Número 37 – fevereiro/março/abril - 2014 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-1861 -

# EVOLUÇÃO HISTÓRICO-JURÍDICA DO REGIME DE EXPLORAÇÃO DE PORTOS NO BRASIL E O REGIME NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

***Itiberê de Oliveira Castellano Rodrigues***
*Professor nos Cursos de Graduação e de Pós-Graduação da FMP – Fundação Escola do Ministério Público do Rio Grande do Sul; Professor Convidado nos Cursos de Pós-Graduação em Direito da UFRGS – Universidade Federal do Rio Grande do Sul; Professor Adjunto de Direito do Estado, atualmente licenciado, na Faculdade de Direito da UFPEL – Universidade Federal de Pelotas; Mestre em Direito Público pela UFRGS – Universidade Federal do Rio Grande do Sul; Magister Legum em Direito Público pela Universidade de Münster - Alemanha; Doutor em Direito Público pela Universidade de Münster - Alemanha; Advogado.*

Nada obstante a Lei nº 8.630/93 tenha sido promulgada a fim de permitir mais e maiores investimentos privados no âmbito das atividades portuárias, ela não se afasta substancialmente, em suas concepções gerais, mas sobretudo em relação à natureza jurídica das atividades portuárias, dos modelos jurídico-conceptuais básicos que, desde o Brasil Império, permitiam esse mesmo acesso dos investidores privados a essas atividades.

Nesse contexto, uma investigação de caráter histórico dos principais conceitos e institutos do direito portuário brasileiro constitui não apenas percurso para apreciar curiosidades jurídicas do passado, antes sendo uma necessidade para que se possa melhor compreender a atual legislação desse ramo do Direito.

Isso se reforça no momento em que uma parte de nossa doutrina tende a ver nas atividades portuárias uma espécie dentre as tantas de "serviço público" (e daí retira conseqüências de caráter prático-jurídico).

Assim, por exemplo, o eminente Caio Tácito afirmava que, em relação aos portos, "*nasce e se mantém uma relação publicística, imbricada na concessão de serviço público, que tem como sua origem a legislação monárquica de 1869 e se prolonga até o Estatuto de 1993*" ("Regime de portos. Terminal privativo.

Permissão", in Temas de direito público – Estudos e pareceres, Volume II, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 1996, p. 1.246).

Há, contudo, boas razões para, exatamente pela via da investigação histórica, colocar em xeque tal afirmativa. Aliás, convém notar que essa mesma doutrina não empreende com a profundidade necessária a investigação histórica que aqui se propõe, fato que talvez explique exatamente seu equívoco quanto à natureza e ao efetivo regime jurídico regedor das atividades portuárias.

1. ANTECEDENTES DO DIREITO PORTUÁRIO BRASILEIRO

Narrava Rodrigo Octavio, em sua monografia sobre os bens públicos, que "*no direito romano, de onde o nosso deriva, todos os rios eram considerados públicos. A Instituta de Justiniano* [cf. Livro Segundo, Tomo Primeiro, "de civis rerum"] *resava: «São públicos os rios e os portos; pelo que compete a todos o direito de pescar nelles»*"[1].

Essa mesma concepção romana de que os portos eram bens de uso comum do povo é recepcionada nas Ordenações do Reino de Portugal. No Livro II, Tomo XXVI, § 9, "*Dos Direitos Reais*", das Ordenações Filipinas (cujo dispositivo repete por sua vez um igual dispositivo das anteriores Ordenações Afonsinas e Manuelinas) vem dito o que segue:

> "*Direito Real he poder crear ... os portos de mar, onde os navios costumam ancorar, e as rendas e direitos, que de tempo antigo se costumaram pagar das mercadorias, que a elles são trazidas.*"

Para a doutrina da época, direitos reais são prerrogativas de variado tipo que tocam ao Monarca (e, mais tarde, ao Estado), na qualidade de supremo regente, de representante da vontade popular, ou de simples agente econômico.

Em comentário a esse dispositivo das Ordenações, Cândido Mendes de Almeida ensinava que "*Direitos Reais são hoje os Nacionais*"[2], ou seja, que os portos eram espécie de direito real e que, na linguagem atualizada do direito brasileiro imperial, os direitos reais das Ordenações correspondiam aos bens "nacionais", i.e., ao que hoje denominamos de bens do povo, ou bens de uso comum.

Note-se ainda que já nessas concepções mais antigas do direito público português o bem nacional "porto" (ou, ainda: o bem público "porto") engloba também as atividades nele realizadas ("*rendas e direitos*" e "*mercadorias*" que ao porto são trazidas). Em outras palavras, o bem público "porto" já contém em seu próprio conceito as atividades inerentes à sua própria finalidade, as quais são por isso são abrangidas pelo próprio regime jurídico regulador do bem "porto".

Não por acaso, quando ainda no período colonial acontece a "Abertura dos Portos às Nações Amigas" por meio da Carta Régia de Dom João VI, no dia 28

[1] Rodrigo Octavio, Do domínio da União e dos Estados segundo a Constituição Federal, 2ª ed., Livraria Academica Saraiva e Cia. – Editores, São Paulo, 1924, p. 74.
[2] Cândido Mendes de Almeida, Codigo Philippino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal, 1870, RJ, Edição fac-similar do Senado Federal, Tomo 2, Brasília, 2004, p. 441.

de janeiro de 1808, tornando assim os portos brasileiros abertos ao comércio marítimo internacional, essa abertura ainda não é acompanhada da implantação de qualquer atividade estatal junto aos portos. Pelo contrário, somente no ano de 1810 é que o Rei Dom João VI manda que sejam criadas "Mesas de Renda", i.e., postos alfandegários, junto aos portos, a fim de cobrar tributos em função das atividades portuárias.

Não resta, portanto, maior dúvida em se afirmar que os portos constituíam originária e efetivamente um bem de uso comum do povo, à semelhança das ruas, estradas e praças.

Isso significa dizer também que, nessa época, as atividades portuárias são acessórias e/ou inerentes ao uso do bem público "porto" pela população em geral, e com isso elas não ganham autonomia jurídica e menos ainda preponderância em relação ao próprio uso do bem público "porto".

2. O REGIME PORTUÁRIO NO IMPÉRIO BRASILEIRO

A Constituição de 1824 nada menciona sobre portos. Para além disso, e mantendo a tradição das Ordenações Portuguesas, o ordenamento jurídico do Brasil sobre portos continua a conceber os portos como bens de uso comum do povo.

Um exemplo para tanto é o Decreto de 13 de dezembro de 1831, que regulamentou o uso do porto do Rio de Janeiro, claramente dispondo que, dentro das condições preestabelecidas, qualquer navio ou embarcação poderia aportar junto ao porto da capital:

> "*Art. 1º - Haverá no porto do Rio de Janeiro tres ancoradouros para as embarcações mercantes; a saber: um para as que entrarem por franquia, ou arribarem por alguma necessidade ou accidente maritimo; outro para as que esperam descarga, ou têm reexportação, ou baldeação; e outro para as que estiverem á carga.*
>
> *(...)*
>
> *Art. 17 - As embarcações mercantes, que entrarem no porto, deverão dirigir-se logo em direitura para o ancoradouro de franquia, que lhes será indicado pela fortaleza de Santa Cruz, e nelle darão fundo, seja qual fôr o destino da sua vinda a este porte; e só depois de receberem ahi a visita da Alfandega passarão para o ancoradouro, que lhes pertencer. Os Mestres, ou Capitães de taes embarcações entregarão logo ao Commandante da franquia os manifestos, livros de carga, e listas de passageiros; e o dito Commandante os entregará aos Officiaes da Alfandega quando forem visitar a embarcação.*
>
> *(...)*
>
> *Art. 26 - A descarga das embarcações se fará pela maneira estabelecida nas Leis, e Ordens em vigor; com declararão porém que não terá lugar a sahida dos generos das embarcações á descarga, quér seja para os trapiches, quér para outros barcos,*

> *ou navios, fóra das horas do despacho da Alfandega, antes deverá terminar á 1 hora da tarde. A descarga na ponte da Alfandega começará ás 8 horas da manhã, e terminará á 1 da tarde, a fim de haver tempo para se recolherem com a necessaria clareza e cautela os objectos descarregados.*
>
> *(...)*
>
> *Art. 30 - As embarcações da guarda, e vigia deste ancoradouro, e seus escaleres, não deixarão atracar ás embarcações nelle surtas embarcação alguma com generos sujeitos a direitos de sahida sem irem acompanhados de despacho do Consulado, que feita a descarga, será logo entregue pelo arraes ao Commandante do ancoradouro para o remetter no dia seguinte ao Administrador das diversas rendas*."

2.1. CARTA DE LEI DE 1828

Por outro lado, e aqui já seguindo de perto a noção de "concessão de obra pública" dos albores do direito administrativo francês, uma Carta de Lei editada por Dom Pedro I em 29 de agosto de 1828 instituía também normas "*para a construcção das obras públicas que tivessem por objecto a navegação dos rios, abertura de canaes, edificação de estradas, portos, pontes, calçadas ou aqueductos*" pela iniciativa privada, sendo que esta depois se recobraria dos investimentos feitos por meio da cobrança de "*taxas de uso e de passagem*".

Nascia assim, no direito administrativo brasileiro, a concessão de obra pública, e como sua espécie (ainda não nominada) a concessão de obras portuárias.

2.2. DECRETO Nº. 1.746/1869

Pelo Decreto nº 1.746, de 13 de outubro de 1869, é instituída especificamente a concessão de portos. É também a partir desse Decreto que irão surgir as primeiras Companhias Docas privadas do país, razão pela qual essa norma restou conhecida como a "Lei das Docas".

Essa norma tinha duas finalidades básicas distintas: (i.) permitir a melhoria dos portos já existentes, e (ii.) fomentar a construção de novos portos – nos dois casos pela iniciativa privada. Para tanto, a figura jurídica básica continuava sendo a concessão de obra pública, outorgada a um investidor privado.

Assim, o Decreto previa a possibilidade de o governo imperial "*contratar empresários*" para a construção de docas e armazéns, para carga, descarga e conservação das mercadorias de importação e exportação. Quanto ao regime jurídico propriamente dito dessa exploração pode-se elencar:

- A submissão ao governo dos projetos de obras (art. 1º, § 1º);
- O controle do governo sobre o capital da empresa (art. 1º, § 2º);
- O prazo da concessão, de até 90 anos (prazo, frise-se, igual ao do direito administrativo francês), findos os quais "*ficarão pertencendo ao Governo todas as obras e o material fixo e rodante da empresa*" (art. 1º, § 3º);

- A retribuição devida ao concessionário, i.e., "*taxas reguladas por uma tarifa proposta pelos emprezarios e approvada pelo governo imperial*", com regras sobre uma revisão ordinária, de 5 em 5 anos (art. 1º, § 5º);

- Relativamente à administração do porto, "*o governo poderá encarregar às companhias de docas o serviço de capatazias e de armazenagem das alfândegas*" (art. 1º, § 7º);

- Direito dos concessionários de "*desapropriar, na forma do Decreto n. 1.644, de 27 de outubro de 1855, as propriedades e as benfeitorias pertencentes a particulares, que se acharem em terrenos necessários à construção das suas obras*" (art. 1º, § 10);

- Direito de inspeção do governo imperial sobre "*a execução e o custeio das obras, para assegurar o exato cumprimento dos contratos que houve estabelecido*" (art. 1º, § 11).

Conclui-se, em vista de seu conteúdo, que foi implantado um modelo de concessão de obra pública, cujo resultado dessa obra (o bem por acessão "porto") resta sob a responsabilidade do investidor privado, enquanto que a concessão era remunerada por sua exploração em regime de privilégio de exploração e reserva de mercado (área).

Típico é o exemplo da primeira concessão para obras de melhoria no Porto de Santos, em São Paulo, onde a descrição do objeto concedido parte da noção de uso e gozo do bem público pelo concessionário, na forma do Decreto de concessão nº 9.979/1888 (grifamos):

> "*A Princesa Imperial Regente, em Nome do Imperador, Tendo em vista a proposta apresentada em concorrência pública por José Pinto de Oliveira, C. Gaffrée, Eduardo P. Guinle, João Gomes Ribeiro de Avelar, Dr. Alfredo Camillo Valdetaro, Benedicto Antônio da Silva e Ribeiro, Barros & Braga em virtude do edital da Diretoria das Obras Públicas da respectiva Secretaria de Estado datado de 19 de outubro de 1886, Há por bem conceder aos referidos proponentes autorização para construir as obras de melhoramento do Porto de Santos, a que se refere o mesmo edital, observadas as cláusulas que com este baixam...*
>
> *II - Os concessionários terão* ***uso e gozo das obras*** *de que trata a cláusula precedente pelo prazo de trinta e nove anos a contar da presente data, com os ônus e vantagens estabelecidos pela Lei n.º 1.746, de mil oitocentos e sessenta e nove, e de acordo com as estipulações e modificações provenientes das presentes cláusulas. Findo esses prazo, reverterão para o Estado, sem indenização alguma, as obras, terrenos e benfeitorias, bem como todo o material rodante da empresa.*"

Por outro lado, e segundo relata Paulo Peltier de Queiroz Júnior, "*as Concessões contratadas para os principais portos com base na "Lei das*

*Docas", salvo raras exceções não atingiram os objetivos esperados*"[3], é dizer: boa parte das concessões não saiu do papel, não tendo sido as docas e portos construídos pelos privados tal e qual previstos nos planos de obras, ou tal e qual previstos nos cronogramas dessas obras, motivos pelos quais o Governo Imperial introduziu reformas na legislação de portos.

2.3. LEI Nº 3.314/1886

Em 1886 foi publicada a Lei nº 3.314, que instituiu um sistema alternativo às concessões de obras portuárias: o "arrendamento portuário". Pelo sistema de arrendamento o governo imperial chamava para si a responsabilidade das obras portuárias (mediante a criação de uma sobretaxa para exportações e importações via portos), intentando com isso resolver os problemas advindos da não-realização dessas obras e melhoramentos pela iniciativa privada sob o período do regime originário do Decreto nº 1.746/1869.

Nesse sentido lia-se no art. 7º, § único, alínea 4º dessa lei o que segue (grifamos):

> "*4º (...) O Governo poderá estabelecer em favor das emprezas que se organizarem para melhoramento dos portos do Imperio, além das vantagens a que se refere a Lei n. 1746 de 13 de Outubro de 1869, uma taxa nunca maior de 2% em referencia ao valor da importação, e de 1% ao da exportação de cada um dos ditos portos. As taxas destinadas áquelle serviço serão arrecadadas directamente pelo Estado, e calculadas de maneira que não excedam o necessario para o juro correspondente ao capital das emprezas, á razão de 6% ao anno, e para a respectiva amortização no maximo prazo de 40 annos.*
>
> ***Si o Governo julgar mais conveniente effectuar os referidos melhoramentos por conta do Estado**, poderá applicar o producto das mencionadas taxas ás obrigações que neste sentido contrahir.*"

Assim, no esclarecimento de Paulo Peltier de Queiroz Júnior, "*as obras portuárias seriam construídas à custa do Tesouro Nacional ou mediante empréstimos especificamente tomados pelo Governo Nacional, sendo em seguida arrendadas a particulares que se encarregariam de sua exploração comercial*"[4].

Como se pode deduzir, uma única é a distinção jurídica entre a "concessão" de portos do Decreto nº 1.746/1869 e o "arrendamento" portuário da Lei nº 3.314/1886: naquela primeira, a obrigação de construção e/ou reforma do porto era do concessionário; no segundo caso cabia ao Estado essa construção e/ou reforma do bem público, cujas instalações depois seriam arrendadas aos investidores privados.

---

[3] Paulo Peltier de Queiroz Júnior, "A reforma conceitual do sistema portuário nacional", Parte I, publicado em 12.12.2006 no site: http://www.portogente.com.br/texto.php?cod=5789.
[4] Op. cit. supra.

Mas nos dois casos os institutos diziam respeito a formas jurídicas de uso (privativo) de bem público por particular, restando os serviços de exploração comercial do porto pelo particular concessionário ou arrendatário apenas como uma atividade inerente e/ou acessória àquele uso privativo.

2.4. A DOUTRINA

A doutrina surgida antes da Lei de Docas naturalmente reproduzia a tradição romano-portuguesa do porto como bem de uso comum, ao passo que a doutrina posterior enumerava os portos dentre os bens públicos em espécie.

Para Teixeira de Freitas, que entre 1857 e 1872 consolidava a legislação pátria e, nessa tarefa, também interpretava as Ordenações do Reino, o *porto* era "*coisa do domínio nacional*" de "uso público", ao lado das estradas e ruas públicas, e rios navegáveis. Em sua Consolidação das Leis Civis (1857), restou por isso assentado como segue:

> "*Art. 52. São do domínio nacional: (...)*
>
> *§ 2º As coisas do uso público, como estradas e ruas públicas; rios navegáveis e de que se fazem os navegáveis, se são caudais, que corram em todo o tempo; e igualmente os portos de mar, onde navios costumam ancorar.*"

A rigor, Teixeira de Freitas foi ainda mais longe e radical nessa concepção. No seu Esboço de Código Civil (realizado entre 1860 e 1864), o jurista profligou entendimento que acabou por não se consagrar (em face da superveniente "Lei de Docas", que criou o sistema de concessão de portos): o art. 328 do Esboço afirmava textualmente que os portos, por serem coisa pública e de uso comum do povo, seriam de uso gratuito pela população - e portanto o autor não via nos portos qualquer possibilidade jurídica de sua concessão ou arrendamento para que privados fizessem uso privativo e comercial desse bem público.

Nessa concepção restava por certo implícito que seria uma atribuição do Estado a construção e melhoramentos dos portos nacionais para uso comum pela população, mantendo-se com isso o milenar modelo do direito romano.

Também na primeira obra de direito administrativo pátrio, editada originariamente em 1857, lecionava Vicente Pereira do Rego que os portos eram parte do domínio público nacional, é dizer, eram espécie de bem público de uso comum (grifamos):

> "*DOMINIO PUBLICO – Este, segundo Proudhon, vém a ser um ramo do dominio nacional que abrange todos os bens que sem pertencerem a algum particular teem sido civilmente consagrados ao serviço publico da sociedade. O dominio publico compõe-se: 1.º dos caminhos, estradas e ruas a cargo do Estado, dos rios e correntes navegaveis ou caudaes, das praias e terras d´alluvião,* ***dos portos, enseadas e ancoradouros****, e em geral de todas as porções do territorio que não são susceptiveis de propriedade privada; ... Assim o dominio publico abrange duas classes distinctas de propriedades: umas que por sua natureza não podem estar no commercio; e outras que pelo seu destino são*

> *collocadas fóra delle. ... Pertencendo pois a todos, quanto ao gôzo, os bens que fazem parte do dominio publico, o Estado, guarda dos interesses geraes de todos, tem sobre esses bens apenas os direitos de vigilancia e administração. O dominio publico é essencialmente inalienavel e imprescriptivel.*"[5]

Quer-se ressaltar com essa doutrina que, seguindo a mesma tradição inaugurada ainda pelo romano *Corpus Iuris Civilis*, e depois recepcionada nos Direitos português e brasileiro, os portos eram espécie de bem público, e que as atividades portuárias integravam o uso habitual desse bem (e não havia portanto um regime de prestação de serviços portuários que pudesse se originar de modo apartado ou destacado da própria noção de "uso do bem público porto").

Nesse contexto, quando um porto era outorgado pelo Poder Público a concessionário ou arrendatário, isso se dava juridicamente como espécie de "uso privativo de bem de uso comum". Assim, a "concessão de uso de bem público" ou o "arrendamento de bem público" criavam para o seu detentor um privilégio pessoal de uso do bem público "porto" (e para fins de sua exploração comercial) em relação ao restante da população.

Sobre o regime jurídico, porque se tratavam de formas jurídicas relativas a uso privativo de bem público, tanto a concessão quanto o arrendamento são originariamente institutos de direito administrativo, e portanto seu regime é de direito público – mais exatamente: o regime dos contratos administrativos de uso privativo de bem público por particular.

## 3. LEGISLAÇÃO REPUBLICANA SUPERVENIENTE

Tímida, inclusive porque enxuta em toda a sua extensão (é sabidamente a mais sintética de todas as Constituições brasileiras), a Constituição de 1891 apenas fez referências tópicas à matéria dos portos. Ela prescrevia a competência da Justiça Federal para questões de direito marítimo e navegação (art. 60, alínea "g"); referia ser competência do Congresso Nacional "*regular o commercio internacional e o dos Estados entre sí e com o Districto Federal, alfandegar portos, crear ou supprimir entrepostos*" (art. 34, § 5º); e por fim afirmava que era de competência da União arrecadar os impostos de importação (art. 7°, item 1).

