XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM HELDER CÂMARA

ESFERA PÚBLICA, LEGITIMIDADE E CONTROLE

MARCOS LEITE GARCIA

HERON JOSÉ DE SANTANA GORDILHO

CARLOS VICTOR MUZZI FILHO

Copyright © 2015 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP
Secretário Executivo -Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR
Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches - UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)
Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias
Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC
Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU
Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC
Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC
Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM
Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA
Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

E175

Esfera pública, legitimidade e controle [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;
coordenadores: Marcos Leite Garcia, Heron José de Santana Gordilho, Carlos Victor Muzzi Filho – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-107-4
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Esfera pública. 3. Legitimidade. 4. Controle. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

ESFERA PÚBLICA, LEGITIMIDADE E CONTROLE

Apresentação

APRESENTAÇÃO

O grupo de trabalho Esfera Pública, Legitimidade e Controle tem como norte as questões relacionadas com a legitimidade e o controle da atuação estatal, tendo em vista não apenas as exigências de ordem formal, próprias do Direito Administrativo do Estado Liberal, mas, especialmente, as exigências relacionadas com o (melhor) conteúdo da ação estatal.

Assim, além de abordar temas relacionados com modelos mais contemporâneos de ação do Poder Público (parcerias público-privadas, concessões especiais, parcerias voluntárias e orçamento participativo, especialmente), os trabalhos enfocam o modo de atuação estatal, não mais embasado no modelo unilateral (ato administrativo), mas em mecanismos que enfatizam a bilateralidade e o consenso entre Administração Pública e administrado.

Daí o exame de questões relacionadas com a segurança jurídica, a convalidação de atos administrativos, a arbitragem, os acordos de leniência e outros mecanismos extrajudiciais para resolução de eventuais litígios, bem ainda com a manifestação de interesse em relação aos procedimentos licitatórios.

Todos esses temas consideram, precipuamente, a legitimidade da atuação estatal, não apenas como a procura por uma maior eficiência técnica e econômica, mas igualmente como forma de preservação e fomento da participação dos administrados, a quem se dirige, em última instância, o próprio agir estatal.

Os trabalhos apresentados, por outro lado, não perdem de vista a preocupação com o controle da atuação estatal. Contudo, não se tem como ponto central dessa preocupação a legalidade meramente formal, que em muitos casos se revela como legalidade estéril (ou legalidade pela legalidade). Em realidade, eles se voltam para o controle do conteúdo e da qualidade da ação estatal, perpassando sobre variados temas, como a definição de coeficientes de resultados nos contratos de parceria público-privada, a boa governança e o controle de gastos públicos, controle jurisdicional da atuação administrativa (contraditório tridimensional, princípio da juridicidade, prescrição intercorrente, princípio da proporcionalidade) e atuação de órgãos administrativos de controle do sistema financeiro nacional.

Noutra toada, o grupo de trabalho ainda contou com estudos de conteúdo mais teórico, que investigam os fundamentos jus-filosóficos da atuação estatal contemporânea, fazendo a conexão com lições vindas da Filosofia e da Política, com apoio em variados marcos teóricos.

Ao leitor, então, fica o convite para a atenta leitura dos trabalhos, cujo amplo espectro teórico e prático oferece um interessante panorama das preocupações mais atuais sobre a legitimidade e o controle da esfera pública estatal.

Prof. Dr. Marcos Leite Garcia

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho

Prof. Dr. Carlos Victor Muzzi Filho

POSSIBILIDADES E DESAFIOS DA UTILIZAÇÃO DAS CONCESSÕES ESPECIAIS (PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS) NA ATIVIDADE PORTUÁRIA

OPPORTUNITIES AND CHALLENGES OF THE USE OF SPECIAL AWARDS (PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIPS) IN PORT ACTIVITY

