modificações é encontrada no artigo 3º, o qual estabelece as diretrizes para a exploração dos portos, e tem por objetivo: 1) esclarecer que o estímulo à concorrência deve se dar por meio do incentivo à participação do setor privado e da garantia de amplo acesso aos portos, às instalações e às atividades portuárias; além de 2) estabelecer, como regra, a liberdade de preços nas operações portuárias, antes diretriz apenas dos terminais autorizados (objeto de contrato de adesão, não de arrendamento), os TUPs [\[6\]](#).

A nova redação do artigo 4º e a inclusão dos artigos 5º-B e 5º-C reforçaram tratar-se de instrumentos diferentes: 1) a concessão, que, no caso da Lei dos Portos, diz respeito à administração e à exploração da infraestrutura pública situada na área delimitada pelo Poder Executivo, a qual compreende as instalações portuárias e a infraestrutura de proteção e acesso ao porto; e 2) o arrendamento, cessão onerosa de área e infraestruturas públicas localizadas no porto organizado, para exploração por prazo certo.

Nesse sentido, a nova previsão do rol de cláusulas dos contratos de arrendamento exclui, por exemplo: 1) a reversibilidade dos bens, prática que já vinha ocorrendo no cenário internacional. Também dispensa cláusulas contratuais que disciplinem 2) parâmetros definidores da qualidade da atividade prestada, bem como metas e prazos para o alcance de níveis de serviço; 3) direitos e deveres dos usuários, com as obrigações correlatas do contratado e as respectivas sanções; 4) forma de fiscalização das instalações, dos equipamentos e dos métodos e práticas de execução das atividades; e 5) garantias para a execução do contrato. Por outro lado, subsiste a necessidade de todas essas cláusulas nos contratos de concessão do porto organizado.

Como resultado da exclusão da cláusula de reversão dos bens, os titulares de contratos de arrendamento poderão realizar investimentos de forma mais célere, adaptando-se, em um curto espaço de tempo, às mudanças técnicas, incluídas as de ordem internacional, podendo devolver, após o término do contrato, a área nas mesmas condições que a recebeu. Relevante mencionar que essa era a principal diferença entre as cláusulas dos contratos de arrendamento e aquelas constantes dos contratos de adesão, dos TUPs, o que impedia a pronta realização de investimentos e adaptações nas instalações públicas.

Com a exclusão da reversibilidade dos bens nos contratos de arrendamento, há, sem sombra de dúvidas, uma aproximação deles aos contratos de adesão, que deverão conter as mesmas cláusulas dos primeiros, com exceção apenas daquela que disciplina o valor do contrato e os critérios e procedimentos de revisão e reajuste dos valores recebidos pelo titular do contrato de arrendamento.

Vale especial destaque para o parágrafo único do artigo 5º-B, o qual autoriza a dispensa de licitação para a celebração do contrato de arrendamento quando for comprovada a existência de um único interessado na exploração da atividade. Nessa hipótese, a contratação, que deverá estar em conformidade com o plano de desenvolvimento e zoneamento do porto, demanda somente prévia realização de chamamento público pela autoridade portuária com vistas a identificar eventuais interessados na exploração econômica da área.

Essa previsão está igualmente alinhada com a recomendação da auditoria operacional do TCU para a utilização, em casos específicos, de procedimentos simplificados para a seleção de arrendatários, inclusive por meio de contratação direta.

O artigo 5º-A, incluído pela Lei nº 14.047/2020, trouxe a alteração que julgamos mais relevante: *"O regime jurídico de direito privado aos contratos celebrados entre a concessionária e terceiros, inclusive os que tenham por objeto a exploração das instalações portuárias (...) não se estabelecendo qualquer relação jurídica entre os terceiros e o poder concedente, sem prejuízo das atividades regulatória e fiscalizatória da Antaq"*.

É certo que a referida previsão repete, em parte, o que consta no artigo 25, §§1º e 2º, da Lei Geral de Concessões, Lei nº 8.987/1995, segundo o qual o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao concedido, bem como a implementação de projetos associados poderá ser contratado com terceiros, cujos contratos serão regidos pelo direito privado. Tal fato apontaria para o reconhecimento do artigo 5º-A como uma simples inclusão de previsão genérica sobre o regime de concessão para uma lei setorial.

No caso da Lei dos Portos, porém, o objeto desses contratos celebrados entre concessionárias e terceiros, regidos pelas normas de Direito privado, refere-se ao próprio objeto da concessão, já que pode ser, justamente, a exploração das instalações portuárias. Ora, se a concessão tem por objeto a cessão onerosa do porto organizado para administração e exploração de sua infraestrutura e a concessionária poderá transferir a terceiros o direito de explorar instalações portuárias, o artigo 5º-A poderia ser lido como uma autorização para a subconcessão dos serviços. Contudo, caso fosse o objetivo da lei autorizar a subconcessão, não poderia ter instituído o regime privado para tais contratos [\[7\]](#) [\[8\]](#).