Por outro lado, à semelhança da Constituição imperial de 1824, a Constituição de 1891 não fez qualquer menção ao regime jurídico da exploração de portos. Apesar disso, sua importância está em haver concentrado (sem maiores dúvidas nem da doutrina e nem da práxis) a matéria sobre portos na competência exclusiva da União Federal, tendo a contrario sensu afastado qualquer eventual competência dessa matéria (mesmo pela via da delegação) em favor dos Estados e Municípios.

### 3.1. LEI Nº 957/1902

[5] Vicente Pereira do Rego, Elementos de direito administrativo brasileiro, 2ª ed., Ed. Typographia Commercial de Geraldo Henrique de Mira & Cia., Recife, 1860, p. 205/206.

Já no início do século XX, o art. 22, XXV, da Lei nº 957, de 30 de dezembro de 1902, autorizou o governo federal "*a realizar as obras necessarias ao melhoramento dos portos da Republica, podendo, para esse fim, emittir titulos, em papel ou em ouro, que correspondam, por seus juros e amortização, ás responsabilidades que para cada porto possam ser providas pelas taxas que ahi serão cobradas, estabelecidas nas leis e concessões em vigor*".

3.2. DECRETO Nº. 4.859/1903

Disso sobreveio o Decreto nº 4.859, de 08 de junho de 1903, que estabeleceu um "*regimen especial para execução de obras de melhoramento de portos*". Do texto do Decreto é possível concluir que o modelo imperial foi mantido, uma vez que "*as obras serão executadas por administração ou por contracto, podendo comprehender as que, embora fóra dos cáes, forem necessarias ao trafego das mercadorias para os mesmos cáes, e a exploração commercial destes será estabelecida segundo o regimen que mais convenha a cada porto*" (art. 2º).

É dizer, caso as obras fossem executadas "*por administração*" da própria União Federal, daí derivaria um arrendamento do novo porto a privados, ao passo que se as obras fossem feitas "*por contracto*" (e portanto pelo privado), este era pressupostamente o de uma concessão de obra pública.

Importa depois salientar a inexistência mesmo de um regime de direito público (e menos ainda de um regime de "serviço público") no tocante aos serviços portuários: a parte final do art. 2º é textual ao afirmar que "*a exploração commercial destes* [cais portuários] *será estabelecida segundo o regimen que mais convenha a cada porto*".

Essa sistemática de conveniência na definição do regime jurídico de exploração comercial do porto não podia significar de plano que esse regime se revestisse de tonalidades publicísticas, ou ainda que, a contrario sensu, pudesse ser afastado o regime de direito privado.

Assim, a escolha por um ou por outro regime, ou ainda uma combinação com maior pêndulo para um ou para outro desses regimes constituía, ao fim e ao cabo, uma escolha discricionária da União ao fixar in concreto as cláusulas do contrato de concessão e/ou de arrendamento portuário via caderno de encargos.

Mais adiante, o Decreto nº 6.368, de 14 de fevereiro de 1907, introduziu modificações no Decreto nº 4.859/03, mas o art. 2º permaneceu intocado.

A título de referência histórica, cumpre ainda marcar que o art. 6º desse Decreto cria por uma primeira vez a Autoridade Portuária, uma vez mais seguindo de perto o modelo administrativo francês que já vigorava naquela época: "*A direção e fiscalização das obras e serviços, bem como a da caixa especial, ficarão a cargo de uma comissão que o governo organizará em cada porto, segundo o regime que mais convenha*".

3.3. DECRETO Nº 4.279/1921

Por fim, o Decreto nº 4.279, de 05 de junho de 1921, tornou obrigatório em todo o país o atracamento de navios e embarcações com passageiros e

mercadorias nos portos "*providos de installações modernas de cáes, molhes, obras congeneres, serviços de dragagem e outros necessarios ao trafego dos navios*" – sendo ele portanto a norma-embrião do hodierno conceito de "porto organizado".

3.4. EXEMPLO PRÁTICO DA CODEBA

À guisa de exemplo, nada melhor que analisar os documentos que deram origem à instalação da CODEBA como concessionária do porto de Salvador, ainda no século XIX, na forma da "Lei de Docas" de 1869.

3.4.1 PRIMEIRO CADERNO DE ENCARGOS

Em um primeiro momento, em 15 de fevereiro de 1871 o governo imperial edita o Decreto nº 4.695, por meio do qual faz a outorga de uma concessão de obra a dois privados. Na epígrafe do Decreto lê-se o que segue, em lavra do Imperador Dom Pedro II, o qual decidiu:

> "*Conceder-lhes ou á companhia que incorporarem, autorização para construirem no porto da Provincia da Bahia dócas e outros melhoramentos, segundo as plantas juntas á petição inicial dos emprezarios, datada de 3 de Setembro do anno findo, sob as clausulas, que com este baixam, assignadas pelo Dr. João Alfredo Corrêa de Oliveira, do Meu Conselho, Ministro e Secretario de Estado dos Negocios do Imperio e interinamente dos da Agricultura, Commercio e Obras Publicas, que assim o tenha entendido e faça executar.*"

A segunda parte desse Decreto contém o caderno de encargos da concessão, composto ao todo por 26 cláusulas, dentre as quais, por exemplo:

(i.) o objeto da concessão: "*autorização para construirem no porto da capital da Bahia dócas e armazens para carga, descarga, guarda e conservação das mercadorias de importação e exportação, e bem assim outras obras connexas, de conformidade com as plantas juntas á sua petição inicial, sellada em 3 de Setembro ultimo*" (cláusula I), com posterior direito de a concessionária "*perceber pelo serviço do cáes das dócas, do embarque e desembarque e armazenagem das mercadorias, e pelo embarque e desembarque das bagagens as mesmas tarifas actualmente estabelecidas pela companhia da dóca da Alfandega do Rio de Janeiro*" (Cláusula XV);

(ii.) o prazo para que a Companhia Docas seja devidamente criada pelos sócios concessionários: "*A incorporação da companhia deverá verificar-se dentro do prazo de dous annos, contados da data da promulgação do decreto de concessão, sob pena de caducar a mesma concessão, salvo caso de força maior, devidamente provado perante o Governo e por este julgado, mediante consulta da Secção competente do Conselho de Estado*" (cláusula II);

(iii.) ao conjunto de obras e melhoramentos a serem realizados pela concessionária, em detalhada lista de 8 itens na Cláusula V, dentre os quais se pode destacar:

(a.) o "*alargamento, por meio de aterros, guarnecidos de cáes até o forte de S. Marcello, da parte da Cidade Baixa comprehendida entre a Alfandega e a Praça do Commercio*" (Item 1º);

(b.) "*cinco canaes ou dócas com 30 a 50 metros de largura pelo menos, e a profundidade necessaria para a fluctuação em toda a maré e em qualquer tempo, de navios de oito metros de calado*" (Item 2º);

(c.) "*construção de cáes e molhes com todo o material necessario ao embarque e desembarque de passageiros e mercadorias. Os muros de cáes exteriores serão convenientemente protegidos contra a acção das vagas*" (Item 3º);

(d.) "*construcção de telheiros e grandes armazens para deposito das mercadorias que tiverem de se demorar nas dócas*" (Item 4º);

(iv.) Prévia aprovação de todo o projeto de construção pelo governo imperial (Cláusula VI);

(v.) Prazo máximo de 6 meses para início das obras de construção e melhoramentos, a partir da aprovação das plantas, (Cláusula VII), bem como prazo máximo de 5 anos para o seu término (Cláusula VIII), tudo sob pena de caducidade da concessão;

(vi.) Cláusula relativa ao equilíbrio econômico-financeiro da concessão: "*As tarifas dos artigos antecedentes se considerarão provisorias e serão revistas dentro de um anno e depois, de cinco em cinco annos pela Praça do commercio da Bahia, e approvados pelo Governo, não podendo ser modificadas de modo a reduzir a renda liquida geral da companhia, senão quando a mesma renda exceder de 12% do capital empregado nas construcções e material fixo e rodante da companhia*" (Cláusula XVII);

(vii.) Direito de exploração do porto pela Companhia Docas pelo prazo de 90 dias, com posterior reversão do bem "porto" ao Poder Público (Cláusula XXII).

Todavia, já o Decreto nº 4.937, de 27 de abril de 1872, prorroga o prazo para que os dois sócios privados realizem a incorporação da Companhia Docas, em fato que bem demonstra que a sistemática de construção e melhorias de portos por privados concessionários efetivamente não lograva pleno sucesso (e que motivou depois aquela supra descrita instituição do sistema de "arrendamento portuário" pela Lei nº 3.314/1886).

3.4.2. SEGUNDO CADERNO DE ENCARGOS

No ano de 1919, o governo federal edita em 19 de dezembro o Decreto nº 13.951, o qual "*approva as clausulas para a revisão e consolidação dos contractos relativos á concessão das obras de melhoramentos do porto da Bahia*". Esse Decreto ainda tem como fundamento jurídico a "Lei de Docas" de 1869 (cf. v.g. Cláusulas 51 e 52), e seu caderno de encargos era composto de 53 cláusulas.

Na Cláusula I desse Decreto consta mais detalhadamente que "*O presente contracto tem por fim rever e consolidar todas as clausulas em vigor dos contractos relativos á concessão de que goza a Companhia Cessionaria das*

*Docas do Porto da Bahia, para a construcção, uso e gozo das obras de melhoramento do porto da capital do Estado da Bahia, harmonizando-as entre si e com a legislação actual; a qual concessão passará a reger-se exclusivamente pelas clausulas do presente contracto desde a data em que o Tribunal de Contas ordenar o seu registro*".

A partir disso, toda uma nova série de obras e melhoramentos deverá ser implementada pela Companhia Docas (Cláusulas 5 a 22), ao passo que as cláusulas de serviço vêm dadas sob a rubrica "*Exploração Industrial do Porto*" (Cláusulas 23 a 40), de onde mais uma vez se depreende que inexiste um regime de "serviço público" que seja aplicado à concessão portuária.

Ou seja, ela permanece uma concessão de uso de bem público, como bem explicitado na última Cláusula, de nº 53: "*A companhia terá o uso e goso das obras até 30 de junho de 1995. Em 1 de julho de 1995 reverterão para o dominio da União, sem indemnização alguma, todas as obras, todo o material fixo, rodante e fluctuante empregado no serviço do porto, e bem assim os terrenos aterrados e desapropriados que ainda estiverem na posse da companhia e as respectivas bemfeitorias a ella pertencentes*".

E tudo com o privilégio, típico de uma concessão, segundo o qual "*nenhuma mercadoria, seja qual for a sua natureza ou destino, que entre pela barra do porto, poderá ser desembarcada sem transitar pelos cáes da companhia, sujeita sempre ao pagamento das taxas respectivas, fixadas neste contracto, disposição que tambem se applica nos mesmos termos e em todos os casos ás mercadorias a embarcar, salvo os casos previstos na presente clausula*" (Cláusula 26, *caput*).

Em face do exposto, deve-se concluir que inexistia um regime de "serviço público" que se pudesse afirmar era aplicado à exploração dos serviços de portos. Ao contrário, o próprio Caderno de Encargos inserto no Decreto era expresso ao dizer que o regime de prestação dos serviços se daria mediante "*Exploração Industrial do Porto*" (Cláusulas 23 a 40), e portanto sob regime privatístico.

3.4.3. TERCEIRO CADERNO DE ENCARGOS

Em 16 de outubro de 1920 seguiu-se ainda a edição do Decreto nº 14.417, em cuja epígrafe se lê que "r*ectifica as clausulas que acompanharam o decreto n. 13.951, de 31 de dezembro de 1919, e autoriza a correspondente rectificação nas clausulas do respectivo contracto de revisão e consolidação dos contractos relativos á concessão das obras de melhoramentos do porto da Bahia*". A Cláusula 53 desse Decreto, relativa ao prazo da concessão, foi mantida em todos os seus termos e datas.

3.5. INEXISTÊNCIA DE UM "SERVIÇO PÚBLICO DE PORTOS"

Uma vez que tanto a concessão quanto o arrendamento constituíam espécies de contratos administrativos de uso privativo de bem público por particular (e que ao mesmo tempo não afastavam de plano a incidência no mínimo parcial de um regime de direito privado no seu conteúdo específico), não há por que confundir-se esses contratos com os contratos administrativos de "serviço público".

Aliás, nesse primeiro interregno em que a legislação brasileira criou e sedimentou os regimes da concessão e do arrendamento de portos (i.e., do Império até as primeiras décadas da República, no início do século XX), ainda inexistia inclusive a noção dogmático-jurídica de "serviço público" (aliás, inexistia mesmo no direito administrativo francês, de onde ela foi depois recepcionada).

Assim, é já cronologicamente impossível que o conceito de "serviço público" e o regime jurídico específico desenvolvido em torno desse conceito (v.g. continuidade, atualidade, igualdade), que ainda não existia mesmo no caso francês, pudesse definir o regime jurídico de exploração dos portos brasileiros.

Com efeito, em relação ao desenvolvimento do conceito de "serviço público" na França, data de 1873, no célebre Caso Blanco, julgado pelo Tribunal de Conflitos francês, o voto do Comissário de Governo David, onde se lê que "*Os tribunais judiciários são radicalmente incompetentes para conhecer todas as demandas formadas contra a Administração em razão de* ***serviços públicos****, qualquer que seja seu objeto*".

Todavia, desse julgado somente foram tiradas conclusões quanto à necessidade de construção de um regime de responsabilidade civil objetiva da Administração Pública prestadora de serviços públicos (oposto portanto ao regime de responsabilidade civil subjetiva no âmbito do direito privado), mas daí não se seguiu nenhuma construção dogmática de um conceito de "serviço público".

Será somente no caso *Terrier* (em 1903), julgado pelo Conselho de Estado, que ocorrerá "*a redescoberta da decisão Blanco*" (cf. Renan Le Mestre, Droit du service public, Ed. Guarino, Paris, 2003, p. 30). Ali o Comissário de governo Romieu, depois de referir expressamente o caso *Blanco*, sustentou que onde houvesse litígio derivado de prestação de serviço público a competência seria do Contencioso Administrativo - o que foi aceito nessa decisão do Conselho de Estado.

O Conselho de Estado abandonava assim a anterior dicotomia entre atos de império e atos de gestão como critério de repartição de competência entre as duas jurisdições. Logo, onde houvesse serviço público, aí haveria direito administrativo; e onde houvesse direito administrativo, aí haveria competência do juiz administrativo.

Por fim, o Conselho de Estado afirmava um critério objetivo e/ou material para identificação de um serviço público in concreto: a atividade em si deveria estar voltada à satisfação do interesses coletivos.

O passo seguinte dado pelo Conselho de Estado no aperfeiçoamento do conceito de "serviço público" ocorreu em 1910, quando de um litígio contratual entre o município de Montpellier e o empresário Thérond, encarregado por aquele dos serviços de carrocinha de cachorros (captura e morte dos cachorros vira-latas).

No caso Thérond o Conselho de Estado decidiu que o município havia contratado os serviços com fins de higiene e de segurança da população local, logo: visando assegurar um serviço público. E todo contrato firmado pelo Poder

Público vinculado a uma finalidade pública constituía um contrato administrativo, submetido portanto a um regime jurídico-administrativo específico (formado por sua vez por um conjunto de princípios e regras próprias distintos ou derrogadores do direito comum). O Conselho de Estado afirmava com isso (a contrario sensu) que não era cabível um contrato de prestação de serviços públicos sob regime de direito privado.

É sob esse pano de fundo da jurisprudência do Conselho de Estado que se desenvolve doutrinariamente a chamada "Escola do Serviço Público" francês. A idéia de substituição do critério da potestade pública ("ato de império") pelo critério do serviço público vai se tornar mais fácil e evidente com o surgimento, nas primeiras décadas do século XX, da noção francesa de Estado-Providência (i.e. Estado Social de Direito), onde as atividades estatais de prestação e benefício ganham relevo e prevalência sobre todas as demais, opondo-se com isso à noção de "Estado-Gendarme" (i.e. Estado Liberal de Direito).

A Escola do Serviço Público (ou: Escola de Bordeaux) constitui a doutrina jurídica francesa por excelência comprometida com a legitimação desse Estado-Providência e com o conceito de serviço público como a chave-mestra do direito administrativo. Seus principais nomes são Léon Duguit, Gaston Jèze, Roger Bonnard, Louis Rolland e, mais tarde, André de Laubadère.

Assim, por exemplo, Duguit irá radicalizar o próprio conceito de serviço público, ao defender que "*les pouvoirs des gouvernants sont limités à l´activité de service public, et tout acte des gouvernants est sans valeur quand il poursuit um but autre qu´un but de service public*" (Traité de droit constitutionnel, Tomo 2, 1928, p. 36).

Nesse sentido, constituía serviço público "*toute activité don´t l´accomplissement doit être assuré, reglé, contrôlé par les gouvernants, parce que l´accomplissement de cette activité est indispensable à la réalisation et au développement de l´interdépendance sociale, et qu´elle est de telle nature qu´elle ne peut être réalisée complètement que par l´intervention de la force gouvernante*" (op. cit., Tomo 2, p. 61).

A partir disso aponta-se que Léon Duguit lançou uma noção objetiva ou material de serviço público: é aquela atividade "*indispensável à realização e ao desenvolvimento da interdependência social*". Assim, caberia ao legislador nacional, guiado (e portanto limitado) por critérios (objetivos) de "consciência social" ou de "solidariedade nacional" apontar em cada época e lugar quais seriam as espécies de serviços públicos in concreto, indispensáveis portanto à obtenção da solidariedade social.

Já a noção de serviço público *in concreto* passava com isso a ser móvel ou variável no tempo e no espaço, submetida às mesmas variações de critérios (objetivos) de "consciência social" ou de "solidariedade nacional" de cada momento e lugar (cf. Renan Le Mestre, Droit du service public, p. 36 e 37).

Ocorre que uma tal teoria do serviço público foi concebida todavia sobretudo para o âmbito da Teoria Geral do Estado. Duguit não tinha a preocupação de usar o critério do serviço público para fundamentar (objetiva ou materialmente)

um regime jurídico específico e diferenciado para o direito administrativo (i.e. um regime jurídico específico e diferenciado para os serviços públicos).

É dele uma afirmativa expressa bem contrária a uma tal diferenciação e/ou desigualdade de regimes jurídicos: "*Aux rapports entre gouvernants et gouvernées et aux rapports entre gouvernées ne peut s´appliquer qu´une seule et même règle de droit*" (op. cit., Tomo 1, p. 685 e 686).

Além do mais, se por um lado Duguit aceitava que o serviço público poderia servir de critério de repartição de competências entre Tribunais Administrativos e Poder Judiciário, por outro lado ele jamais afirmou que o serviço público devesse efetivamente se constituir nesse critério (cf. Renan Le Mestre, Droit du service public, p. 37 e 38).

Por outro lado, em total contramão aos desenvolvimentos doutrinários da Escola do Serviço Público, já em 1921 o Tribunal de Conflitos afirmava no caso Bâc-d´Élaka ser possível a prestação de serviço público sob um regime de direito privado, instalando-se a partir disso a chamada "crise da noção de serviço público".

Surge inclusive daí a dicotomia entre "grandes serviços públicos" (regidos pelo direito administrativo, e cujos conflitos são decididos no Contencioso Administrativo) e "serviços públicos industriais e comerciais" (regidos preponderantemente pelo direito privado, e cujos conflitos são dirimidos junto ao Poder Judiciário).

E desde então na França existe essa dicotomia de regimes, sendo de salientar-se que no âmbito dos serviços públicos industriais e comerciais são classificadas todas aquelas atividades que andam a par e passo das atividades portuárias, é dizer: energia elétrica, águas e esgotos, telecomunicações, radiodifusão *etc*.

Não por último, será somente no início da década de 1940 que Louis Rolland irá sistematizar a jurisprudência administrativa e descrever por primeira vez as chamadas "leis do serviço público" ou as "leis de Rolland".

Em seu Curso de Direito Administrativo (1943/1944) disse então ele: "*Na França, todos os serviços públicos estão submetidos a um minimum de regras gerais de conduta, de "leis" às quais escapam as empresas privadas. É dessa maneira, que aparece um minimum de regime especial para os serviços públicos. Essas regras de conduta, essas leis aplicáveis diária e necessariamente ao serviço público são pouco numerosas, existem três: a lei de continuidade* ("loi de continuité")*, a lei de mutabilidade ou adaptabilidade* ("loi de changement") *e a lei de igualdade* [dos usuários] ("loi d´egalité")".

De todo modo, e visto agora como e quando surge a teoria do serviço público no direito administrativo francês, não cabe confundir "uso de bem público" com "serviço público", e na mesma linha não cabe confundir "concessão de uso de bem público" com "concessão de serviço público".