Maria Tereza Fonseca Dias
Leniederson Rosa Pinto

Resumo

O presente estudo visou analisar as possibilidades e os desafios da utilização das concessões especiais (Parcerias Público-Privadas) - instituídas no Brasil pela Lei nº 11.079/2004 na atividade portuária, após o advento da nova Lei de Portos (Lei nº 12.815/2013). A partir dos elementos centrais que diferenciam as Parcerias Público-Privadas das concessões comuns, foi efetuada a análise da sua compatibilidade com o modelo de concessão previsto na nova Lei de Portos, para se chegar a possibilidade ou não de aplicação desta modelagem no setor portuário. Do ponto de vista metodológico, esta fase do trabalho foi desenvolvida sob a ótica da vertente dogmático-jurídica, pois foi desenvolvido com base no tipo de pesquisa comparativa, buscando-se inferências dos conteúdos centrais da legislação vigente, que caracterizam e diferenciam as concessões comuns e as PPPs, a partir das reflexões de Carlos Ari Sundfeld (2009) e Moreira Neto (2015), bem como da abordagem de Armin Riess (2005) utilizada como referencial teórico da abordagem, quanto a problematização da aplicação do modelo das PPPs entre os diversos setores de atividades públicas. O trabalho confirmou a hipótese traçada no sentido de que o modelo da PPP é compatível com a concessão da atividade portuária prevista na Lei nº 12.815/2013, desde que compreendido a contratação pública num modelo sistêmico e se ultrapassada a interpretação literal de alguns de seus conteúdos. Os obstáculos hermenêuticos a serem transpostos dizem respeito à assunção de riscos nas parcerias; a remuneração do parceiro privado e as garantias oferecidas pelo parceiro público. Ultrapassada a barreira jurídica objeto deste trabalho - a questão permanece quanto às questões econômicas do modelo, ou seja, se o mecanismo orientado com base no desempenho e incentivo do setor privado, que são elementos para a escolha governamental das PPPs, funcionam para todos os setores ou são promissores apenas para alguns.

Palavras-chave: Parcerias público privadas, Serviços públicos, Interesse público, Portos, Concessões

Abstract/Resumen/Résumé

This study aimed to analyze the compatibility of Special concessions model (named Public-Private Partnerships in Brazil) - established by Act 11.079/2004 - to the ordinary concession under the new regulatory framework for Ports activity in Brazil. From the central elements of

the Public Partnerships was conducted the analysis of the Brazilian model of PPPs and its modalities, administrative and sponsored by relating them to the concession model under the new Ports Act, to get the possibility or not the application of the port activities model. From a methodological point of view, this work, which belongs to the dogmatic-legal and theoretical aspects, was developed based on the type of comparative research, seeking to inferences of the central contents of the current legislation that characterize and differentiate PPPs of ordinary concessions from the thoughts of Carlos Ari Sundfeld (2009) and Moreira Neto (2015) that used as theoretical framework of the approach. The work confirms the drawn hypothesis that PPPs regulation are compatible with the concessions of Public Port Facilities Regulations under the Act 12.815/ 2013 exceeded some hermeneutical issues and proceeding to systemic evaluation of public procurement legislation. The obstacles to be overcome concern the assumption of risk transfer in partnerships; the remuneration of the private partner and the guarantees offered by the public partner.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Public private partnerships, Public services, Public interest, Ports, Concessions

1 INTRODUÇÃO

Nas recentes manifestações sociais populares ocorridas no Brasil restou claro que a prestação dos serviços públicos, em conformidade com o previsto no art. 6º, §1º, da Lei nº 8.987/1995, deve observar as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas, não importando, em princípio, quem é seu executor: se o setor público ou o privado.

Os serviços públicos foram instituídos historicamente com regime jurídico próprio para promover a solidariedade social por intermédio do Estado; prover necessidades coletivas; satisfazer a população; garantir a paz social e a dignidade da pessoa humana entre outros objetivos. (ARAGÃO, 2008, p. 62)

Dentre as medidas propostas na década de 1990, para o aprimoramento da prestação dos serviços públicos e o atendimento dos anseios da população, registra-se o movimento pela desburocratização da administração e a reafirmação do princípio da descentralização administrativa, que promoveram mudanças a fim de reduzir o tamanho da estrutura administrativa e da prestação direta das atividades por meio de parcerias com o setor privado, para propiciar ao cidadão serviços públicos pautados nos princípios da efetividade, continuidade, presteza, modicidade de tarifas, dentre outros consagrados no ordenamento jurídico. (Cf. sobre o tema o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado em BRASIL, 1995)

Houve o redimensionamento da relação entre o setor público e o privado, considerando que em uma democracia há necessidade de amplo espaço de deliberação social, sendo outra a visão de espaço público de decidir, que não pode ser confundido simplesmente com o Estado.