Com efeito, o artigo 5º-A ao prever que os contratos para exploração das instalações portuárias serão regidos pelo Direito privado, cria um novo regime para exploração das instalações portuárias localizadas dentro do porto organizado: ao lado dos contratos públicos de arrendamento, passam a existir os contratos privados de exploração das instalações portuárias celebrados com a concessionária administradora daquele porto. Nesses contratos, não se estabelecerá nenhuma relação jurídica entre o privado e o poder concedente, realidade completamente distinta do contrato de arrendamento, que é celebrado diretamente com o poder concedente.

No atual contexto de desestatização das administrações portuárias em que se prevê a celebração dos contratos de concessão acima mencionados, modelo já cogitado para a Companhia Docas do Estado do Espírito Santo (Codesa) e que também deverá servir de referência para Santos Port Authority, a possibilidade de celebração desses contratos privados ganha destaque, com um enorme campo para implementação.

Disso decorre o fato de que além da assimetria regulatória hoje existente, entre os titulares de contratos de arrendamento e os titulares dos TUPs, objeto da análise do Tribunal de Contas da União, também haverá regulação de diferente intensidade em relação aos contratos disciplinadores da exploração de áreas localizadas no porto organizado. Nesta hipótese, entretanto, o fator de *discrímen* será o contratante: os contratos de arrendamento celebrados com a União (nos casos de administrações portuárias não concedidas pelo Estado) permanecerão regidos pelo Direito público, enquanto os contratos celebrados pela concessionária administradora do porto organizado serão regidos pelo Direito privado, ainda que ambos referentes à exploração de instalações localizadas dentro de um mesmo porto organizado.

O que se vê, portanto, é que, visando a flexibilizar a exploração das instalações portuárias públicas, objetivo louvável e em linha com as recomendações do TCU e os anseios dos *players*, a minirreforma portuária acabou por criar uma nova assimetria regulatória, agora no âmbito do porto organizado.

Sobre esse ponto, cabe uma especial reflexão: o fator de *discrímen* instituído pela Lei nº 12.815/2013 para a incidência do regime público ou do regime privado, originalmente, dizia respeito à localização da instalação portuária (dentro do porto organizado, público, e fora do porto organizado, privado) [\[9\]](#). Assim, considerando a relevância da definição dos limites do porto organizado e a carga política da decisão, o processo de delimitação dessa infraestrutura pública fica a cargo do presidente da República, a partir de proposta do Ministério da Infraestrutura e mediante a instauração de processo administrativo, conforme prevê o artigo 17 da lei.

Com a nova redação da Lei nº 12.815/2013, a União transferirá ao concessionário, juntamente com a administração da exploração infraestrutura estatal, a possibilidade de alterar o regime hoje vigente de exploração das instalações portuárias localizadas no porto organizado, posto que os contratos que celebrar com terceiros serão regidos pelas normas de direito privado, afastando a relação jurídica entre o privado e o poder concedente.

Muito embora facilmente identificável o louvável racional por trás da alteração legislativa promovida pela Lei nº 14.047/2020 no setor portuário (dar um passo além na flexibilização dos contratos de exploração de infraestrutura portuária pública), corre-se o risco de, com isso, gerar uma assimetria regulatória ainda mais prejudicial do que a preexistente, ocasionando um grande prejuízo para os atuais titulares de contrato de arrendamento, que estarão vinculados ao regime público até o advento do prazo contratual — o que poderá levar até 70 anos.

A fim de evitar essa indesejada assimetria regulatória entre exploradores de terminais localizados dentro do porto organizado, potencial causadora de vantagens (e desvantagens, portanto) concorrenciais, é possível cogitar, nos casos dos portos cujas administrações sejam concedidas, que a autoridade portuária substitua o atual poder concedente nas avenças vigentes, transformando os contratos de arrendamento em curso em contratos privados de exploração de áreas públicas. O objetivo seria evitar que os titulares de contratos de arrendamento atualmente em vigor se vejam, novamente, em uma situação em que a rigidez regulatória os mantenha em desvantagens em relação aos seus concorrentes — agora vizinhos mais próximos, titulares de áreas no mesmo porto organizado.

Essa solução, contudo, de transferência desses contratos de arrendamentos públicos à autoridade portuária está limitada aos portos organizados em que a atividade de administração portuária seja objeto de delegação por meio de contrato de concessão. Nos portos em que a administração continuar estatal, o contrato de arrendamento permanecerá regido pelo direito público, e, apesar das flexibilizações aqui analisadas, conviverá não mais apenas com os TUPs, mas também com os contratos privados de exploração e infraestrutura pública de outros portos organizados.