No caso brasileiro, o regime dos portos obedecia originariamente ao regime de uso dos bens públicos, não incidindo, portanto, sobre eles um regime de "serviço público". Na mesma linha histórica é possível afirmar também que nem

a concessão de portos e nem o arrendamento portuário constituíam espécie de "delegação" de atividades estatais in concreto a privados.

Em resumo, o uso privilegiado dos portos por concessionários e arrendatários integrava o capítulo administrativo do "domínio público" ou dos "bens públicos" (e não o capítulo do "serviço público").

Cabe alertar, portanto, desde essa perspectiva histórica, que não se pode intentar realizar "atualizações" dos conceitos de concessão e de arrendamento portuários rumo à noção de "serviço público".

Uma vez que esses dois institutos foram criados no direito brasileiro do Império ainda bem antes que a noção (francesa) de "*service public*" tivesse sido desenvolvida, tanto a concessão quanto o arrendamento portuários restam na origem como institutos jurídicos integrantes do capítulo "domínio público" ou "bens públicos", mais exatamente, como integrantes da matéria "uso privativo de bens públicos por particular".

É por tudo isso que são mais que corretas certas conclusões de Giovana Mayer acerca da história da formação do regime portuário no Brasil:

> "*O passo inicial da regulação da infraestrutura portuária foi o Decreto Imperial n. 1.746, de 13 de outubro de 1869. Longe de ser apenas mais um dado histórico, o Decreto forneceu muitos dos contornos que são utilizados até hoje no direito brasileiro. A começar que a própria Lei autorizava o Império a contratar obras para a melhoria dos portos e para a construção de armazéns e docas. Ao mencionar "a melhoria", constata-se que já existiam portos no Brasil.*
>
> *Os portos brasileiros não nascem, portanto, de uma construção jurídica. Pode-se dizer, portanto, que direito apenas reconhece que certos locais, já utilizados como ancoradouro e área de embarque e desembarque, são de utilidade pública e, portanto, merecem especial atenção do Estado. A exploração dos portos brasileiros não era uma atividade pública, mas privada, sujeita ao controle do Estado. O governo contava com a iniciativa privada para a construção e melhoria dos portos.* (...)
>
> *Muito embora o Decreto Imperial utilizasse a palavra "concessão" para nominar a forma pela qual o particular exploraria o porto, não se pode confundir a concessão imperial com a concessão de serviço público. Isso porque a atividade portuária não era considerada um serviço público, mas atividade privada sujeita ao controle do governo. A questão estava mais ligada à infraestrutura do que à prestação de serviço público, categoria que no século XIX ainda era desconhecida do operador jurídico brasileiro. A construção e melhoria de portos ocorria mediante um contrato, regulado em lei, do particular com o Império, que reconhecia o direito de explorar o porto por ele melhorado ou construído durante certo tempo, ao final do qual tais bens passariam para a União. Não há menção de quais melhorias o porto deveria sofrer*

> *tampouco quais os serviços que seriam prestados. Percebe-se, portanto, que a exploração da atividade portuária não tem início como monopólio do Estado. Era explorada por particulares, os quais poderiam escolher se solicitariam a autorização do governo para melhorar a sua infraestrutura e ser considerado um porto organizado ou se continuariam a explorar os seus trapiches e cais de forma particular.*"[6]

O que foi dito pela autora para a concessão de portos aplica-se *mutatis mutandis* também para o arrendamento portuário: o privado explora o porto com base em um contrato administrativo de uso do bem "porto", e que inclui obviamente a exploração dos serviços portuários – mas em nenhum momento esse contrato pressupõe "delegação de serviço" ou "delegação de função administrativa" por parte do Poder Público ao arrendatário (ou mesmo ao concessionário).

Não por último, convém notar que a mesma sistemática de concessão e/ou arrendamento de bens públicos não se limitava à matéria portuária. Também as ferrovias eram concedidas e/ou arrendadas a privados não como serviços públicos de transporte, mas sim como técnicas de uso privativo de bem público "ferrovia" por particulares (sendo o transporte uma atividade inerente ao uso da ferrovia). Assim, por exemplo, lê-se no art. 99, XI da Lei nº 3.674, de 07.01.1919 o que segue:

> "*Art. 99 - O Presidente da Republica é autorizado: (...)*
>
> *XI - A entrar em accôrdo com os actuaes contractantes das construcções de estradas de ferro, portos e obras publicas, com o intuito de reduzir os encargos do Thesouro, podendo prorogar o prazo para a conclusão das obras ou suspender as que possam ser adiadas, rescindir os contractos que já estejam em execução, ou deixar de celebrar aquelles que devidamente autorizados ainda se estejam processando, harmonizar clausulas contractuaes, sem que de nada disso advenha augmento de onus para o Thesouro, supprimir a construcção de linhas ou trechos de linhas e limitar, da melhor fórma, a responsabilidade do mesmo Thesouro no maximo de onus até agora decorrente dos depositos autorizados e effectuados em relação ás obras sujeitas a esse regimen, indemnizar os interessados dentro dos limites das leis em vigor e abrir os necessarios creditos.*
>
> *Paragrapho unico. Poderá igualmente, no accôrdo com os arrendatarios de estradas de ferro, e sempre sem augmento de onus actual para o Thesouro, e conservadas as vantagens actuaes das emprezas arrendatarias, autorizar, pela só modificação dos contractos, o respectivo prolongamento e*

[6] Giovana Mayer, Regulação portuária brasileira: uma reflexão sob a luz da análise econômica do Direito, Dissertação de Mestrado, Orient. Prof. Dr. Egon Bockmann Moreira, UFPR, 2009, p. 51, disponível no site: http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/1884/21807/1/Giovanna%20Mayer%20Dissertacao%20portos..pdf.

> *alterações no traçado das linhas. Tratando-se, porém, de companhias apenas arrendatarias, no accôrdo feito em taes condições será permittido alterar as actuaes taxas de arrendamento, desde que se estabeleça a obrigatoriedade da construcção dos prolongamentos;*"

À guisa de conclusão, pode-se afirmar que uma eventual transformação do regime dos portos que lhe retirasse do capítulo dos "bens públicos" para levá-lo ao capítulo dos "serviços públicos" teria de ser feito pela legislação vindoura. É o que se passa a ver a seguir, em virtude da abundante legislação sobre portos que foi editada durante o governo de Getúlio Vargas, que, por assim dizer, consolidou, sistematizou e atualizou essa matéria.

## 4. CONSOLIDAÇÃO DO DIREITO PORTUÁRIO

Depois da Revolução de 1930, procede-se a uma consolidação da legislação portuária. Como é natural de governos centralizadores, como foi o de Getúlio Vargas, a consolidação da legislação portuária também serviu para unificar a matéria em conceitos ou padrões básicos para todos os portos nacionais. Não por último, essa legislação também serviu para atualizar a matéria portuária em face da série de reformas político-econômicas que derivaram da Revolução e que visavam a uma "revolução industrial" no Brasil.

Nesse contexto é necessário investigar a eventual introdução de novos institutos jurídicos para além da concessão e do arrendamento de portos, e se houve uma reforma jurídica a ponto de afastar o aproveitamento dos portos do âmbito via uso dos bens públicos rumo à sua substituição, por exemplo, por um regime de prestação de serviços públicos à francesa (já então em plena voga inclusive no Brasil).

### 4.1. CONSTITUIÇÕES DE 1934 ATÉ 1969

#### 4.1.1. CONSTITUIÇÃO DE 1934

A Constituição democrático-social de 16 de julho de 1934, tipicamente interventora, fazia as seguintes (e variadas) referências à matéria de portos, inaugurando, por assim dizer, a verdadeira "constitucionalização" dos fundamentos da matéria sobre portos (sobretudo em face do tratamento apenas indireto e parcial da matéria na Constituição de 1891):

> "*Art. 5º - Compete privativamente à União: (...)*
>
> *VIII - explorar ou dar em concessão os serviços de telégrafos, radiocomunicação e navegação aérea, inclusive as instalações de pouso, bem como as vias-férreas que liguem diretamente portos marítimos a fronteiras nacionais, ou transponham os limites de um Estado; (...)*
>
> *XI - prover aos serviços da polícia marítima e portuária, sem prejuízo dos serviços policiais dos Estados; (...)*
>
> *XIX - legislar sobre: (...)*
>
> *e) regime de portos e navegação de cabotagem, assegurada a exclusividade desta, quanto a mercadorias, aos navios nacionais;*

> *§ 2º - Os Estados terão preferência para a concessão federal, nos seus territórios, de vias-férreas, de serviços portuários, de navegação aérea, de telégrafos e de outros de utilidade pública, e bem assim para a aquisição dos bens alienáveis da União. Para atender às suas necessidades administrativas, os Estados poderão manter serviços de radiocomunicação.*
>
> *(...)*
>
> *Art. 18 - É vedado à União decretar impostos que não sejam uniformes em todo o território nacional, ou que importem distinção em favor dos portos de uns contra os de outros Estados.*
>
> *(...)*
>
> *Art. 91 - Compete ao Senado Federal:*
>
> *1 - colaborar com a Câmara dos Deputados na elaboração de leis sobre: (...)*
>
> *h) regime de portos; navegação de cabotagem e nos rios e lagos do domínio da União;*
>
> *(...)*
>
> *Art. 132 - Os proprietários, armadores e comandantes de navios nacionais, bem como os tripulantes na proporção de dois terços pelo menos, devem ser brasileiros natos, reservando-se também a estes a praticagem das barras, portos, rios e lagos.*"

Antes de mais nada, convém notar que, nessa sistemática constitucional, a matéria "serviços públicos" é regulada no art. 5º, VIII (abrangendo telégrafos, radiocomunicação, navegação aérea e ferrovias).

Note-se especificamente que as ferrovias, antes submetidas a regime de concessão e arrendamento de uso de bem público (conforme se viu acima), passaram a ser submetidas, por força desse art. 5º, VIII, a um regime de "serviço público", ao lado dos serviços de telégrafos, radiocomunicação e navegação aérea.

Todavia, isso não ocorreu no específico caso dos portos. Ao contrário disso, os portos continuaram a ser considerados pela Constituição de 1934 apenas e tão-somente como um bem público (art. 5º, XIX, alínea "e": "*regime de portos*", ao lado da navegação de cabotagem, esta enquanto forma de uso de águas públicas).

Poder-se-ia afirmar que, no momento em que o art. 5º, § 2º falava no direito de preferência dos Estados "*para a concessão federal, nos seus territórios, de vias-férreas, de serviços portuários, de navegação aérea, de telégrafos e de outros de utilidade pública, e bem assim para a aquisição dos bens alienáveis da União*", esse dispositivo instituía (ou no mínimo pressupunha) a existência de algum regime de "serviços públicos" no âmbito dos portos, vez que ele textualmente aduzia a "serviços portuários".

Esse raciocínio, todavia, improcede, a começar porque mais adiante nesse mesmo dispositivo vem referido que tais atividades são espécies de "serviços

de utilidade pública". Ora, o serviço público (de origem francesa) não deve ser confundido com essa outra categoria de atividades que é o "*serviço de utilidade pública*", a qual provém do direito administrativo norte-americano ("*public utility*") e sequer pressupõe titularidade estatal para uma atividade administrativa.

Mais exatamente, se os "serviços portuários" da Constituição de 1934 eram serviços de "utilidade pública" (à norte-americana), não poderiam, ao mesmo tempo, constituir "serviço público" (à francesa). A respeito dessa necessária distinção, cabe a lição sempre atual de Pontes de Miranda (grifamos):

> "*Serviço público é o serviço próprio do Estado, o serviço que ao próprio Estado incumbe como Estado.* ***Aqui, há diferença, que é capital: a que extrema o serviço público, propriamente dito, que é o que cogitamos, e o serviço que, por sua extensão, pôsto que não seja público, mas, tão-só, prestado ao público, exige certa participação do prestígio do Estado, ou a coordenação de que é capaz o Estado, ou favores do Estado, para que se possa organizar****. A concessão de serviço público (no sentido próprio) pode implicar delegação de funções públicas, ou de atos do poder público. (...)* ***Quanto aos serviços de interêsse ou de utilidade para o público, serviços, por isso mesmo, de grande extensão, não são êles serviços públicos, serviços estatais, cuja concessão implique, necessàriamente, delegação de podêres públicos. Por vêzes, tal delegação existe, porém como conteúdo de favor do Estado, delegação, que não é de serviço público, porque ele de serviço público não se trata, e sim de direitos do Estado, em compensação do esfôrço do particular para instalar e explorar serviço ao público de tanta monta****. É um ponto, êsse, em que não é escusado insistir-se, tanto mais quanto o hábito do direito privado leva os juristas e os juízes, pouco afeitos ao trato do direito público administrativo, a confusões cheias de grandes danos para a doutrina jurídica e para as finanças públicas.*"[7]

4.1.2. DEMAIS CONSTITUIÇÕES REPUBLICANAS ATÉ 1988

As Constituições republicanas editadas a partir de 1937 e antes da atual Constituição de 1988 praticamente nada alteraram, desde um ponto de vista sistemático e teleológico, o regime dos portos existente no país, antes se limitando basicamente a repetir a estrutura da Constituição de 1934. Para ilustrar essas afirmativas, são transcritos a seguir os textos respectivos de cada Constituição:

a) CONSTITUIÇÃO DE 1937

"*Art. 15 - Compete privativamente à União: (...)*

[7] Pontes de Miranda, Comentários à Constituição de 1946, Tomo I, 3ª ed., Ed. Borsoi, Rio de Janeiro, 1960, p. 341.

*VII - explorar ou dar em concessão os serviços de telégrafos, radiocomunicação e navegação aérea, inclusive as instalações de pouso, bem como as vias férreas que liguem diretamente portos marítimos a fronteiras nacionais ou transponham os limites de um Estado;*

*VIII - criar e manter alfândegas e entrepostos e prover aos serviços da polícia marítima e portuária;*

*(...)*

*Art. 54 - Terá inicio no Conselho Federal a discussão e votação dos projetos de lei sobre: (...)*

*c) regime de portos e navegação de cabotagem.*"

b) CONSTITUIÇÃO DE 1946

"*Art. 5º - Compete à União: (...)*

*XII - explorar, diretamente ou mediante autorização ou concessão, os serviços de telégrafos, de radiocomunicação, de radiodifusão, de telefones interestaduais e internacionais, de navegação aérea e de vias férreas que liguem portos marítimos a fronteiras nacionais ou transponham os limites de um Estado;*

*XV - legislar sobre: (...)*

*i) regime dos portos e da navegação de cabotagem;*

*(...)*

*Art. 17 - A União é vedado decretar tributos que não sejam uniformes em todo o território nacional, ou que importem distinção ou preferência para este ou aquele porto, em detrimento de outro de qualquer Estado.*"

c) CONSTITUIÇÃO DE 1967

"*Art. 8º - Compete à União: (...)*

*XV - explorar, diretamente ou mediante autorização ou concessão:*

*a) os serviços de telecomunicações;*

*b) os serviços e instalações de energia elétrica de qualquer origem ou natureza;*

*c) a navegação aérea;*

*d) as vias de transporte entre portos marítimos e fronteiras nacionais ou que transponham os limites de um Estado, ou Território; (...)*

*XVII - legislar sobre: (...)*

*m) regime dos portos e da navegação de cabotagem, fluvial e lacustre;*"

d) CONSTITUIÇÃO DE 1969

"*Art. 8º Compete à União: (...)*

*XV - explorar, diretamente ou mediante autorização ou concessão:*

*a) os serviços de telecomunicações;*

*b) os serviços e instalações de energia elétrica de qualquer origem ou natureza;*

*c) a navegação aérea; e*

*d) as vias de transporte entre portos marítimos e fronteiras nacionais ou que transponham os limites de Estado ou Territórios; (...)*

*XVII - legislar sôbre: (...)*

*m) regime dos portos e da navegação de cabotagem, fluvial e lacustre;*"

Note-se, nos dispositivos das Constituições supra transcritas, que os serviços públicos que guardam relação direta com os portos são apenas aqueles de "*vias de transporte entre portos*" (Constituições de 1967 e 1969), isto é: os serviços de transportes aquáticos. Nas Constituições anteriores (1937 e 1946) nem mesmo tais serviços de navegação são arrolados como serviços públicos.

São eles, todavia, serviços de navegação feitos a partir dos portos, mas não são serviços dos portos. Na mesma analogia, uma estação rodoviária é o local de onde os serviços públicos de transporte por ônibus são prestados, mas a concessão para operação do bem público "estação rodoviária" jamais se confunde com a concessão para operar serviços públicos de transporte rodoviário via ônibus.

Assim, os portos restaram fora da sistemática de serviços públicos em todas as Constituições Federais recentes, sendo ainda de integral competência da União Federal legislar sobre o regime do bem público "porto". Em outras palavras, a infra-estrutura portuária e os serviços intra-portuários não configuravam serviço público federal.

Renove-se, por fim, aqui, o argumento segundo o qual a Constituição de 1934 teria previsto um regime de "serviço público", no momento em que no seu art. 5º, § 2º falava no direito de preferência dos Estados "*para a concessão federal, nos seus territórios, de vias-férreas, de serviços portuários, de navegação aérea, de telégrafos e de outros de utilidade pública, e bem assim para a aquisição dos bens alienáveis da União*". Ora, se assim o foi, então agora conviria notar que esse mesmo dispositivo não mais constou em nenhuma das Constituições posteriores.

Admitindo-se, portanto, apenas por amor ao debate jurídico, que, se em algum momento a Constituição de 1934 instituiu (ou no mínimo pressupôs) a existência de algum regime de "serviços públicos" no âmbito dos portos, então é forçoso concluir que as Constituições posteriores revogaram a incidência de

um tal regime de serviços públicos no momento em que não recepcionaram aquele dispositivo.

Nesse contexto merece transcrição o trecho sobre portos nos Comentários à Constituição de Pontes de Miranda, onde, ao analisar o art. 5º, XV, "i", da Constituição de 1946, a expressão "serviços" simplesmente não aparece (grifos no original):

> "*O regime dos portos compreende as **regras** sôbre polícia marítima e portuária, sôbre medidas de navegação, ancoragem, entra e saída, higiene, ordem e procedências, etc. Compete à União (hoje, ao Ministério da Viação e Obras Públicas, por intermédio do Departamento Nacional de Portos e Navegação) a exploração dos portos nacionais organizados, quer **diretamente**, quer a cargo de concessionários ou arrendatários, sob a sua fiscalização. Outrossim, tocam à União as obras de melhoramento dos portos, aparelhamento dêles e exploração comercial, bem como o julgamento da conveniência de concessões de terrenos de marinha ou acrescidos, levando em conta exigências presentes ou futuras das obras e do aparelhamento*."[8]

4.2. LEGISLAÇÃO ORDINÁRIA

4.2.1. DECRETOS FEDERAIS DO GOVERNO VARGAS

Durante o governo Getúlio Vargas, em especial no decorrer do ano de 1934, vários Decretos foram expedidos regulando o tema "portos". Para tanto interessa ver algumas normas de alguns desses Decretos.

4.2.1.1. DECRETO Nº 24.447/1934

Simultaneamente aos trabalhos constituintes (e já muito provavelmente levando em conta o texto constitucional que seria promulgado em 16 de julho de 1934), o governo Vargas editou o Decreto nº 24.447, de 22 de junho de 1934, que repartiu a competência dos Ministérios da Fazenda, da Marinha, da Viação e Obras Públicas, do Trabalho, da Justiça e da Saúde no âmbito dos portos.

Por fim, ele deu discricionariedade à Administração Pública no tocante à escolha do regime jurídico de prestação das atividades portuárias, na forma do seu art. 13 (o penúltimo artigo desse ato normativo): "*A utilização das instalações portuárias, pelo comércio e pela navegação, far-se-á pela forma e nas condições estabelecidas no decreto que fôr expedido*", e portanto mantendo a sistemática já vigente ao tempo da República Velha.

4.2.1.2. DECRETO Nº 24.508/1934

Depois sobreveio o Decreto nº 24.508, de 29 de junho de 1934. Este Decreto buscou revogar a antiga sistemática de regime de conveniência na prestação dos serviços portuários, que era garantida na legislação anterior por meio da cláusula "*segundo o regimen que mais convenha a cada porto*".

[8] Pontes de Miranda, Comentários à Constituição de 1946, Tomo I, 3ª ed., Ed. Borsoi, Rio de Janeiro, 1960, p. 472.

É que, segundo o Poder Executivo, essa liberdade acabou trazendo graves distorções no tocante às diferenças de preços e tarifas cobrados nos portos brasileiros. Tanto é assim que os consideranda do Decreto são os seguintes:

> "*Considerando a diversidade que se observa na especificação dos serviços, cuja prestação está a cargo das administrações dos portos nacionaes, organizados;*
>
> *Considerando que não ha uniformidade na denominação das taxas e na respectiva especie e incidencia, nem quanto á entidade responsavel pelo seu pagamento;*
>
> *Considerando a necessidade de bem definir os serviços a cargo das administrações dos portos organizados e as obrigações que a estas cabem quanto á realização dos alludidos serviços ;*
>
> *Considerando a conveniencia de facilitar ao commercio e á navegação, a previsão das despesas portuarias a que estão sujeitos, pela simplificação de seu calculo e determinação dos responsaveis pelo respectivo pagamento;*
>
> *Considerando que para isso é necessario dar uniformidade, em todos os portos organizados, ás taxas portuarias, quanto á respectiva especie, incidencia e denominação;*"

Sem prejuízo das distorções tarifárias, esse Decreto unificou o regime jurídico-portuário em praticamente toda a sua extensão. Nesse sentido, o Decreto introduz uma ampla série de definições e conceitos fundamentais do direito portuário, e que passam a valer em caráter nacional, tais como os de “porto organizado”, “administração do porto” e “instalações portuárias”. Unifica-se com isso não somente a terminologia, mas as próprias práticas nos portos nacionais.

Depois, o art. 1º, caput, dispunha como segue: "*Compete ao Ministerio da Viação e Obras Publicas por intermedio do Departamento Nacional de Portos e Navegação a exploração dos portos nacionaes organizados, que se realizará sob a direcção directa desse departamento, ou sob sua fiscalização, quando a cargo de concessionarios ou arrendatarios*".

É dizer, o regime de concessões e arrendamentos de portos, criado no período imperial para fins de se outorgar o uso e gozo de um porto pela iniciativa privada, se manteve intocado.

Assim, por exemplo, o art. 1º fala em "exploração dos portos nacionaes organizados"; o art. 1º, § 1º fala de "*todos os que se utilizarem das instalações portuárias*".

Já o art. 2º impõe expressamente que os serviços são atividades ancilares ou acessórias: "*Cabe ás administrações dos portos organizados assegurar ao commercio e á navegação o gozo de vantagens decorrentes do melhoramento e apparelhamento desses portos e, bem assim, prestar-lhes os serviços portuarios, ou accessorios, especificados e definidos neste decreto*".

E o art. 4º fala em "*utilização das installações portuarias pelos armadores e pelos donos das mercadorias*".

4.2.1.3. DECRETO Nº 24.511/1934

O Decreto nº 24.511, também datado de 29 de junho de 1934, instituiu um novo sistema para os serviços portuários, revogando expressamente o Decreto nº 4.279/21 e regulando em detalhes o embarque e desembarque tanto de passageiros quanto de mercadorias.

Assim, esse Decreto instituiu um conjunto de princípios-padrão de uso dos portos, que podem simbolicamente ser resumidos por via do texto do art. 1º, § 1º: "*Todos os que se utilizarem das instalações portuárias receberão da administração dos portos tratamento sem preferência, orientado pelo objetivo de conseguir das referidas instalações a máxima eficiência*".

Esse sistema de igualdade e máxima eficiência quanto ao uso do bem público "porto", e que deveria ser garantido ao usuário pelo explorador comercial do porto, vinha depois pormenorizado nos dispositivos seguintes do Decreto, inclusive com a regulamentação dos trabalhos portuários, por meio da estiva, do transporte e da capatazia.

É teoricamente possível que se afirme que, ao ser instituído um regime de "igualdade" e "máxima eficiência", esse Decreto introduziria princípios de "serviço público" às atividades portuárias.

Essa tese improcede, em primeiro lugar em face dos dispositivos a Constituição de 1934 (supra analisados), que não qualificaram os portos como "serviço público".

Em segundo lugar, porque esse regime de atividades parte de uma perspectiva do uso do porto e de suas instalações, e jamais se instaura como um sistema autônomo de "prestação de serviços portuários" (onde os bens porto e/ou instalações portuárias sejam um meio para execução desses serviços).

Assim, por exemplo, a terminologia do Decreto fala no seu art. 1º, caput, que a "*utilização das installações portuarias dos portos organizados, portos e installações definidos respectivamente, nos arts. 2º e 3º do decreto n. 24.447, de 22 de junho de 1934, far-se-á pela fórma e nas condições estabelecidas neste decreto*".

O art. 1º, § 1º, que institui um regime de igualdade e eficiência na prestação do serviços, diz que estes são prestados em relação a "*todos os que se utilizarem das installações portuarias*", ao passo que o art. 1º, § 2º diz que "*a utilização das installações portuarias será retribuida pelos que dellas se servirem*".

O art. 2º elenca as normas para a "*utilização das installações de acostagem e das destinadas ao embarque e desembarque de mercadorias nos portos organizados*".

Por fim, também o art. 10 regula as atividades portuárias desde uma perspectiva do uso de bem público, ao dispor que "*a utilização das installações portuarias para a atracação de embarcações e para a movimentação e guarda das mercadorias será feita sempre que a amplitude e a especie dessas*

*installações o permittirem, separando-se os serviços de cabotagem dos relativos á navegação internacional*".

Em terceiro lugar, porque em outros casos de uso de bens públicos por particulares também vigoravam sistemáticas semelhantes e que não provinham do "serviço público" à francesa, e sim do direito norte-americano das utilidades públicas ("*public utilities*").

Exemplo disso é o Código de Águas (que data do mesmo ano de 1934), que, ao regular o uso de potenciais hidráulicos para fins de produção de energia, introduziu no Brasil o conceito de "serviço adequado" (literalmente copiado do direito norte-americano). Assim, o art. 179 do Código de Águas dispunha que o princípio do serviço adequado envolvia: "*a) qualidade e quantidade do serviço*"; "*b) extensões*"; "*c) melhoramento e renovação das instalações*"; "*d) processos mais econômicos de operação*".

4.2.1.4. DECRETO Nº 24.599/1934

Deste último Decreto do ano de 1934, editado no dia 06 de julho, interessa ver inicialmente o que consta de seus consideranda. É que nestes vem expressamente afirmado que a "*concessão dos portos nacionais tem sido baseada na lei n. 1.746 de 13 de outubro de 1869 e no inciso 4º, do § único, da art. 7º da lei n. 8.314, de 16 de outubro de 1886*" (o que também confirma que esse duplo regime dizia respeito ao uso de bens públicos, e não a um novel regime de "serviço público").

E depois vem criticado em relação a esse regime originário do período imperial que "*a primeira dessas leis, referindo-se à construção de docas, não prevê a ampliação das instalações portuárias, depois da realização do projeto inicial e do encerramento da respectiva conta de capital*", além de que "*o dispositivo citado, da lei n. 3.314, restringe o prazo de amortização do capital aplicado na construção e no aparelhamento dos portos nacionais, dificultando o financiamento dêsses empreendimentos*".

A partir de tais fatos, o Decreto conclui seus consideranda afirmando que "*se evidencia a necessidade de se estabelecerem novas bases para a concessão dos portos nacionais*".

Nesse sentido, o art. 1º, caput, dispunha que "*fica autorizado o Govêrno Federal a contratar, com a observância das condições estabelecidas nêste decreto, o melhoramento e a exploração comercial dos portos nacionais, outorgando concessão, para êsse fim, aos Estados, em cujo território se encontrem aquêles portos, ou a entidades privadas, de reconhecida idoneidade técnica e capacidade financeira*", ao passo que seu parágrafo único dispunha que "*o prazo da concessão será fixado de acôrdo com as dificuldades de execução das obras de melhoramento do pôrto a conceder, mas em caso algum excederá de 70 anos*".

Já o art. 2º definia o conteúdo mínimo da concessão de portos:

> "*Art. 2º - A concessão dos portos nacionais deve abranger:*
>
> *a) quando necessárias, as obras destinadas a assegurar acesso fácil a êsses portos, bem como ancoradouro que ofereça às*

*embarcações que os devam frequentar conveniente abrigo e profundidade compatível com a respectivo porte;*

*b) as obras e o aparelhamento dos referidos portos necessários à acostagem das embarcações e à movimentação, guarda e conservação das mercadorias destinadas à navegação, ou que, para êsses portos, sejam, por esta, conduzidas;*

*c) a exploração comercial dêsses portos, que compreende a realização dos serviços portuários, a conservação dos canais de acesso e dos ancoradouros e, ainda, a conservação e renovação do aparelhamento dos mesmos portos.*

*§ 1º Desde que sejam abertas ao tráfego público as instalações realizadas pelo concessionário de um pôrto, cessarão os serviços portuários a cargo da alfândega, ou mesa de rendas, dêsse pôrto, que passarão a ser executados pelo referido concessionário, naquelas instalações.*

*§ 2º Não serão mais concedidas licenças para o estabelecimento de entrepôstos particulares e serão cassadas as que estejam em vigor, desde que as instalações portuárias, realizadas pelos concessionários de portos, sejam abertas ao tráfego público. Excetuam-se os entrepôstos destinados a inflamáveis e explosivos, os quais poderão permanecer em funcionamento até que os referidos concessionários disponham de instalações especiais para a guarda e conservação de mercadorias dessa natureza.*"

Note-se, portanto, que, nada obstante as alterações empreendidas por esse Decreto em vista da "*necessidade de se estabelecerem novas bases para a concessão dos portos nacionais*", essas "novas bases" jurídicas foram muito mais no sentido de aperfeiçoar a legislação imperial do que propriamente revogar o sistema anterior por meio da implantação de um outro e novo sistema (i.e., o regime de serviço público).

Em especial, quanto a isso, deve ser referido que os serviços portuários continuaram como atividade acessória do uso do porto (cf. art. 2º, "c", supra), é dizer: não houve qualquer autonomização dos serviços portuários rumo a um regime de "serviço público".

Aliás, repita-se uma vez mais: uma tal autonomização não poderia ser introduzida de modo válido, vez que a Constituição de 1934 manteve os portos fora do regime de serviço público.

De mais a mais, também a terminologia desse Decreto (à semelhança da do Decreto nº 24.408/34) define o regime de portos como um sistema de exploração de uso de bem público, assim, por exemplo, o art. 1º, caput, fala, por um lado, em "*melhoramento e a exploração comercial dos portos nacionais*"; e, por outro lado, o art. 2º, alínea "c" (supra transcrito) é claro ao colocar os serviços portuários como um dos tantos serviços a cargo dos concessionários, ao lado da "*conservação dos canais de acesso e dos*

*ancoradouros e, ainda, a conservação e renovação do aparelhamento dos mesmos portos*".

Sobre o conteúdo propriamente dito da concessão, o art. 21 acrescia que "*nos contratos de concessão, o Govêrno Federal estabelecerá além das condições especificas neste decreto todas as demais que julgue necessárias para assegurar sua perfeita execução*", sem mencionar, portanto, qualquer apoio obrigatório em um regime de serviço público.

Mais exatamente, portanto, o art. 21 do Decreto instituiu um conjunto obrigatório de normas-padrão para a concessão e deixou a parte residual ainda sob as vestes do antigo sistema da cláusula "*segundo o regimen que mais convenha a cada porto*" – agora sob a expressão "*todas as demais* [cláusulas] *que julgue necessárias para assegurar sua perfeita execução*".

Por fim, cabe transcrever, por sua suma importância, o art. 22 desse Decreto: "*O presente decreto entrará em vigor na data de sua publicação ficando revogada a lei n. 1.746, de 13 de outubro de 1869, bem como a disposição contida no inciso 4º, do art. 7º, da lei n. 3.314, de 16 de outubro de 1886*".

É dizer, a Lei nº 1.746 (rectius: o Decreto nº 1.746 de 1869) regulava a concessão de portos, e portanto há que se concluir inicialmente que a concessão restou vigente apenas e tão-somente com o conteúdo agora regulado no Decreto nº 24.599/34, ao passo que o arrendamento portuário foi integralmente revogado ("*a disposição contida no inciso 4º, do art. 7º, da lei n. 3.314, de 16 de outubro de 1886*"), uma vez que o Decreto nº 24.599/34 não trouxe dispositivos acerca desse instituto jurídico (com exceção dessa norma revogatória).

Não bastante, o art. 2º, § 2º também extingue a expedição de "*licenças para o estabelecimento de entrepostos particulares*" (com certeza o embrião dos futuros terminais de uso privativo), sendo ainda que "*serão cassadas as que estejam em vigor, desde que as instalações portuárias, realizadas pelos concessionários de portos, sejam abertas ao tráfego público*".

Conclui-se, com isso, que o único instituto que restou para, daí em diante, regular a outorga federal de uso privativo de portos em favor de terceiros foi a concessão de portos, enquanto espécie de concessão de uso privativo de bem público.

4.2.1.5. DECRETO-LEI Nº 6.460/1944

Neste percurso histórico cabe ainda citar a edição do Decreto-lei nº 6.460, de 02 de maio de 1944, que criou o conceito de "instalações portuárias rudimentares", as quais poderiam ser construídas por Estados e Municípios, mediante aprovação pela União Federal, em verdadeiro espírito de federalismo cooperativo.

Para tanto, o art. 1º, caput, dizia que "*as instalações portuárias das cidades e vilas do país, cujo valor não ultrapasse de Cr$ 1.000.000,00 (um milhão de cruzeiros), poderão ser construídas pelos municípios e pelos estados e a sua construção, conservação e exploração serão regidas por êste Decreto-lei. Os dispositivos do presente Decreto-lei se aplicarão também às instalações*

*portuárias de valor até Cr$ 1.000.000,00 que a União construir e entregar aos municípios para conservar e explorar*", ao passo que o caput do art. 2º dispunha que "*ainda que realizadas pelos estados ou municípios, as instalações portuárias referidas no art. 1º serão consideradas instalações federais*" (mantendo-se com isso o monopólio da titularidade federal sobre o domínio do bem).

Para formalizar essa outorga federal a Estados e Municípios, esse Decreto-lei introduziu a figura da "autorização portuária", no momento em que mencionou que nos casos enumerados nas alíneas do art. 8º, "*a autorização para a exploração de instalações portuárias previstas neste Decreto-lei será cassada pelo Ministro da Viação e Obras Públicas, sem que o estado ou município tenha direito a qualquer indenização*".

Tratava-se da autorização de uso privativo de bem público, i.e., um ato administrativo unilateral, discricionário e precário, o que se confirma em vista do que dispunha o art. 2º, § 1º: "*A União poderá, em qualquer tempo, encampar essas instalações para ampliá-las e sujeitá-las ao regime previsto no parágrafo único do art. 1º*", i.e., sujeitá-las ao regime contratual de concessão de porto do Decreto nº 24.599, de 6 de julho de 1934.

Depois, o Decreto-lei também possibilitava, em certos casos específicos, o trespasse dessas instalações portuárias rudimentares a terceiros privados. Assim, inicialmente o caput do art. 9º dizia que "*desde que as entidades referidas no art. 1º deste Decreto-lei se recusarem a assumir o encargo de conservar e explorar as instalações portuárias realizadas pela União, poderá ser êle outorgado pelo D.N.P.R.C, com os ônus e vantagens previstos neste Decreto-lei, à entidade privada idônea, escolhida em concorrência pública*".

E o parágrafo único desse mesmo artigo dispunha que "*fica também facultado aos estados e municípios transferir a entidades privadas e idôneas, nas condições dêste artigo a conservação e a exploração de instalações portuárias que houverem construído, nos têrmos do art. 1º*".

Por outro lado, é interessante notar, em termos de vocabulário jurídico, que esse Decreto-lei (muito embora trate de uma atividade portuária direta por parte das entidades federativas) mantém-se na idéia de que os portos servem para exploração de suas instalações, e não para a prestação de serviços públicos.

Assim, por exemplo, a expressão "*instalações portuárias*", a qual remete a uso de bens públicos, é utilizada por variadas vezes no seu texto (cf. v.g. art. 1º; art. 2º; art. 3º; art. 7º; art. 8º; art. 9º), sem prejuízo de que, em lugar da prestação de serviços públicos por meio dessas instalações, o que ocorre, na quase totalidade dos dispositivos desse Decreto-lei, é a "*exploração*" dessas instalações, é dizer: uma atividade que novamente se refere ao uso do bem público "porto" (cf. v.g. art. 1º; art. 2º, § 2º; art. 4º; art. 5º; art. 6º; art. 7º; art. 8º, passim; art. 9º e art. 10).

4.2.1.6. DECRETO-LEI Nº 8.439/1945

Também o Decreto-lei nº 8.439, de 24 de dezembro de 1945, que deu nova redação ao regime de serviços de armazenagem de mercadorias nos portos, nada fala sobre uma sistemática de um regime de serviços públicos no âmbito

dessas atividades, mantendo assim a coerência com a tradição do regime portuário baseado no uso de bem público.

Datando a primeira edição de 1942/1944, e sendo a 3ª edição de 1956, lê-se o seguinte no Tratado de Direito Administrativo de Themistocles Brandão Cavalcanti a respeito das concessões de uso privativo de bem público (grifamos):

> "*São de uso comum aquelas águas públicas que, pela sua natureza, devem se destinar ao uso de todos.*
>
> *Compreendem-se nesta categoria, não sòmente aquelas cuja utilização pelo público em geral, decorre das suas condições naturais, como ainda aquelas para êsse fim destinadas, por ato do poder público para atender a interêsse geral.*
>
> *Assim, são águas públicas de uso comum:*
>
> *a) os mares territoriais golfos, baías, enseadas,* ***portos*** *etc.;*
>
> *(...)*
>
> *Sendo inalienáveis e imprescritíveis os direitos sobre os bens públicos, de qualquer natureza, as* ***concessões dadas para exploração ou ocupação dêsses bens****, devem ter sempre o caráter precário, isto é, não podem importar na transferência dêsses bens para o domínio privado.*
>
> *(...)*
>
> *Como observa RIGAUD, (e entre nós cabe inteiramente a observação, como veremos) as condições em que são dadas essas concessões variam de acôrdo com a finalidade e a natureza dos bens objetos da concessão.*
>
> *(...)*
>
> *As concessões antigas ou modernas, para êsse fim, por mais amplos que sejam seus têrmos, nunca importam em transferência de propriedade, e são essencialmente revogáveis ou modificáveis, sem indenização.*
>
> *Isto, aliás, ocorre,* ***mesmo em relação às concessões maiores, como de docas e exploração de portos****, onde os concessionários têm apenas o usufruto dos terrenos* [Nota de rodapé nº 9: "*Constitui cláusula usual em tôdas as concessões. Ver: Legislação geral sôbre docas e portos marítimos.*"]*, visto como existe sempre a cláusula de reversão, com ou sem indenização, na qual, entretanto, não pode ser computado o valor de terreno. (...)*
>
> *As manifestações e as conseqüências de concessão do domínio público, consistem geralmente na posse total ou parcial do imóvel ou apenas na sua utilização, com ou sem exclusão dos direitos de terceiros.* ***Será a posse, por exemplo, nas concessões das***

> ***praias ou terrenos de marinha para construção de portos***, *embarcadouros, pontes etc.*
>
> *Será a utilização, sem exclusão dos direitos de terceiros quanto ao trânsito público, nas concessões da via pública para exploração de linhas de bonde*."[9]

Existe um detalhe interessante a ressaltar a respeito desse doutrinador, e que foi um dos eminentes administrativistas da metade do século passado, a saber: era um autor profundamente identificado com a escola francesa do serviço público. Mesmo assim, conforme se nota da transcrição supra, ele não se afasta, em relação aos portos e suas instalações, da tradição romano-luso-brasileira, é dizer: portos são bens de uso comum do povo, e seu uso privativo dá-se por meio de uma "concessão de domínio", é dizer: por meio de uma concessão de uso privativo de bem público (e não por meio de uma concessão para prestação de serviço público).

4.2.1.7. LEI Nº 3.421/1958

A Lei nº 3.421, de 10 de julho de 1958, criou o Fundo Portuário Nacional e a Taxa de Melhoramentos dos Portos. Merece aqui referência o modo como ela se refere às concessões e aos concessionários, mais exatamente: "*concessionários do melhoramento, aparelhamento e exploração comercial dos portos*" (art. 8º, caput); "*concessionários da exploração de portos*" (art. 13, "c"); ou ainda "*contratos de concessão de obras, melhoramento e aparelhamento dos portos nacionais, e exploração do respectivo tráfego*" (art. 26).

É dizer, resta mais uma vez firme nessa lei que as concessões de portos não incluem em seu regime jurídico "serviços públicos", incluem sim "exploração comercial" dos portos e suas instalações, ou seja: um regime jurídico de exploração de atividade econômica.

4.2.1.8. LEI Nº 4.213/1963

Mais adiante, a Lei nº 4.213, de 1963, que sobretudo reestruturou a autarquia reguladora de portos, transformando-o de Departamento Nacional de Portos, Rios e Canais para Departamento Nacional de Portos e Vias Navegáveis, refere-se às concessões e/ou arrendamentos com a seguinte terminologia: "*contratos de concessão e arrendamento de portos ou vias navegáveis*" (art. 6º, alínea "B", item 7), ou então "*concessões para exploração de portos e vias navegáveis*" (art. 6º, alínea "B", item 18).