Somente a experiência será capaz de demonstrar se a minirreforma alcançará seus propósitos, isso é, se as flexibilizações realizadas em relação ao regime dos contratos de arrendamento serão suficientes a garantir sua competitividade no setor portuário. Isso porque, em que pesem os benefícios derivados da flexibilização trazida pela lei, a convivência de mais um regime na exploração da infraestrutura portuária pública, ao lado dos arrendamentos, exigirá muita habilidade institucional para que se consiga minimizar os impactos da mais nova assimetria regulatória, criada, mais uma vez, pelo próprio legislador.

[1] Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-fim-dos-portos-publicos-04072020>>. Acesso em 13 out. 2020.

[2] Processo TC 022.534/2019-9.

[3] A auditoria apontou cinco achados:

Achado 1 — Apesar de ter apresentado avanços, o processo licitatório para arrendamento portuário é complexo, rígido e moroso, incompatível com a agilidade necessária para a otimização do espaço público.

Achado 2 — O modelo de contrato de arrendamento portuário não confere aos terminais arrendados e à Autoridade Portuária a flexibilidade necessária para permitir adaptações das operações ao dinamismo dos fluxos de comércio e geram consequências negativas durante e após a execução contratual.

Achado 3 — O monopólio do Órgão Gestor de Mão de Obra sobre o fornecimento de mão de obra constitui uma limitação imposta aos terminais arrendados.

Achado 4 — A dificuldade de contratar e a falta de recursos das autoridades portuárias públicas prejudicam a prestação de serviços adequados ao complexo portuário.

Achado 5 — Nomeações de gestores sem qualificação técnica ou gerencial representam obstáculo à gestão profissional, orientada a resultados, transparente e eficiente de autoridades portuárias públicas.

[4] Acórdão 2711/2020-TCU- Plenário.

[5] Além disso, a MP tratou da cessão de pátios sob administração militar.

[6] O Tribunal de Contas da União reviu, em 2013, seu posicionamento para já no acompanhamento do primeiro estágio das concessões de áreas e instalações portuárias localizadas nos portos organizados de Santos, Belém, Santarém, Vila do Conde e nos terminais de Outeiro e Miramar, retirar a exigência de

fixação de preço-teto. Nesse sentido tem-se o Acórdão 1077/2015-TCU-Plenário: *"9.1. conhecer do pedido de reexame interposto pela Secretaria de Portos da Presidência da República e, quanto ao mérito, dar-lhe provimento parcial, de modo a: 9.1.1. retirar a exigência de utilização da regulação por tarifa-teto, porquanto esta se mostra como uma dentre as opções de metodologias de regulação tarifária aplicáveis à modelagem dos arrendamentos a serem leiloados, sendo da competência do poder concedente a escolha da metodologia a ser utilizada"*.

[7] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 112-113.

[8] Defendendo regime, no mínimo, híbrido, Rafael Vêras de Freitas: "Assim é que o contrato celebrado entre o concessionário e o subconcessionário terá um regime jurídico híbrido. Como o subconcessionário se sub-rogará em todos os direitos e obrigações do subconcedente dentro dos limites da subconcessão (art. 26, §2º, da Lei nº 8.987/1995), será a ele transferido o plexo de prerrogativas e deveres atinente à relação de sujeição especial estabelecida para com o Poder Concedente. Isso decorre do próprio regime jurídico da sub-rogação, previsto no art. 349 do Código Civil, cuja redação é a seguinte *"A sub-rogação transfere ao novo credor todos os direitos, ações, privilégios e garantias do primitivo, em relação à dívida, contra o devedor principal e os fiadores"*. (A subconcessão de serviço público. Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF, Belo Horizonte, ano 5, n. 10, p. 75-101, jul./dez. 2016. p. 88)

[9] Conforme afirma Floriano Marques de Azevedo Neto, *"A Lei nº 12.815/2013 deixou claro que os serviços portuários não são prestados em regime de exclusividade nem mesmo em âmbito territorial. Ao contrário, buscando dirimir controvérsia existente na vigência da Lei nº 8.630/1993, a nova Lei dos Portos deixou claro que devem conviver, com as concessões de serviços portuários, prestados no âmbito de portos públicos, os serviços portuários em instalações situadas fora dos portos organizados, sejam elas terminais de uso privado, sejam estações de transbordo, sejam instalações portuárias públicas de pequeno porte ou instalações portuárias."* (Concessões. 1ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 234)

Date Created

21/10/2020