Também esta lei não pressupõe, portanto, serviços públicos no âmbito das atividades portuárias, e tão-somente um regime de uso e gozo do bem público "porto" pelos concessionários e arrendatários.

4.3.1. LEGISLAÇÃO DO REGIME MILITAR DE 1964

Durante o período do regime militar de 1964, também uma série de normas foi editada no âmbito do regime portuário. Dentre elas serão aqui descritas apenas aquelas que guardam relação direta com o presente tema.

---

[9] Themistocles Brandão Cavalcanti. Tratado de direito administrativo, Volume III, 3ª ed., Freitas Bastos, Rio de janeiro/São Paulo, 1956, p. 202, 380 e 383.

4.3.1.1. DECRETO-LEI Nº 5/1966

O Decreto-lei nº 5, de 04 de abril de 1966, instituiu uma ampla série de "*normas para a recuperação econômica das atividades da Marinha-Mercante, dos Portos Nacionais e da Rêde Ferroviária Federal S.A.*".

4.3.1.1.1. REINTRODUÇÃO DO ARRENDAMENTO PORTUÁRIO

O seu art. 27 dispôs que "*poderão ser locados ou arrendados a seus usuários ou a outrem os terrenos, armazéns e outras instalações portuárias, tendo preferência na locação ou arrendamento a longo prazo, os que se dispuserem a investir para completar, expandir ou aparelhar as instalações, ressalvados os interêsses da segurança nacional*".

Esse dispositivo reinstitui, portanto, no âmbito do regime dos portos, o dantes revogado instituto do arrendamento portuário, retornando assim à tradição do regime imperial e do início da República, a saber: o arrendamento era o instituto de cessão onerosa de bens e instalações portuárias preexistentes (e via de regra bancadas originariamente pelo próprio Estado).

Pode restar aqui em aberto se o uso, lado a lado, das expressões "arrendamento" e "locação" pelo art. 27 do Decreto-lei nº 5/66 significava a possibilidade discricionária de escolha entre um duplo regime jurídico pela entidade titular dos bens e instalações portuárias, é dizer: a possibilidade de escolha por um regime de direito administrativo no caso do arrendamento portuário (mantendo-se assim a tradição anterior criada com a Lei nº 3.314, de 16 de outubro de 1886) ou por um regime de direito comum para o caso da locação (i.e., a lei de locações do direito privado).

De todo modo, é inegável que tanto o arrendamento quanto a locação são institutos jurídicos vinculados não ao capítulo dos "serviços públicos", e sim ao capítulo do uso de "bens públicos".

Uma inovação, por outro lado, veio na parte final desse mesmo art. 27, que criou um direito de preferência em favor daqueles interessados que se dispusessem não apenas a receber esses bens e instalações preexistentes, mas que pretendessem completá-las, expandi-las ou aparelhá-las, melhorando com isso a infra-estrutura portuária.

4.3.1.1.2. AUTORIZAÇÃO DE USO PRIVATIVO

Uma outra inovação desse Decreto-lei nº 5/66 veio pelo art. 26, ao dispor que "*é permitido a embarcadores ou a terceiros, satisfeitas as exigências da legislação em vigor, construir ou explorar instalações portuárias, a que se refere o Decreto-lei número 6.460, de 2 de maio de 1944, independentemente da movimentação anual de mercadorias, desde que a construção seja realizada sem ônus para o Poder Público ou prejuízo para a segurança nacional, a exploração se faça para uso próprio*".

Com expressa vinculação ao Decreto-lei nº 6.460/44, pode-se afirmar que a figura jurídica reguladora dessa exploração de terminal para uso próprio era a mesma prevista nesse Decreto anterior, ou seja, a autorização de uso de bem público.

Quando esse Decreto-lei mais tarde sofreu alterações parciais pelo Decreto-lei nº 83, de 1966, o qual instituiu "*normas para cobrança pelas Administrações de Portos de taxas portuárias incidentes sôbre mercadorias movimentadas em terminais ou embarcadouros de uso privativo e instalações rudimentares*", já se consolidava a terminologia até hoje utilizada para o fim de definir essa novel figura jurídica: "autorização de uso privativo" de terminais e embarcadouros.

De todo modo, também aqui o regime da autorização dava-se em função do uso que se fazia do bem, que inclusive excluía uma prestação de serviços a terceiros.

4.3.1.2. LEI Nº 6.222/1975

Mais adiante, o art. da Lei nº 4º, V da Lei nº 6.222, de 10.07.1975, lei que autorizou a criação da empresa pública PORTOBRÁS, também mencionará uma vez mais a figura da autorização: "*Para a realização de suas finalidades, compete à PORTOBRÁS ... fiscalizar a administração e exploração dos portos que se encontrem em regime de concessão ou autorização*" (mas curiosamente esse dispositivo nada mencionava sobre arrendamentos e locações portuárias).

Por fim, o art. 15 dessa mesma lei dispunha que "*as atuais concessionárias ou permissionárias de portos, qualquer que seja o regime de exploração, continuarão submetidas às normas legais específicas em vigor, com as modificações resultantes desta Lei*" (e novamente sem fazer qualquer alusão aos arrendamentos e locações portuárias).

É dizer, o art. 15 da lei mencionava agora "permissionárias", e ao mesmo tempo não fazia alusão aos autorizados (ou autorizatários), tudo indicando se tratar de erro técnico do legislador, uma vez que a figura da permissão inexistia no direito vigente até então - e tampouco pode ser concebida mesmo sob o próprio regime dessa mesma lei. Muito provavelmente se devesse efetivamente ler nesse art. 15 a expressão "*as atuais concessionárias ou autorizatárias de portos*".

4.4. CONCLUSÕES QUANTO AO REGIME DE PORTOS

Em face de tudo quanto exposto, cabe concluir, na esteira da consolidação do regime portuário ocorrida a partir da Constituição Federal de 1934 e acima de tudo operada pela sistemática edição de Decretos e Decretos-leis no período do governo Vargas, acrescida depois pela legislação editada pelos governos militares, que:

a) a natureza jurídica dos portos e de suas instalações sempre foi a de bens públicos federais; e

b) as figuras jurídicas previstas na legislação federal e que permitiam o uso privativo, por terceiros, dos portos e suas instalações sempre foram figuras advindas do âmbito do tema "bens públicos" (ou "domínio público"), jamais tendo havido nesse período qualquer figura jurídica proveniente do regime dos "serviços públicos";

c) nesse contexto, a exploração comercial dos portos incluía não apenas a prestação de serviços portuários (que constituía então uma atividade inerente - e ancilar ou acessória - ao próprio uso, pelos terceiros, do bem público "porto"

(tal como vigorou também para as ferrovias até a Constituição de 1934), mas também outros serviços, tais como a conservação dos canais de acesso e dos ancoradouros e a conservação e renovação do aparelhamento do porto (cf. v.g. art. 2º, "c", Decreto nº 24.599/34);

d) uma vez que as figuras jurídicas provinham do regime de uso dos bens públicos, descabe falar dos serviços portuários como serviços públicos por "delegação" mediante "concessões de serviços público", "permissões de serviço público", ou mesmo "autorizações para serviço público";

e) as figuras jurídicas de uso dos portos previstas na legislação federal desse período eram:

(i.) a concessão de obra e uso de bem, ou, simplesmente, concessão de uso de bem (Decreto nº 24.599/34);

(ii.) o arrendamento portuário (até o Decreto nº 24.599/34 e depois reintroduzido pelo Decreto-lei nº 3/66);

(iii.) a autorização de uso de instalações portuárias rudimentares por estados e municípios (Decreto-lei nº 6.460/44);

(iv.) a autorização de uso de terminal privativo (Decreto-lei nº 3/66); e

(v.) a locação portuária (Decreto-lei nº 3/66);

f) especificamente em relação a concessionários e arrendatários, o regime jurídico regedor dos serviços portuários é mencionado incidentalmente na legislação ordinária como o sendo o de exploração de atividades comerciais (v.g. "*concessionários do melhoramento, aparelhamento e exploração comercial dos portos*" - art. 8º, caput, Lei nº 3.421/58).

Em sua jurisprudência o Supremo Tribunal Federal corroborava esse entendimento conclusivo, ao denominar os contratantes privados de "*usuários de instalações portuárias*", ou seja, usuários de bens públicos - e não, por exemplo, de "delegados", ou de "prestadores de serviços públicos", ou de "concessionários de serviços portuários" (cf. v.g. AI-AgR 116.988, in DJU 09.09.1988, p. 22.546).

4.5. A ENCAMPAÇÃO DA CODEBA

Viu-se no exemplo supra que a Companhia Docas do Estado da Bahia era uma empresa privada, concessionária do uso e exploração do Porto de Salvador. Durante o regime militar de 1964, o governo federal decidiu por meio do Decreto nº 77.297, de 15 de março de 1976, que "*ficam encampados, na forma do art. 13, e seu parágrafo único, do Decreto nº 24.599, de 6 de julho de 1934, os bens, instalações e serviços vinculados ao Porto de Salvador, cuja exploração foi dada em concessão à Companhia Docas da Bahia, denominação atual da Companhia Concessionária das Docas do Porto da Bahia, sucessora da Companhia Internacional de Docas e Melhoramento no Brasil, nos termos do contrato lavrado de conformidade com o Decreto nº 14.417, de 16 de outubro de 1920, que reviu e consolidou todas as cláusulas de contratos anteriores, e modificações introduzidas por legislação posterior*".

A administração do porto de Salvador foi entregue provisoriamente à recém-criada PORTOBRÁS (cf. arts. 3º e 4º do Decreto). Em seguimento foi criada, para fins de exploração por tempo indeterminado, a Companhia das Docas do Estado da Bahia – CODEBA. A CODEBA foi oficialmente criada em 17 de fevereiro de 1997, em Salvador, BA, como uma empresa subsidiária da PORTOBRAS, na forma da Lei nº 6.222/75, e com participação acionária também do Estado da Bahia. Em relação ao seu Estatuto aprovado nessa data, cabe transcrever os seguintes dispositivos:

> "*Art. 1º - A COMPANHIA DAS DOCAS DO ESTADO DA BAHIA, que utilizará a abreviatura CODEBA, é uma sociedade por ações, de economia mista, de capital autorizado, controlada pela Empresa de Portos do Brasil S.A. – PORTOBRÁS, constituída os termos da Lei nº 6.222, de 10 de julho de 1975, a qual reger-se-á pelas disposições dessa lei, pela legislação relativa às sociedades por ações, no que lhe for aplicável, e pelo presente Estatuto. (...)*
>
> *Art. 3º - É indeterminado o prazo de duração da companhia.*
>
> *Art. 4º - A Sociedade tem por finalidade a administração e a exploração dos portos de Salvador, Malhado e Aratu, bem como a construção, administração e exploração de novas instalações portuárias no Estado da Bahia; em harmonia com os planos e programas da PORTOBRÁS, além de outras atividades correlatas. (...)*
>
> *Art. 5º, Parágrafo Único – As atividades da Companhia serão exercidas sempre em harmonia com as normas de competência da PORTOBRÁS, Ministérios e órgãos de Administração Federal, responsáveis pelas atividades ligadas a portos e vias navegáveis.*
>
> *Art. 14 – As transferências de ações ou subscrição de aumento de capital pelas pessoas físicas ou jurídicas de direito público interno, bem como da Administração Indireta da União, dos Estados, Distrito Federal e Municípios não poderão importar em reduzir a menos de 51% (cinquenta e um por cento) as ações com direito a voto de propriedade da PORTOBRÁS, e a participação desta no capital social da Companhia. (...)*
>
> *Art. 16 – Os recursos financeiros da CODEBA serão constituídos de: (...) II – transferência de recursos consignados no orçamento da PORTOBRÁS;*"

Por fim, a Lei nº 6.441, de 1º de setembro de 1977, regulou o devido "*pagamento da indenização à Companhia Docas da Bahia, correspondente a remuneração do capital reconhecido até a data da encampação, e dos bens, instalações e serviços afetados ao acervo patrimonial do Porto de Salvador, Estado da Bahia, encampado através do Decreto número 77.297, de 15 de março de 1976*".

O caso da estatização da Companhia Docas da Bahia não foi caso isolado. Trata-se de uma política geral de estatização dos portos nacionais, subordinada evidentemente ao tão caro conceito de "segurança nacional", que

foi o carro-chefe do regime militar de 1964, e que foi empreendida também em outros âmbitos, tais como o de energia elétrica ou de telefonia (sem prejuízo, na mesma linha, de manutenção de um regime de monopólio estatal no caso do petróleo e derivados).

## 5. O ATUAL REGIME PORTUÁRIO

### 5.1. CONSTITUIÇÃO DE 1988

Relativamente aos portos e temas afins, a Constituição de 1988 dispõe como segue essas matérias:

> "*Art. 21. Compete à União: (...)*
>
> *XII – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: (...)*
>
> *d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território; (...)*
>
> *f) os portos marítimos, fluviais e lacustres; (...)*
>
> *XXI - estabelecer princípios e diretrizes para o sistema nacional de viação;*
>
> *XXII – executar os serviços de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras;*"
>
> (...)
>
> "*Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: (...)*
>
> *IX – diretrizes da política nacional de transportes;*
>
> *X – regime dos portos, navegação lacustre, fluvial, marítima, aérea e aeroespacial;*
>
> *XI – trânsito e transporte;*"
>
> (...)
>
> "*Art. 144, § 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a: (...)*
>
> *III – exercer as funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras;*"
>
> (...)
>
> "*Art. 178. A lei disporá sobre a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre, devendo, quanto à ordenação do transporte internacional, observar os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade.*
>
> *Parágrafo único. Na ordenação do transporte aquático, a lei estabelecerá as condições em que o transporte de mercadorias*

> *na cabotagem e a navegação interior poderão ser feitos por embarcações estrangeiras.*"

5.1.1. NATUREZA JURÍDICA DOS PORTOS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Como se nota das transcrições supra, a Constituição de 1988 referiu expressamente os "portos" em apenas dois de seus dispositivos: art. 21, XII, "f" e art. 22, X.

Em nosso ver, a informação normativa fundamental foi dada no primeiro deles, uma vez que na dicção constitucional do art. 21, XII, "f" o *objeto* e a *extensão possível* da competência em favor da União Federal (e que determina por sua vez o objeto possível de uma eventual outorga desse objeto a terceiros) é a *exploração do porto*, marítimo, fluvial ou lacustre.

Somente depois disso é que se pode pensar em uma legislação da União que vá (em toda a sua extensão) estabelecer um regime jurídico para essa exploração do porto, ficando excluída qualquer atividade legislativa estadual ou municipal no que diz respeito a esse regime (cf. art. 22, X).

Para a plena intelecção desse objeto, cumpre saber inicialmente o que se há de entender por porto e como se o explora. Isso já foi explicado coerente e adequadamente pela doutrina:

> "*Os portos são a infra-estrutura necessária ao transporte aquaviário de bens e pessoas. Ainda que o embarque e desembarque de coisas e de passageiros possa ser feito por diferentes vias, somente por meio de portos é que se promove atuação economicamente organizada neste setor.*
>
> *O porto se identifica com um local situado às margens de uma corrente marinha, fluvial ou lacustre. Pressupõe a existência de condições (naturais ou artificiais) para a atracação de embarcações, tal como de equipamentos e pessoal apto a produzir, de modo o mais eficiente possível, o embarque e desembarque de passageiros e mercadorias.* (...)
>
> *No caso específico, a Constituição se valeu da expressão 'portos' sem fazer referência a alguma atividade. Seria incorreto presumir um erro gramatical do constituinte e interpretar o art. 21, inc. XII, alínea 'f', tal como se ali estivesse escrito 'serviços portuários'. Um porto é uma instituição econômica e jurídica muito mais ampla e complexa do que os serviços portuários nele desenvolvidos.*
>
> *A exploração de um porto envolve um conjunto de atribuições, competências, poderes, encargos de diversa natureza, com extensão e objeto muito peculiares. (...)*
>
> *Mas, além do porto, existem os serviços portuários (em sentido amplo). O desempenho desses serviços pressupõe atividades de distinta natureza. Sob o prisma econômico não seria incorreto afirmar que o porto é uma unidade complexa, que envolve a organização de fatores de produção e o exercício de poderes regulatórios de diversa natureza.*

> *A existência de um porto depende de um conjunto de bens que compõem uma infra-estrutura indispensável. Assim, podem ser referidos o canal de acesso, o cais e as áreas anexas. São necessárias, ainda, áreas de estocagem de produtos. Mas também há equipamentos para carga e descarga de produtos e de pessoas e de transporte de mercadorias (ao interno do porto). Além disso, existem atividades de diferente natureza e regime jurídico, relacionadas à mão-de-obra indispensável à operação do porto.*
>
> *Em outras palavras, a Constituição estabeleceu que a criação de portos, a implantação de equipamentos portuários, o desempenho de serviços públicos e privados e toda e qualquer atuação relacionada à figura do porto, ainda que indiretamente, inclui-se na competência federal.*"[10]

Em síntese: a exploração de um porto é uma *atividade reservada*, pela Constituição de 1988, à União Federal, uma vez que esta é a titular para o bem público "porto" no seu todo, sendo aquela uma atividade que deriva do maior ou menor uso que se fizer desse bem (expressão-chave para interpretação: "quem pode o mais, pode o menos" – argumento ad maiorem ad minus). Essa exploração poderá depois ser outorgada a privados por meio de certos títulos, quais sejam, a concessão, a permissão ou a autorização.

Desde uma perspectiva histórico-constitucional, a Constituição de 1988 não inovou revolucionariamente que diz respeito à natureza jurídica dos portos se comparada às Constituições anteriores. Pelo contrário, ela reforçou aquilo que as anteriores Constituições já previam, é dizer: a exploração do bem público "porto", em toda a sua extensão, é de atribuição federal, e o mesmo se diz em relação à legislação regedora dessa matéria.

5.1.2. REGIME DE EXPLORAÇÃO DOS PORTOS

Do mesmo modo que as Constituições anteriores, a Constituição de 1988 também não define expressamente um regime específico para a exploração dos serviços portuários. O texto constitucional, em seu art. 22, X, apenas refere que a União legisla sobre o "*regime dos portos, navegação lacustre, fluvial, marítima*", não havendo nesse dispositivo quaisquer limitações e/ou restrições de caráter material que dirijam a atividade do legislador ordinário federal seja ao direito administrativo seja ao direito privado.

Se se aceitar, portanto, que há limites constitucionais materiais para a definição legislativo-ordinária do regime jurídico dos portos, então esses limites devem ser obtidos em outros dispositivos constitucionais, pela via da interpretação sistemática, em especial, talvez, pela aplicação de princípios de status constitucional.

[10] Marçal Justen Filho, "O regime jurídico dos operadores de terminais portuários no Direito brasileiro", in Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Volume 16, 2006, p. 82 e segs.

Nesse contexto, é válido afirmar de início que a Constituição de 1988 permite ao legislador ordinário (à semelhança dos modelos constitucionais anteriores) uma ampla margem de livre apreciação para decidir entre uma maior (ou mesmo plena) incidência de um regime de direito administrativo, ou sobre uma maior incidência do direito privado no regime de uso do bem público "porto".

Vigora por assim dizer, em nossa opinião, um "sistema de pêndulo legislativo" entre o direito púbico e o direito privado que somente pode ser posto em xeque por meio do desvio de finalidade do legislador (no limite: por meio da irrazoabilidade e/ou desproporcionalidade).

Ao mesmo tempo, como essa legislação ordinária deriva diretamente do art. 22, X da Constituição, trata-se de uma legislação de caráter federal relativa ao regime de uso e exploração do bem público porto.

Essa legislação jamais se confunde, portanto, com a legislação de caráter nacional editada pela mesma União Federal (e com isso válida para todos os entes federativos), a respeito de serviços públicos, por força do exigido no parágrafo único do art. 175 da Constituição.

É certo que, nesse contexto, a legislação portuária federal pode dispor que normas da legislação nacional sobre serviços públicos poderiam ser aplicáveis no âmbito dos portos. Mas o inverso (por causa do caráter de legislação nacional acerca de serviços públicos) não pode ser disposto.

Logo, fica excluída a aplicação direta de uma legislação baseada no art. 175 da Constituição de 1988 e que se dirija à matéria portuária. Isso configuraria a aplicação de uma lei nacional a uma matéria que a Constituição reclama (apenas e tão-somente) lei federal.

5.1.3. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA COM OUTRAS ATIVIDADES

O regime de portos, previsto constitucionalmente como uso de bens públicos (e não como serviço público), não se constitui em caso específico ou mesmo caso de exceção no âmbito da Constituição de 1988.

Pelo contrário, uma série de outros objetos atribuídos à União Federal e que também pressupõem no seu âmbito exercício e/ou exploração de atividades econômicas encontra-se regrada sob essa mesma base dogmático-jurídica, qual seja, a de que essa exploração econômica ocorre a título de "uso de bem público".

Não por acaso, todas essas atividades foram incluídas e regradas em nível constitucional em um mesmo momento histórico-político: na Constituição de 1934 (art. 5º, XIX, "e" c/c art. 91, alínea 1, "h" c/c art. 118) – e de lá para cá todas as Constituições posteriores sempre mantiveram essa mesma unidade de regime jurídico para todas essas atividades.

Em todos os casos são atividades relativas à exploração de bens públicos que, igual ao caso dos portos, também pressupõem outorga federal de concessão ou autorização de uso para seu prévio exercício por privados, não pressupondo, portanto, (i.) nem delegação estatal para a realização dessas atividades de exploração de bens; (ii.) nem concessão, permissão ou autorização de "serviço público"; e (iii.) nem obrigatoriamente submissão a um

regime de "serviço público" no exercício da atividade, com a respectiva e necessária incidência das "leis do serviço público" (i.e., as "leis de Rolland" plus o princípio norte-americano do "serviço adequado").

Em comum, esses bens pressupõem um regime de "propriedade destacada". Resta ver aqui resumidamente essas atividades, a fim de que não se afirme depois que soa estranho ou mesmo absurdo afirmar que a atividade portuária não constitui serviço público no regime da Constituição de 1988 (e menos ainda, como já se viu, constituiu antes).

5.1.4. O REGIME DE PROPRIEDADE DESTACADA

O regime de "propriedade destacada" teve seu início quando o regime de propriedade sobre certos bens sitos no solo e no subsolo da terra não mais se confunde com o direito de propriedade do próprio solo e/ou subsolo.

Trata-se de um princípio já existente no direito romano, datando da época do Império: minas e jazidas minerais não pertenciam ao proprietário da terra, e sim ao Estado romano (na pessoa de seu Imperador) - expressões-chave: "regalia" ou "direitos reais" do Imperador.

As Ordenações Portuguesas (e que vigoravam no Brasil Colônia) recepcionaram esse modelo do direito romano imperial, e consagravam como "direito real" da Coroa Portuguesa a propriedade sobre "*veeiros e minas de ouro ou prata ou qualquer outro metal*" (cf. Livro II, Título XXXVI).

No Brasil Império, a Constituição de 1824 consagrou um direito de propriedade "pleno", e com isso afirmou-se doutrinariamente num primeiro momento que o regime de propriedade destacada das Ordenações não havia sido recepcionado pela Constituição, e que portanto a propriedade das minas e riquezas minerais pertencia ao proprietário do solo. Mas em 22.10.1866 foi baixado pelo Poder Executivo imperial o Aviso nº 461, por meio do qual foi declarado como ainda vigente o vetusto princípio colonial da propriedade destacada.

O art. 73, §§ 16 e 17 da Constituição republicana de 1891 por sua vez reconheceu expressamente a propriedade de minas e riquezas minerais ao proprietário do solo. Assim, no início da República havia duas possibilidades: (i.) as minas e riquezas estavam em terras públicas, e com isso eram de propriedade do Estado (por exemplo: minas situadas em terras devolutas); ou (ii.) as minas e riquezas estavam em terras particulares, e pertenciam ao particular proprietário da terra.

Desde a Constituição de 1934 foi (re)instituído, todavia, por força do art. 118, o regime romano/colonial de "propriedade destacada" em relação (i.) aos recursos minerais (águas minerais, inclusive) e (ii.) aos potenciais de energia hidráulica, o qual se mantém constitucionalmente até hoje.

5.1.5. REGIME DE PROPRIEDADE DESTACADA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

O regime de propriedade destacada constante na Constituição de 1988 abrange: (i.) recursos minerais (art. 176); (ii.) aproveitamento de potenciais hidráulicos para fins de energia (art. 176); e (iii.) as cavidades naturais

subterrâneas (grutas, cavernas etc), que são objeto de proteção específica seja em função de seu potencial valor científico e paisagístico (estalactites, estalagmites etc), e (iv.) os sítios arqueológicos e pré-históricos (p.ex. fósseis, sambaquis etc), em função de constituírem patrimônio tanto de valor histórico-cultural quanto histórico-científico (art. 20, X c/c art. 216, V)[11].

De comum com os portos, em todos esses casos os privados somente podem explorar esses bens (seja para fins econômicos, seja para quaisquer outros fins, v.g. de investigação científica) quando o Poder Público federal previamente emite uma concessão de uso (privativo) de bem público (por exemplo, para exploração de jazida de minérios ou de pedras preciosas, ou para lavra de água mineral) ou uma autorização de uso (privativo) de bem público (por exemplo, para pesquisa sobre fósseis).

Em nenhum desses casos de propriedade destacada incide um específico regime de "serviço público" - o que incide sempre é o regime legal específico que a União Federal dá para o uso privativo de bens públicos.

Assim, por exemplo, o art. 43 e seguintes da Lei nº 9.478/97 regula em detalhes o contrato de concessão de uso privativo no caso da exploração do petróleo, do gás natural e de outros hidrocarbonetos.

Já o art. 8º, V dessa mesma lei prevê genericamente que a Agência Nacional de Petróleo tem competência para "*autorizar a prática das atividades de refinação, liquefação, regaseificação, carregamento, processamento, tratamento, transporte, estocagem e acondicionamento*" – trata-se aqui da figura da "autorização para uso de bem público", a qual também permite nesses casos formas específicas de uso e exploração do petróleo, do gás natural e de outros hidrocarbonetos.

Na mesma linha, o Decreto-lei nº 227, de 1967, institui o Código de Mineração (recepcionado pelo art. 176 da Constituição de 1988), e no seu art. 2º estão previstas a "concessão", a "permissão" e a "autorização" para fins de pesquisa e de lavra de minérios, todas elas também constituindo diferentes espécies de títulos jurídicos para uso privativo de bem público (i.e., os minérios e riquezas minerais, na superfície do solo ou no subsolo).

O mesmo vale, mutatis mutandis, para os portos, é dizer: também aqui neste caso vigora um regime jurídico que parte do uso privativo do bem porto para sua exploração por privados.

5.1.6. OPINIÃO (EQUIVOCADA) DE PARTE DA DOUTRINA

Nada obstante a literalidade do texto constitucional vigente, que, a partir de uma perspectiva histórico-constitucional, basicamente mantém a mesma sistemática para o regime dos portos que as Constituições anteriores já faziam, uma parte da doutrina brasileira sustenta o entendimento segundo o qual as atividades portuárias constituem "serviço público" (ao mesmo tempo em que

[11] Sobre o tema cf. STF, RE 140.254, in Informativo STF n° 74; ADIn nº 2.586/DF, in DJU 01.08.2003, p. 101; RE 315.135, in DJU 07.06.02, p. 103; STJ, REsp 20.762; REsp 518.744; REsp 1.025.358, in Notícias STJ, 31.05.2010.

não reconhecem que os serviços, no caso do portos, nada mais são do que atividade inerente ao uso e/ou utilização do "bem público" porto).

Assim, por exemplo, Floriano de Azevedo Marques Neto e Fábio Barbalho Leite afirmam que "*a exploração dos portos é, assim, serviço público, ainda que existam posições isoladas que afirmam o contrário*" ("Peculiaridades do contrato de arrendamento portuário", in RDA 231, 2003, p. 273).

Alice Gonzalez Borges afirma em parecer que "*os serviços públicos, inclusive os portuários em geral, de competência constitucional perfeitamente delineada*", são de titularidade da União Federal, e que somente a prestação dessas atividades (jamais essa titularidade federal) pode ser delegada a terceiros ("Instalações portuárias – Contrato de arrendamento", in RDA 210, 1997, p. 339).

Não por último, relembre-se a citação de Caio Tácito, feita logo no início do presente texto, segundo a qual o tema portos "*nasce e se mantém uma relação publicística, imbricada na concessão de serviço público, que tem como sua origem a legislação monárquica de 1869 e se prolonga até o Estatuto de 1993*".

Ora, tomando-se como ponto crucial de crítica esta última interpretação histórica dada pelo renomado jurista Caio Tácito, ela não se deixa confirmar exatamente a partir de uma análise mais acurada da evolução do regime jurídico dos portos brasileiros (conforme já se fez acima). Aliás, é exatamente a investigação histórica que demonstra o quão equivocado é se afirmar que o regime jurídico incidente sobre os portos é o de "serviço público"!

Para além disso, afirmar que portos constituem "serviço público" conduz a resultados dogmático-jurídicos equivocados e, por isso, embaraçosos desde um ponto de vista da práxis, uma vez que, sendo serviços públicos, haveria necessariamente a submissão (em maior ou menor grau, não importa) das atividades portuárias a um regime jurídico de serviço público - ao passo que a Constituição de 1988 (tal qual as anteriores) concede à União Federal como que plena liberdade de conformação material para escolher qual será o regime de exploração dessas atividades, não sendo necessariamente um regime de serviço público.

Pode, por exemplo, ser efetivamente um regime de direito público, mas não necessariamente esse regime específico de serviço público (por exemplo: concessão de uso de bem público e concessão de serviço público são institutos distintos e com fundamentos distintos), ao passo que também existe a possibilidade de atração (maior ou menor) de normas de direito privado na definição específica desse regime.

Tampouco afirmativas segundo as quais a ("antiga") "concessão de obra pública" foi absorvida pela "concessão de obra e serviço público" (art. 2º, III, Lei nº 8.987/95), e, por esse motivo, as concessões de portos se transformaram, sob o regime da Constituição de 1988, em "concessão de obra e serviço público", também não fazem sentido.

Uma coisa é a concessão de serviço público precedida de obra, outra coisa é a concessão de obra da qual se explore depois serviços derivados e/ou inerentes a essa obra. A diferença entre ambas é bastante simples, e se explica inclusive

pela via da analogia com a exploração das jazidas de minérios ou do potencial hidráulico para fins de energia: a necessidade da realização de obras para explorar uma mina ou jazida, ou para a produção de energia hidrelétrica não transforma essas atividades em serviço público, e mesmo assim, em tais casos, trata-se de concessão de concessão precedida de obra que não pressupõe realização de serviço público.

É dizer: uma concessão de serviço precedida de obra (prevista no art. 2º, III, Lei nº 8.987/95) só aplicável quando, a priori (i.e., pela via da correta interpretação constitucional), a atividade é definida seguramente como serviço público – e esse não é o caso dos portos, e nem o caso da mineração, e nem o do aproveitamento de potenciais hidráulicos para fins de energia.

5.1.7. OPINIÃO (NÃO EQUIVOCADA) DE PARTE DA DOUTRINA

Cabe referir inicialmente que, sob um regime de serviços públicos, é uma atividade in concreto, portanto materialmente considerada, o núcleo desse conceito. É dizer, o Estado ou um seu delegado (critério orgânico e/ou subjetivo) presta e/ou põe à disposição de um usuário uma dada atividade in concreto que é de interesse da coletividade (critério material e/ou objetivo), sob um regime jurídico típico e específico (total ou parcialmente) de direito público, baseado no "serviço adequado" (critério formal).

Desde um ponto de vista desse usuário, esse serviço é um benefício material ou uma prestação, que lhe amplia e/ou melhora as condições de uso e gozo de seus direitos fundamentais. Assim, por exemplo, o transporte coletivo amplia as condições do direito de ir e vir, as telecomunicações ampliam o número de meios pelos quais se pode exercer a liberdade de comunicação, a educação amplia a liberdade de expressão, a saúde amplia a integridade física e psíquica dos indivíduos, eletricidade e águas e esgotos melhoram as condições materiais de via, e assim por diante.

Nesse contexto, o conjunto de bens usados para a prestação desses serviços nada mais é do que um conjunto de meios para que os serviços sejam prestados. Dito de outro modo, os bens afetados ao serviço são instrumentos para se realizar a sua adequada prestação.

Portanto, no regime dos "serviços públicos" (basta para tanto uma leitura atenta do art. 175 da Constituição de 1988) são as atividades in concreto (v.g. telecomunicações, energia elétrica, radiodifusão, águas e esgotos etc) que determinam o regime jurídico que será atribuído aos bens que servem de suporte material para a prestação desses "serviços públicos".

A *contrario sensu*, no regime jurídico dos "bens públicos" (como no caso concreto: o bem porto), seu uso e as atividades inerentes a esse uso derivam das normas que regem o bem público "porto". Aqui o serviço acompanha o regime do bem, ao passo que no serviço público o bem acompanha o regime do serviço – e portanto uma coisa e outra não se confundem, e por isso não podem ser fundidas ou confundidas.

Surge a partir disso também uma diferença de regimes jurídicos: (i.) uma coisa é regrar o uso de um bem público e, a partir desse uso, definir quais atividades ou serviços podem ser praticadas no âmbito desse uso, definindo-se um

regime jurídico específico para tanto; (ii.) outra coisa é regrar uma atividade tipificada como serviço público e, por esse motivo, afetar ao regime jurídico dessa atividade de serviço público os bens utilizados na prestação dessas atividades.

No momento, portanto, em que a Constituição de 1988, seguindo a tradição constitucional fundada desde a Constituição de 1934, atribui à União o regramento do regime do bem "porto", ela está qualificando esse regime como um regime de uso do bem público "porto". A *contrario sensu* isso significa dizer também que a Constituição não pretendeu dar prioridade às atividades portuárias (na qualidade de serviços públicos), submetendo então o bem "portos" a um regime de "serviço público".

Não por acaso, conforme já se viu acima, quando a Constituição pretende tornar alguma atividade um "serviço público", ela menciona expressamente a expressão "serviço" (v.g. art. 21, X; art. 21, XI; art. 21, XII, "a", "b", "d" e "e"). Em tais casos a atividade in concreto (serviço postal, serviço de telecomunicações, serviço de radiodifusão sonora etc) submete os bens nela utilizados a um regime de serviço.

Já nos casos onde a Constituição não pretendeu isso, então é o regime de uso do bem que qualifica e "contamina" as atividades inerentes e/ou derivadas do uso desse bem, cabendo à União Federal definir in concreto, via legislação, qual regime ou quais regimes jurídicos serão aplicados ao uso de seus bens, portos inclusive (art. 21, XII, "f" c/c art. 22, X).

Aliás, como se constata pela leitura do art. 21, inc. XII, "f" – dispositivo sem similar na Constituição de 1967/69 e nas Constituições anteriores, frise-se - houve uma *reserva constitucional da atividade de portos para a União Federal*, que, nessa condição, é também a titular do uso desse bem (incluindo a respectiva infra-estrutura, ou instalações).

Com isso sua competência se “fortifica”, passando a ser não apenas normativa (art. 22, X, Constituição de 1988), mas também *material,* i.e., de execução e uso. Destarte, não lhe é mais necessário, como antes, elencar e selecionar determinadas iniciativas no âmbito dos portos, por lei ordinária. É que a União Federal já está constitucionalmente legitimada a agir, direta ou indiretamente, em abstrato, no setor de portos.

A situação desta área da ação econômica, sob a perspectiva da ação federal (realizada de forma direta ou por outorga a terceiros), é em tudo e por tudo semelhante ao que se passa, por exemplo, no setor elétrico.

Por tudo o que foi exposto acima, cabe concordar com Cléverson Merlin Clève, no momento em que afirma o que segue (grifo no original):

> "*... mister se faz não somente erigir, desde logo, premissa essencial referente à impossibilidade de adoção de interpretação literal do disposto no artigo 21 da Constituição Federal, mas também não olvidar que esse dispositivo não tem o objetivo de tratar genericamente do serviço público, mas sim de realizar* ***distribuição de competência entre os entes federados****, como*

> *aliás, obtemperou o Ministro Nelson Jobim no julgamento do Recurso Extraordinário de autos nº 220.999-7.*
>
> *Em decorrência dessas duas premissas, já se poderia concluir que o art. 21, incisos XI e XII, não contempla apenas serviços públicos, isto é, as atividades nele mencionadas não são todas redutíveis a essa condição.*
>
> *(...)*
>
> *Em última análise, as hipóteses contidas nos incisos X, XI e XII, do art. 21, da Constituição, podem conduzir à emergência tanto de serviço público, quanto de atividade econômica stricto sensu.*"[12]

No mesmo sentido também merece atenção a seguinte opinião de Marçal Justen Filho, quando afirma que:

> "*O entendimento mais clássico reputava que o art. 21, XII, da Constituição submetia as atividades ali referidas a um obrigatório e inafastável regime de serviço público. Parcela relevante dos doutrinadores reputava que todas as atividades referidas nas diversas alíneas do inc. XII do art. 21 da CF/88 eram constitucionalmente reservadas ao Estado, ao qual caberia promover a sua exploração – seja em nome próprio, seja por meio de concessão ou permissão. Em qualquer hipótese, a Constituição imporia a sua exploração sob regime de serviço público.*
>
> *Essa posição ainda é professada por autores de mais elevada reputação, tal como Celso Antônio Bandeira de Mello e Maria Sylvia Zanella di Pietro.*
>
> *É imperioso ressaltar que este próprio autor já foi defensor dessa orientação. No entanto, essa posição tornou-se minoritária ao longo do final da década de 1990, conduzindo à necessidade de adequação do trabalho à orientação prevalente.*"[13]

Uma vez que ambos os autores depois seguem outros caminhos dogmático-jurídicos quanto às suas conclusões (do que aqueles aqui defendidos), deve restar também resguardado que as concordâncias aqui pressupostas dizem respeito única e exclusivamente aos trechos supra transcritos (e não às demais idéias e/ou conclusões professadas, em relação ao tema, tanto por Cléverson Merlin Clève quanto por Marçal Justen Filho).

5.1.7. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Em 1999 (e portanto já bem depois inclusive da vigência da Lei nacional de Serviços Públicos – Lei nº 8.987/95) o Supremo Tribunal Federal enfrentou, ao

[12] Clémerson Merlin Clève, "Preceitos constitucionais fundamentais da República Federativa do Brasil, serviço público portuário e autorização para exploração de atividade portuária por meio de uso de terminais privativos mistos" in Interesse Público, Volume 51, 2008, p. 126/127.
[13] Marçal Justen Filho, "O regime jurídico dos operadores de terminais portuários no Direito brasileiro", in Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Volume 16, 2006, p. 88/89.

julgar a constitucionalidade do Adicional de Tarifa Portuária (previsto na Lei nº Lei nº 7.700/88), a questão acerca da natureza jurídica da atividade portuária.

Com efeito, a possibilidade da instituição e cobrança do referido tributo somente poderia ser considerada constitucional se atividade sobre a qual ele incidia fosse classificada como atividade econômica, isto é: como atividade de livre iniciativa, uma vez que a natureza jurídica desse tributo era de contribuição por intervenção do Estado no domínio econômico dos privados. A contrario sensu, se a atividade junto aos portos tivesse a natureza jurídica de serviço público, então a referida contribuição não poderia ter a natureza de contribuição interventiva (ou seria inconstitucional).

Após longo debate, uma vez que no voto do Ministro Relator Carlos Velloso foi defendido que a atividade portuária constituiria serviço público e que a referida exação teria a natureza jurídica de taxa, o Tribunal terminou por adotar entendimento diverso, ficando decidido que a atividade portuária era uma atividade econômica e que o tributo efetivamente se tratava de uma contribuição de intervenção no domínio econômico:

> "*STF (RE 218.061, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 04/03/1999, DJ 08-09-2000 PP-00022 EMENT VOL-02003-04 PP-00712 RTJ VOL-00174-02 PP-00648) EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. ADICIONAL DE TARIFA PORTUÁRIA - ATP. Lei 7.700, de 1988, art. 1º, § 1º. I. - Natureza jurídica do A.T.P.: contribuição de intervenção no domínio econômico, segundo o entendimento da maioria, a partir dos votos dos Ministros Ilmar Galvão e Nelson Jobim. II. - Voto do Relator, vencido no fundamento: natureza jurídica do A.T.P.: taxa: criado por lei, Lei 7.700/88, art. 1º, § 1º, remunera serviço público (C.F., art. 21, XII, d e f; art. 175. Decreto 25.408/34). III. - Constitucionalidade do A.T.P.: Lei 7.700/88, art. 1º, § 1º. IV. - R.E. conhecido e provido*."

No voto do Ministro Ilmar Galvão, ao discorrer sobre a natureza das atividades relativas ao art. 21, XII da Constituição de 1988, foi afirmado que elas "*não passam de atividades de natureza econômica que, por revestidas, isso sim, de interesse público, a Carta de 88 incumbiu à União, autorizando-a a explorá-las (e não a prestá-las) diretamente ou por via de empresa privada*"[14].

No voto foi então sustentado que houve exatamente a retirada de certas atividades do âmbito dos serviços públicos (e portanto sua exclusão do âmbito do "*service public*" francês) com sua conseqüente inclusão no âmbito dos serviços de utilidade pública (as "*public utilities*" do direito administrativo norte-americano), é dizer: serviços que, muito embora classificáveis no âmbito das atividades de livre acesso do art. 170, § único, da Constituição de 1988, encontram-se, em face da carga de utilidade pública que lhes reveste, a uma regulação (legitimamente) mais estrita e mais coarctada por parte do Estado.

[14] STF, RE 218.061, in RTJ 174/662.

O fundamento para tal partição deu-se em função da sutil distinção entre os verbos “explorar” (cf. art. 21, XII da Constituição de 1988) e “prestar” (cf. art. 175, *caput*, da Constituição de 1988), fato que permitiu ao Ministro Ilmar Galvão conectar preferencialmente os arts. 170, § único e 173, *caput*, (em vez do art. 175) com as atividades do art. 21, XII, “f” da Constituição de 1988.

Esse fato, ainda na visão do Ministro Ilmar Galvão, passou a permitir a instituição e cobrança de novas exações sobre atividades que antes se pensava seriam infensas a tais imposições.

Depois, no mesmo julgado, o Ministro Nelson Jobim, após analisar certas características relativas aos serviços portuários, concluiu então que "*essa situação objetiva nos conduz a pensar uma outra categoria ... ou, talvez, uma subcategoria. Como categoria poderia se situar entre os "serviços públicos essenciais ao interesse público" e os "serviços públicos não essenciais". Como subcategoria integraria o gênero "serviços públicos essenciais ao interesse público" e teria as seguintes características: (a) é essencial ao interesse público, porque a Constituição assim determinou (art. 21, XII, f); (b) é remunerável somente pela sua utilização efetiva; (c) não se pode recorrer a terceiros para a realização dos serviços. A diferença desse subgrupo está em que a remuneração depende de utilização efetiva. No outro subgrupo, a remuneração se vincula à utilização efetiva ou potencial*"[15].

Assim, cabe afirmar que essa decisão do Supremo Tribunal Federal cria um precedente, em especial contra aquelas afirmações doutrinárias (supra descritas) que qualificam os serviços portuários como serviços públicos.

Teria, todavia, o Supremo Tribunal Federal perpetrado um erro teratológico (ou ainda construído uma simples decisão casuística a fim de "constitucionalizar" a cobrança do Adicional de Tarifa Portuária) no momento em que reconheceu que a algo público se pode atribuir um regime de direito privado?

Certamente não. Basta uma leitura do art. 236 da Constituição de 1988 para verificar que já no próprio plano constitucional efetivamente existe a possibilidade de um tal tipo de fusão entre o público e o privado.

Uma vez que a discussão travada entre os Ministros nesse caso muito mais limitou-se à escolha de uma das alternativas a partir da dicotomia "atividade de livre iniciativa" versus "serviço público", seria possível afirmar, apenas e tão-somente por amor ao debate, que ali tampouco foi afirmado que a "autêntica" e "verdadeira" natureza da atividade portuária não derive do uso e exploração do bem público "porto", é dizer: que a decisão do Tribunal Supremo analisou apenas (e parcialmente) a natureza jurídica dos serviços no âmbito dos portos, mas não a natureza jurídica do integral (e portanto mais amplo) regime dos portos *tout court*.

Some-se a isso o fato de o Tribunal Supremo, desde o ano de 1999, ter sofrido profundas modificações em sua composição, o que também poderia permitir lançar a tese de que, em face de uma nova composição, também o próprio

[15] STF, RE 218.061, in RTJ 174/670-671.

Supremo Tribunal Federal poderia revisar o entendimento desse julgado anterior.

Nesse mesmo contexto, cabe lembrar que antes do caso do Adicional de Tarifa Portuária havia sido afirmado na ementa do RE 172.816 que a Companhia Docas do Rio de Janeiro é "*sociedade de economia mista federal que explora serviço público, reservado à União*" (Relator Ministro Paulo Brossard, j. 09/02/1994, DJU 13.05.1994, p. 11.365).

Em última instância, faça-se aqui então tabula rasa do julgado no RE 218.061 pelo Supremo Tribunal Federal, e admita-se, para fins de argumentação, que inexiste uma jurisprudência segura do Tribunal Supremo naquilo que diz respeito à natureza jurídica do regime de exploração dos portos – se uso de bem público, ou se serviço público.

Restaria nesse caso seguir investigando a legislação ordinária e secundária relativa aos portos, para que então se pudesse efetivamente saber, em vista do direito ordinário, qual a natureza jurídica desse integral regime de portos. É o que se passa a fazer.

5.2. DA LEGISLAÇÃO ORDINÁRIA SOB O REGIME DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

No plano legislativo, e especificamente para o setor portuário, foi editada inicialmente a Lei nº 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, a qual "*dispõe sobre o regime jurídico da exploração dos portos organizados e das instalações portuárias*".

Em seguida foi editada a Lei nº 9.277/96, que permitiu à União delegar a Estados, DF e Municípios a administração de portos federais.

Depois foi editada a Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, que, referindo-se expressamente ao inciso XX do art. 21 da Constituição de 1988, instituiu o *Sistema Nacional de Viação* (esse Sistema vinha antes regrado na Lei nº 5.917, de 10 de setembro de 1973) e criou a Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes - DNIT.

Essa lei foi objeto de alteração pela Medida Provisória nº 2.217-3, de 4 de setembro de 2001, ainda em tramitação junto ao Congresso Nacional para fins de conversão em lei ordinária, mas com efeitos revocatórios imediatos contra os dispositivos da Lei nº 10.233/01. Mais recentemente a Lei nº 11.297, de 9 de maio de 2006, também introduziu alterações na Lei nº 5.917/73 (Lei do *Sistema Nacional de Viação*).

Deve-se salientar também a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que, ao organizar a Presidência da República e seus órgãos de assessoria direta, também previu uma Secretaria de Portos (cf. art. 1º, caput, e art. 24-A), sem prejuízo de atividades de outros órgãos (tais como o Ministério da Saúde ou o Ministério dos Transportes) junto aos portos nacionais.

A organização e funcionamento da Secretaria de Portos sofreu depois modificações pela Lei nº 11.518, de 5 de setembro de 2007, tendo ela inclusive recebido nova denominação: Secretaria Especial de Portos - "SEP" (art. 1º, §

3º, VII c/c art. 3º). Essa mesma lei também introduziu o art. 24-A na Lei nº 10.683/03, aqui delimitando as competências da recém-denominada SEP.

Nesse contexto, basicamente a repartição de competências entre SEP e ANTAQ no âmbito dos portos marítimos (como é caso de Aratu) obedece à seguinte lógica: (i.) a SEP formula as políticas públicas e diretrizes para o desenvolvimento de portos e terminais portuários marítimos; ao passo que (ii.) a ANTAQ implementa as políticas e diretrizes da SEP bem como regula e supervisiona os serviços e atividades portuárias.

Já a Lei nº 10.893, de 13 de julho de 2004, deu nova regulação ao Adicional ao Frete para a Renovação da Marinha Mercante - AFRMM e o Fundo da Marinha Mercante – FMM. E a Lei nº 11.610, de 12 de dezembro de 2007, instituiu o Programa Nacional de Dragagem Portuária e Hidroviária, a ser instituído o Programa Nacional de Dragagem Portuária e Hidroviária, a ser implantado pela Secretaria Especial de Portos da Presidência da República e pelo Ministério dos Transportes, por intermédio do Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes – DNIT.

5.3. LEGISLAÇÃO SECUNDÁRIA SOB O REGIME DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Em nível normativo secundário, e especificamente para o que interessa no presente artigo (desinteressa para o presente caso detalhar o Decreto nº 4.391/02), foi editado o Decreto nº 6.620, de 29 de outubro de 2008, que "*dispõe sobre políticas e diretrizes para o desenvolvimento e o fomento do setor de portos e terminais portuários de competência da Secretaria Especial de Portos da Presidência da República, disciplina a concessão de portos, o arrendamento e a autorização de instalações portuárias marítimas*".

A seguir foi editada pela Secretaria Especial de Portos a Portaria SEP nº 108, de 6 de abril de 2010, que, conforme seu art. 1º, regula especificamente o procedimento de outorga de concessões para exploração e administração dos portos organizados marítimos.

5.4. FUNDAMENTOS DA LEI Nº 8.630/1993

Uma adequada análise da Lei nº 8.630/93 pressupõe antes de mais nada uma interpretação literal e/ou gramatical de seus dispositivos. Trata-se de uma interpretação para fins de confirmar aquilo que da Constituição de 1988 já era possível deduzir, ou seja, de que essa lei se mantém dentro da tradição jurídica anterior de atribuir aos portos um regime de uso de bem público, mas de posterior exploração comercial de suas instalações.

Depois disso, cabe também verificar, agora a partir sobretudo de uma interpretação sistemática e teleológica, em qual extensão e/ou amplitude essa lei efetivamente regula o tema "regime dos portos" (cf. art. 22, X, CF 1988), em especial se ela visou esgotar esse regramento.

Na sua antiga origem romana, e conforme a definição de Ulpiano, "porto" é um lugar que permite o comércio de mercadorias e o trânsito de pessoas por meio de uma interconexão entre as vias aqüífera e terrestre, trata-se portanto de um conceito finalístico ou teleológico. Tão forte é a finalidade na definição de

"porto" que o doutrinador romano sequer se preocupa em mencionar a base físico-geográfica, é dizer: essa interconexão entre mar e terra (apud Digesto, 50, 16, 59):

> "*Portus appellatus est conclusus locus, quo importantur merces et inde exportantur: eaque nihilo minus statio est conclusa atque munita. Inde angiportum dictum est*."
>
> Tradução: "*Chamou-se porto o lugar fechado, pelo qual se importam e se exportam mercadorias; a estação, porém, está fechada e fortificada. De onde se diz angiporto.*"

Note-se de início que "porto" é uma área exclusivamente composta de água, a qual, pelas suas próprias condições e/ou pela sua situação físico-geográfica oferece a tranqüilidade suficiente e adequada para que um navio possa estacionar e fazer o intercâmbio de pessoas e mercadorias com a terra. É por esse motivo que toda a doutrina administrativa clássica refere que portos são espécie de águas públicas.

Já todos os equipamentos naturais e/ou artificiais existentes a partir da terra e que ajudam e/ou melhoram aquele estacionamento do navio, constituem o "angiporto", a saber: cais, ancoradouro, molhes, armazéns, docas, bóias etc. É a estação fechada e fortificada, na definição dos romanos.

Por outro lado, ninguém faz tais melhorias senão para exatamente facilitar as atividades de transporte de pessoas e de mercadorias, e com isso se explica que a definição já no tempo dos romanos clássicos é finalística e/ou teleológica.

Em passado recente, todavia, a expressão porto passa a abarcar tanto as águas quanto a parte de equipamentos e instalações em terra, quando não: a abarcar muito mais esses equipamentos e instalações em terra, do que propriamente a parte da água. E com isso o porto se transforma naquilo que os romanos chamavam de "angiporto".

Isso se explica muito provavelmente porque hoje a noção de "porto organizado" tornou-se natural e economicamente mais importante que a simples noção de "porto". Ou seja, hoje a noção de uma porção de água que permite a um navio estacionar de modo seguro e fazer intercâmbio de pessoas e mercadorias tornou-se menos importante do que o complexo em terra tecnicamente aparelhado para permitir esse mesmo estacionamento seguro a fim do intercâmbio de pessoas e mercadorias.

Voltando-se, porém, para a definição de Ulpiano, é nessa mesma linha da vetusta tradição romana (a qual, como já se viu antes, sempre permeou o direito positivo brasileiro) que também a Lei nº 8.630/93 volta-se para a idéia de uso do bem público porto para determinadas finalidades, conforme se vê na primeira parte da definição de "porto organizado" (tanto em sua feição originária, já revogada, quanto na posterior definição dada pela Lei nº 11.314/06):

> "*o construído e aparelhado para atender às necessidades da navegação e da movimentação e armazenagem de mercadorias...*" [redação originária, já revogada]
>
> "*o construído e aparelhado para atender às necessidades da navegação, da movimentação de passageiros ou da movimentação e armazenagem de mercadorias...*" [redação atual]

Assim, as construções e aparelhos (é dizer: o "angiporto") têm exatamente o mesmo caráter finalístico que já tinha para os romanos.

Por outro lado, nada obstante uma coisa seja um "porto", e outra coisa seja um "porto organizado", em momento algum a Lei nº 8.630/93 se preocupa (finalisticamente) em regrar um regime para os portos *tout court*, é dizer: um regime de caráter integral para todos os portos (enquanto mera porção de água que permite o ancorar de navios e fazer a conexão de mercadorias e pessoas entre água e terra).

Nesse contexto, a lei atual já abandona uma noção meramente naturalística de porto (enquanto mera porção de água), para regular o que nós hoje efetivamente passamos a entender, na linguagem leiga e comum, como porto, é dizer: não tanto a porção de águas quanto (sobretudo e acima de tudo) o "angiporto" – é dizer: a infraestrutura que muito mais deriva da obra humana do que as águas calmas provindas da mãe natureza.

Assim, a Lei nº 8.630/93 já inicia, tanto em sua epígrafe, quanto em seu art. 1º, caput, com o conceito (mais restrito) de "porto organizado", é dizer: ela regulamenta uma dada espécie de porto, cujo conceito, conforme já se viu, surge em nosso direito na metade do século XX. Trata-se daquilo que a doutrina chamava de "porto artificial": um lugar devidamente aparelhado para permitir melhor uso e exploração das águas calmas:

> "*Porto artificial é o que depende de interferência do Estado, que providencia obras de aparelhamento para a melhor utilização das águas e da terra contígua, tais como as de proteção contra ventos e correntes, ou as de escavação para aumentar o espaço líquido, de molde a permitir o fundeamento de barcos de grande calado.*"[16]

Quanto às definições iniciais da lei, cabe referir que, como espécie jurídica do bem público "porto" *tout court* (cf. art. 21, XII, "f", CF 1988), o "porto organizado" é um conceito sistemático-jurídico e teleológico-jurídico (art. 1º, § 1º, I, Lei nº 8.630/93), no momento em que ele pressupõe exatamente um conjunto de bens e utilidades (i.e., as obras do porto e aparelhos ou as "instalações" portuárias) para uma dada e específica finalidade que ele (desde o direito romano) se propõe a suprir: a eficiente realização das "operações portuárias" (art. 1º, § 1º, II, Lei nº 8.630/93).

Já a "área do porto organizado" (art. 1º, § 1º, IV, Lei nº 8.630/93) não é propriamente um conceito jurídico, e sim um conceito físico-geográfico, pelo qual resta delimitado o alcance e a extensão do perímetro do porto organizado,

[16] José Cretella Júnior, Tratado do domínio público, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1984, p. 225.

i.e. restam delimitados os limites físico-geográficos para a acessão física do elemento jurídico "porto organizado".

Cabe aqui inclusive referir que, no seu texto originário, o art. 2º da Lei nº 8.630/93 pressupunha sua aplicação apenas dentro dos limites (físico-geográficos) dessa área do porto organizado.

No mesmo sentido, também a "Administração Portuária" (art. 30 e seguintes, Lei nº 8.630/93) tem a sua jurisdição delimitada pela área (físico-geográfica) do porto organizado, ao passo que a figura do "operador portuário" (art. art. 1º, § 1º, III, Lei nº 8.630/93) também é alguém que está autorizado a realizar suas atividades dentro dessa mesma área físico-geográfica.

Mas já a partir desses conceitos fundamentais trazidos em sua introdução, é possível afirmar que a Lei nº 8.630/93 não pretendeu se afastar da tradição do direito anterior, no momento em que as atividades portuárias (finalisticamente definidas) são uma decorrência (ou algo "inerente") do uso de um bem público.

É dizer: em relação ao bem público "porto", dele é possível fazer determinados e intencionados usos e gozos (v.g. perfazer "*necessidades da navegação, da movimentação de passageiros ou da movimentação e armazenagem de mercadorias*"), e a lei regra esses usos e gozos.

Resta agora verificar se essa mesma lei pretendeu, em algum momento, introduzir um regime de serviço público para o uso e exploração dos portos organizados. A resposta, adiantando-se, é plenamente negativa, sobretudo em face de três aspectos que se infere a partir de uma interpretação sistemática dos dispositivos da lei.

Em primeiro lugar, a lei recorre sempre a vocábulos que referem "uso" ou "utilização" dos portos organizados ou de suas instalações (logo: uso de bem público), e jamais de prestação de serviços públicos. Assim, por exemplo, ela fala de:

- "*uso privativo*" (art. 1º, § 1º, V; art. 4º, II; art. 4º, § 2º, II);
- "*uso público*" (art. 4º, § 2º, I; art. 4º, § 3º);
- "*uso da infra-estrutura*" (art. 4º, § 4º, IV);
- "*arrendamento ... para utilização não afeta às operações portuárias*" (art. 34, caput);
- "*utilização de terrenos, área, equipamentos e instalações localizadas na área do porto*" (art. 37, III);
- "*instalação ... utilizada na movimentação de passageiros ou na movimentação ou armazenagem de mercadorias, destinados ou provenientes de transporte aquaviário*" (art. 2º, § 1º, V);
- "*estação ... utilizada, exclusivamente, para operação de transbordo de cargas, destinadas ou provenientes da navegação interior*" (art. 2º, § 1º, VI);
- "*a racionalização e a otimização do uso das instalações portuárias*" (art. 30, § 1º, IV).

Em segundo lugar, a lei se recusa a utilizar a expressão "serviços públicos" ou elementos que o denotem em relação à exploração das atividades portuárias, preferindo outros vocábulos e expressões que sem maiores dúvidas visam exatamente afastar a incidência e/ou a identificação da exploração das instalações do porto organizado como uma atividade de serviço público. Para tanto, ela emprega, por exemplo:

- "*operador portuário*" (passim);
- "*atender às necessidades*" (art. 1º, § 1º, I);
- "*operação portuária*" (art. 1º, § 1º, II; art. 37, § 2º) ou "*operações portuárias*" (art. 16; art. 30, § 2º; art. 32; art. 33, 1º, VII; art. 33, § 1º, XII; art. 37, I);
- "*movimentação de passageiros*" e "*movimentação ou armazenagem de mercadorias*" (art. 1º, § 1º, II);
- "*execução de operação portuária*" (art. 1º, § 1º, III);
- "*explorada por pessoa jurídica de direito público ou privado*" (art. 1º, § 1º, V);
- "*operação de transbordo de cargas*" (art. 1º, § 1º, VI);
- "*operações portuárias de movimentação de passageiros, de mercadorias ou ambas*" (art. 1º, § 1º, VII);
- "*exploração direta*" (art. 4º, I);
- "*exploração da instalação portuária*" (art. 4º, § 2º);
- "*movimentação de carga própria e de terceiros*" (art. 4º, § 2º, II, "b");
- "*movimentação de passageiros*" (art. 4º, § 2º, II, "c");
- "*exploração de instalação portuária*" (art. 4º, § 3º);
- "*contratos para exploração de instalação portuária de uso público*" (art. 4º, § 5º);
- "*arrendatária de instalação portuária*" (art. 4º, § 6º);
- "*exploração de Instalações Portuárias Públicas de Pequeno Porte*" (art. 4º, § 7º);
- "*exploração de instalação portuária*" (art. 5º, caput) ou "*exploração de instalações portuárias*" (art. 17);
- "*contratos para movimentação de cargas de terceiros*" (art. 6º, § 2º);
- "*realização das operações portuárias*" (art. 8º, caput);
- "*execução das operações*" (art. 8º, § 2º);
- "*movimentação de carga*" (art. 33, § 1º, XI);

Argumente-se contra isso que a lei utiliza, por variadas outras vezes, a expressão "serviços". Ora, mesmo a presença de tal expressão não se trata de uma referência especificamente aos serviços públicos.

Aqui seria preciso lembrar que a "prestação de serviços" (ou expressões similares) também existe no direito privado, e não se pode portanto partir da idéia de que o simples uso de tais expressões vem pensado como atribuidor de um regime de serviços "públicos" às atividades portuárias.

Admita-se, no entanto, por amor ao debate, que, nos casos a seguir transcritos, a Lei nº 8.630/93 possa estar, sim, se referindo ao regime dos serviços públicos – mais exatamente:

- "*a prestação de serviços por operadores portuários*" (art. 2º, caput);
- "*área de prestação do serviço*" (art. 4º, § 4º, I);
- "*modo, forma e condições da exploração do serviço*" (art. 4º, § 4º, II);
- "*critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade do serviço*" (art. 4º, § 4º, III);
- "*alterações e expansões do serviço e conseqüente modernização, aperfeiçoamento e ampliação das instalações*" (art. 4º, § 4º, VIII);
- "*métodos e práticas de execução dos serviços*" (art. 4º, § 4º, IX);
- "*inexecução ou deficiente execução dos serviços*" (art. 4º, § 4º, XII);
- "*execução de obras de serviços públicos*" (art. 8º, § 1º, II, "a");
- "*serviço de movimentação de carga a bordo da embarcação*" (art. 15);
- "*usuários dos serviços portuários*" (art. 31, IV).

Note-se, todavia, que, afora a primeira e as três últimas transcrições supra, todas as demais normas estão inseridas em incisos do § 4º do art. 4º da lei. Nesse contexto, convém não esquecer que é um dos rudimentos da interpretação lógico-sistemática que aquilo que se encontra previsto num inciso de dispositivo legal apenas pode ser um elemento acessório daquilo que está disposto no caput ou no parágrafo desse dispositivo.

Mais exatamente, o § 4º do art. 4º da lei fala que os temas dos incisos (e portanto toda ampla gama de serviços neles descritos) tratam-se de "*cláusulas essenciais no contrato a que se refere o inciso I do caput deste artigo*", ao passo então que o inciso I do caput do art. 4º não regula um contrato de serviço (e menos ainda de serviço público), e sim regula um contrato de "*exploração da instalação portuária*" sob a modalidade para "*uso público*" do bem porto.

Ou seja (e como a inteira história do direito portuário já nos mostra), mais uma vez aqui os serviços são apenas e tão-somente atividades acessórias e/ou inerentes a uma determinada forma de uso do bem público "porto organizado".

Em outras palavras, tanto a concessão, quanto o arrendamento, quanto a autorização da Lei nº 8.630/93 integram o capítulo jurídico-administrativo do "domínio público" - e não o capítulo dos "serviços públicos". São títulos formais

que autorizam o uso privativo de um bem e a conseqüente exploração de serviços inerentes e/ou derivados desse uso privativo.

Logo, também isso confirma que a Lei nº 8.630/93 é uma lei que se mantém integralmente fiel à tradição histórica do direito portuário brasileiro, sendo que os institutos de uso de bem público antes previstos na legislação de consolidação dos portos (i.e., a legislação das décadas de 1930, 1940 e 1960) são recepcionados na Lei nº 8.630/93 (v.g. a concessão, o arrendamento, a autorização para Estados e Municípios no caso das Instalações Portuárias Públicas de Pequeno Porte, a autorização para terminal de uso privativo etc).

Isso se confirma ainda mais quando se vê que o art. 8º, § 1º, II, "a", ao fazer uma menção específica a "serviços públicos", o faz exatamente quando prevê um caso de exceção relativo a embarcações de terceiros – estes sim – efetiva e expressamente prestadores de serviços públicos.

A outra citação diz respeito ao "*serviço de movimentação de carga a bordo da embarcação*" (art. 15), e portanto também conduz a um serviço de terceiro ("*a bordo da embarcação*").

Restam, por fim, o emprego da expressão "*prestação de serviços por operadores portuários*" (art. 2º, caput) e, depois, "*usuários dos serviços portuários*" (art. 31, IV). Ora, em tais casos não haveria como dar outra resposta que não aquela já feita em relação ao caso dos serviços previstos nos incisos do § 4º do art. 4º da lei, é dizer: são casos que se referem a pessoas que prestam serviços com base em um título formal de "uso" (público ou privado) das instalações portuárias, e, portanto, também aqui o serviço é uma atividade acessória e/ou inerente, derivada do uso das instalações portuárias (que é a atividade principal).

A pá-de-cal encontra-se, contudo, em dois outros casos da lei. O primeiro desses casos está no art. 4º, § 4º, III. Ali vem referida uma série de exigências relativas à qualidade e/ou eficiência dos serviços prestados pelos operadores de portos.

Se, por um lado, em 1993 ainda inexistia a Lei nacional dos Serviços Públicos (Lei nº 8.987/95), não é menos verdade que, se em 1993 o legislador ordinário quisesse atribuir um regime de serviços públicos aos serviços portuários, então ele teria ao menos se valido da expressão "*serviço adequado*", prevista no inciso IV do parágrafo único do art. 175 da Constituição. Mas ele abriu mão disso, é dizer: ele não pretendeu instituir um regime de "*serviço adequado*" com base no art. 175 da Lei Maior.

Tanto isso é vero que, quando o legislador ordinário efetivamente quis aplicar algum instituto ou conceito do âmbito do direito dos serviços públicos, aí ele o fez literal e expressamente, e mais – pasme-se! –, ele falou de uma lei que não ainda não existia em 1993, mas que é a lei regulamentadora do art. 175 da Constituição!

Trata-se inicialmente do art. 1º, § 2º, onde ele exige que "*a concessão do porto organizado será sempre precedida de licitação realizada de acordo com a lei que regulamenta o regime de concessão e permissão de serviços públicos*".

Trata-se, depois, do art. 4º, § 6º, onde vem dito que "*os investimentos realizados pela arrendatária de instalação portuária localizada em terreno da União localizado na área do porto organizado reverterão à União, observado o disposto na lei que regulamenta o regime de concessão e permissão de serviços públicos*".

Ou seja, com base no supra transcrito art. 1º, § 2º apenas e tão-somente o procedimento de licitação para seleção dos concessionários e o sistema de reversão das instalações portuárias deverão ser regidos conforme a lei de serviços públicos.

Leia-se agora essas duas previsões legais supra transcritas pela via do argumento a contrario sensu: deve-se então necessariamente concluir que nada mais da (futura e ainda não promulgada) "*lei que regulamenta o regime de concessão e permissão de serviços públicos*" deverá ser aplicado no âmbito do regime dos portos organizados.

Tal não bastasse, então ainda merecem atenção especial alguns outros dispositivos da Lei nº 8.630/93. Assim, o art. 25 afirma que "*o órgão de gestão de mão-de-obra é reputado de utilidade pública e não pode ter fins lucrativos*". O art. 30, § 1º, VI fala em "*zelar pelo cumprimento das normas de defesa da concorrência*". E o art. 31, § 3º fala que "*os membros do conselho não serão remunerados, considerando-se de relevante interesse público os serviços prestados relevante interesse público os serviços prestados*".

Tais expressões remetem sabida e sobejamente aos "serviços de utilidade pública". São aqueles serviços que, muito embora sejam mais estrita e detalhadamente regulados pelo Poder Público (expressão-chave: "regulação" – art. 174 da Constituição) em face de sua importância para a coletividade, têm originariamente natureza jurídica de atividade econômica de caráter comercial e industrial, e não de serviço público.

É dizer, são serviços e/ou atividades de livre iniciativa, logo privadas na sua essência, mas com razoável relevância pública. Assim, seu fundamento constitucional está no art. 170, § único da Constituição, e não no art. 175 da Lei Maior.

Isso não permite outra conclusão senão afirmar que o regime de exploração das instalações portuárias dos portos organizados é um regime de direito administrativo, vez que integra o tema "uso de bens públicos", porém subtraído do âmbito dos serviços públicos e que muito mais se aproxima, quanto a esse regime de exploração, dos "serviços de utilidade pública" de natureza privada.

Já foi visto acima, essa conclusão segue uma linha similar à do julgado do Supremo Tribunal Federal sobre o Adicional de Tarifa Portuária. E segue também uma linha similar daquilo que se encontra previsto no art. 236 da Constituição de 1988 (que reconhece expressamente a possibilidade de incidência de um regime de direito privado a serviços e/ou atividades que tipificam função e/ou serviço público).

Segue também a mesma linha dos serviços (públicos) de telefonia ao qual a Lei nº 9.472/97 atribuiu um regime de direito privado para sua prestação (cf. art. 126 e segs.).

Não por último (apenas à guisa de direito comparado), trata-se de uma situação bastante similar ao famoso caso Bâc-d´Élaka, julgado em 1921 pelo Tribunal de Conflitos francês, quando este afirmou (e com isso inaugurou inclusive a não menos famosa "crise da escola do serviço público") ser possível a prestação de serviços públicos sob um regime de direito privado, criando com isso a categoria dos "serviços públicos industriais e comerciais", os quais, nada obstante sua natureza público-administrativa, são regidos preponderantemente pelo direito privado, razão pela qual inclusive os litígios derivados da sua prestação sequer são de competência dos Tribunais Administrativos (contencioso administrativo), e sim do Poder Judiciário francês.

Enfim, se mesmo no serviço público é possível afirmar a prestação do serviço mediante regime de direito privado, por que isso não seria possível no caso do uso privativo dos bens públicos?

Aliás, não se trata, ressalve-se, por fim, de uma interrogação que deva ser respondida com teorias doutrinárias, trata-se de interrogação cuja resposta deve ser buscada única e tão-somente no direito positivo vigente, e isso acreditamos que foi feito na exposição supra.

5.5. FUNDAMENTOS DA LEI Nº 10.233/01

A Lei nº 10.233, de 2001, promoveu algumas inovações no regime de portos. A rigor, tampouco aqui se pode efetivamente falar efetivamente em inovações no sentido de alterações originais.

Em grosseira síntese, ela instituiu um novo Sistema Nacional de Viação (art. 2º), e portanto ela muito mais regula o art. 21, XII, "c", e só topicamente o art. 21, XII, "f", da Constituição de 1988.

Nada obstante, ela também criou um Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte (art. 1º, I c/c art. 5º a 7º-A) bem como a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (art. 1º, IV c/c arts. 20 a 23 c/c art. 27 e seguintes) e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes (art. 1º, V c/c art. 79). A rigor, órgãos e autarquias de caráter regulatório, com franca base no direito administrativo anglo-saxônico, são realidade no direito portuário desde a década de 1930, tendo eles sido, nas duas últimas duas décadas, objeto de revitalização em nosso direito público.

O que importa, certamente, é, uma vez mais, analisar a terminologia utilizada por essa lei naquilo a que ela se refere em relação ao regime jurídico dos portos. E na senda tanto da Constituição de 1988 (caminho esse que jamais poderia deixar de ser seguido) quanto da Lei nº 8.630/93, esta mais recente lei também se exime cuidadosamente de aludir a serviços públicos no âmbito das atividades portuárias.

Assim, de novo a terminologia aponta para um regime de uso de bem público no caso dos portos. Por exemplo, o art. 27, III dessa lei tem duas alíneas, onde se lê o que segue (grifamos):

> "*Cabe à ANTAQ, em sua esfera de atuação: ... propor: ...*
>
> *a) ao Ministério dos Transportes o plano geral de* ***outorgas de exploração da infra-estrutura aquaviária e portuária fluvial e***

> ***lacustre**, excluídos os portos outorgados às companhias docas, e de prestação de serviços de transporte aquaviário;*
>
> *b) à Secretaria Especial de Portos da Presidência da República o plano geral de **outorgas de exploração da infra-estrutura e da superestrutura dos portos e terminais portuários marítimos**, bem como dos outorgados às companhias docas;*"

Ainda em relação às competências agência federal, o art. 27, V da lei reafirma que os serviços portuários são atividade derivada do uso do porto e também prevê o quanto de regime publicista deverá ser imposto nas normas administrativas da ANTAQ (e já ao lado de princípio de direito privado): "*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*".

Depois, o art. 27, VI fala em "*instrumentos de outorga para exploração de infra-estrutura*". O inciso XV do art. 27 atribui a competência da ANTAQ para "*publicar os editais, julgar as licitações e celebrar os contratos de concessão para exploração dos portos organizados em obediência ao disposto na Lei nº 8.630, de 25 de fevereiro de 1993*", ao passo que inciso XVI manda a agência federal "*cumprir e fazer cumprir as cláusulas e condições avençadas nos contratos de concessão quanto à manutenção e reposição dos bens e equipamentos reversíveis à União e arrendados nos termos do inciso I do art. 4º da Lei nº 8.630, de 25 de fevereiro de 1993*".

O art. 27, XXII fala em "*autorizar a construção e a exploração de terminais portuários de uso privativo, conforme previsto na Lei nº 8.630, de 1993*", ao passo que o inciso XXV desse mesmo artigo fala em "*celebrar atos de outorga de concessão para a exploração da infra-estrutura aquaviária e portuária*". Não por último, o inciso XXVII fala em "*outorga de autorização para construção e exploração de Instalação Portuária Pública de Pequeno Porte*".

Enfim, também no caso desta lei o serviço (público) não afeta os bens utilizados na prestação desse serviço (tal como tradicionalmente se sedimentou no regime dos serviços públicos), e sim é a partir dos bens (construídos, reformados, melhorados, aparelhados) que se procede sua exploração (como é típico no regime de uso privativo de bens públicos).

Deve restar claro a esta altura que a Constituição de 1988 nada – repita-se: nada – refere acerca de limites materiais efetivos contra o legislador ordinário na definição in concreto do regime dos portos. É dizer, o legislador ordinário recebeu carta branca do Constituinte para escolher como e qual seria esse regime. Essa é a única resposta válida a partir de uma interpretação sistemática do art. 21, XII, "f"c/c art. 22, X da Constituição de 1988.

A não ser que se queira dizer que a imposição do rótulo dos títulos que permitem o uso privativo do bem público porto (a "concessão", a "permissão" e a "autorização") devam ser considerados como limites materiais efetivos.

De todo modo, tampouco nada vem dito na Constituição acerca de como o legislador deve conformar concretamente essas formas jurídicas. Logo, ele tem ampla margem de liberdade (ou discricionariedade) para apreciar livremente, e

em regime de ponderação, a partir de quais aspectos em específico o interesse público será cumprido tanto na definição do regime dos portos quanto na definição das figuras jurídicas da concessão, a permissão e a autorização.

Aliás, querer impor contra o atual legislador ordinário definições teóricas, provindas da doutrina, ou mesmo definições de legislações ordinárias anteriores, nada mais é do que uma argumentação de "círculo vicioso" ou por "petição de princípio": de uma pré-dada concepção não-jurídica tiram-se depois conseqüências jurídicas. É que se a Constituição nada impõe (explícita ou implicitamente) ao legislador ordinário, então este tem plena liberdade de conformação da legislação ordinária.

Nesse contexto, mesmo uma maior intervenção e/ou restrição federal sobre a qualidade dos serviços prestados pelo operador portuário a partir do uso privativo do bem público não se deduz da cláusula do "serviço adequado" (do art. 175, CF 1988), e sim do maior poder de regulação dos "serviços de utilidade pública" (art. 21, XII, "f" c/c art. 170, § único, CF 1988) em face de uma concessão de uso privativo de bem público que deve, de alguma forma, ser usada em favor de uma utilidade pública relevante, in casu: as "operações portuárias" (art. 1º, § 1º, II, Lei nº 8.630/93).

Assim, por exemplo, o legislador ordinário pode (mas não está constitucionalmente obrigado a tanto) introduzir normas já conhecidas no regime dos serviços públicos no âmbito desse uso e exploração dos bens públicos (por exemplo, as "leis de Rolland": continuidade, generalidade e igualdade). Mas ele também pode recepcionar princípios do direito privado no âmbito desse uso e exploração (típico exemplo: a livre ou ampla concorrência).

Pode inclusive misturar ou "sincretizar" aspectos publicísticos e privatísticos na definição desse regime, bem à semelhança daquilo que ocorre no caso francês com os "serviços públicos industriais e comerciais". Isso foi feito, por exemplo, no caso do art. 27, V da Lei nº 10.233/01. Por um lado ele exige isonomia, por outro lado exige fomento da competição entre os operadores.

Todavia, o fato de se recepcionar normas do regime do serviço público não significa dizer que por isso a própria atividade portuária se "transforma" (à moda do Rei Midas) em um serviço público. É dizer: a natureza jurídica da atividade de exploração que decorre do uso privativo de bem público jamais vai se transformar em serviço público (e jamais poderia significar isso, em face do comando constitucional que estabelece um regime de uso de bem público – e não de serviço público).

Significa apenas e tão-somente "quanto" o regime de uso dos bens públicos é afetado por um regime jurídico-administrativo, uma vez que portos constituem bem público na sua origem. Mutatis mutandis, esses mesmos argumentos valem quando o legislador ordinário se decide por aplicar este ou aquele princípio do direito privado na definição desse mesmo regime de uso privativo.

6.6. DECRETO Nº 6.620/08

Por fim, resta ver uma interpretação sistemática dos arts. 13 e 16 do Decreto nº 6.620/08. No art. 13 vem dito que: "*A outorga de portos organizados marítimos será realizada por meio de concessão a pessoa jurídica de direito público ou*

*privado, de reconhecida idoneidade técnica e capacidade financeira, com observância das condições estabelecidas neste Decreto e na legislação sobre o regime de concessão e permissão de serviços públicos*".

Já no art. 16 vem dito que: "*A concessão do porto organizado marítimo obedecerá ao disposto neste Decreto e na legislação que rege as concessões de infra-estrutura portuária, bem como aos objetivos e diretrizes definidos pela Secretaria Especial de Portos da Presidência da República*".

Ora, da comparação desses dois dispositivos resta claro que somente a outorga, é dizer: somente o procedimento de licitação da concessão se rege pelas "*condições estabelecidas neste Decreto e na legislação sobre o regime de concessão e permissão de serviços públicos*".

Já a concessão propriamente dita, esta se rege sem qualquer influência (ou aplicação) da Lei nacional de Serviços Públicos, e sim apenas e tão-somente pelo "*disposto neste Decreto e na legislação que rege as concessões de infra-estrutura portuária, bem como aos objetivos e diretrizes definidos pela Secretaria Especial de Portos da Presidência da República*".

É dizer, esse Decreto confirma no âmbito gramatical/literal tudo aquilo que antes já se havia argumentado em nível constitucional e legal a partir dos métodos sistemático, histórico e teleológico: atividades portuárias não constituem serviço público, atividades portuárias são atividades ancilares ou acessórias, inerentes à exploração econômica do bem público "porto" – e por isso são regidas pelo direito regedor do domínio público, e não pelo direito regedor dos serviços públicos.

6.7. TÍTULOS LEGITIMADORES DA OUTORGA DE USO

Deve ser referido de início que a Lei nº 8.630/93 não se desviou dos fundamentos jurídico-institucionais historicamente vigentes para o caso dos portos. Assim, essa lei alude por um lado ao regime de concessões de uso (art. 1º, caput; art. 1º, § 2º; art. 30; art. 31, I, "c"; art. 33, § 1º, I; art. 50) e, por outro lado, aos regimes de arrendamento portuário (art. 4º, I) e de autorização de uso (art. 4º, II).

Não por último, resta aqui em aberto se o regime de arrendamento portuário, em vista da literalidade do art. 21, XII, "f", CF 1988 (e sobretudo se confrontado com as origens históricas do arrendamento, com seu regime jurídico-administrativo simplesmente paralelo ao da concessão portuária), poderia ser recepcionado e/ou reintroduzido no âmbito do regime constitucional vigente. Mas esse é um tema por demais profundo e alongado que não comporta um exame tópico e rápido dentro das pretensões do presente artigo.

Resta apenas e tão-somente referir que essa problemática não passou descuidada da legislação vigente, no momento em que o art. 14, § 3º da Lei nº 10.233/01, de modo literal e expresso, efetivamente o transforma em instituto ancilar e/ou acessório da concessão (rompendo com isso toda a anterior tradição do direito portuário, que o tinha como instituto concorrente com a concessão): "*As outorgas de concessão a que se refere o inciso I do art. 13 poderão estar vinculadas a contratos de arrendamento de ativos e a contratos de construção, com cláusula de reversão ao patrimônio da União*".

Aliás, a Lei nº 8.630/93 já permitia essa mesma interpretação, não tanto pela via do método literal, mas pela via dos métodos sistemático e teleológico.

**Referência Bibliográfica deste Trabalho:**

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

RODRIGUES, Itiberê de Oliveira Castellano. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 37, fevereiro/março/abril, 2014. Disponível na Internet: < http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-37-FEVEREIRO-2014-ITIBERE-CASTELLANO-RODRIGUES.pdf>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.
2) A REDAE - Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Numbe*r), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-1861**
3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, acompanhados de foto digital, para o e-mail: redae@direitodoestado.com.br
4) A REDAE divulga exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser encaminhados em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho da qualificação do autor, constando ainda na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.
5) Assine gratuitamente notificações das novas edições da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico por e-mail: http://www.feedburner.com/fb/a/emailverifySubmit?feedId=873323
6) Assine o feed da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico através do link: http://feeds.feedburner.com/DireitoDoEstado-RevistaEletronicaDeDireitoAdministrativoEconomico

**Publicação Impressa / Informações adicionais:**

Informação não disponível.