Autores como Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2015) e Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2012), por caminhos conceituais e teóricos diversos, mencionam que este momento refere-se ao modelo de Estado subsidiário. Conforme lições de Maria Coeli Simões Pires, o novo Estado que se inicia marca um período de revisão paradigmática pautado em atuação estatal de caráter subsidiário, com vistas à superação da situação da excludência social. (PIRES, 2005, p. 56)

Do caráter subsidiário podemos dizer do principio da subsidiariedade que, nos dizeres de Paulo Medina, aponta no sentido de valorização da liberdade individual, não nos

moldes imperantes na época do Liberalismo, mas uma liberdade responsável e condicionada pelo bem comum, tendo como principais predicados a preferência pela iniciativa privada sobre a estatal, limitação da intervenção deste, repartição de competências e, na atividade de fomento e incentivo a ser praticada pelo Estado, surge, a ideia de parceria público-privada, nas hipóteses que este for deficiente. (MEDINA, 2005)

Armin Riess, analisando diversas experiências de PPP na Inglaterra e em outros países, sugere que sugere que o modelo PPP não serve para todas as atividades públicas, sobretudo pelo fato de que os seus mecanismos orientados com base no desempenho e incentivo do setor privado, não funcionam para todos os setores ou são promissores apenas para alguns. (RIESS, 2005, p. 28-29)

Assim, a questão da prestação inadequada de certos serviços públicos deve provocar a Administração Pública a manejar diferentes instrumentos e modelos jurídicos para a sua prestação adequada, inclusive a delegação das atividades, tais como as concessões especiais, denominado em nosso sistema jurídico, Parcerias público-privadas.

As parcerias público-privadas, em que pese possuírem acepções diversas e marcarem presença nos programas políticos em diversas partes do mundo, surgem no Brasil, a partir do advento da Lei nº 11.079/2004, com a denominação de concessões especiais e foram instituídas como instrumento intermediário entre os contratos administrativos de empreitada integral, a delegação tradicional de serviços públicos e as privatizações.

No que se refere aos serviços públicos, Bandeira de Mello, afirma que:

> [...] só merece ser designado como serviço público aquele concernente a prestação de atividade e comodidade material fruivél singularmente pelo administrado, desde que tal prestação se conforme a um determinado e especifico regime: regime de direito público, o regime jurídico administrativo. (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 625)

O presente trabalho é o resultado parcial de pesquisa mais ampla que visa investigar a possibilidade jurídica de coordenar, de forma sistêmica, as normas jurídicas setoriais de prestação de serviços públicos com o instrumento das Parcerias Público-Privadas, ou seja, indaga se o modelo das concessões especiais (PPPs) aplica-se em todos os setores de prestação de serviços públicos de competência federal.

Nesta discussão, o foco será dado à prestação da atividade e dos serviços portuários, de competência da União (art. 21, inciso, XII, alíneas “d” e “f” da CR 1988), recentemente regulamentados pela Lei n. 12.815/2013 e pelo Decreto nº 8.033/2013.

A Nova lei dos Portos manteve a pluralidade de regimes (público e privado) para o desempenho das operações, atividades e gestão da infraestrutura portuária. Para a prestação

dos serviços portuários sob o regime jurídico de direito público foi estabelecida tanto a possibilidade de prestação direta pelo Poder Público quanto a hipótese de delegação aos particulares, por meio dos instrumentos da concessão ou do arrendamento (art. 1º, §§ 1º e 3º). Além disto, a legislação portuária vigente permitiu aos particulares instituírem terminais portuários privados, por intermédio do instrumento jurídico da autorização (art. 1º, §2º), sob o regime de direito privado, sujeito, entretanto, à disciplina regulatória por parte de órgãos e entidades vinculadas à União, notadamente a Secretaria Especial de Portos e a ANTAQ.

Assim, conjugando o projeto mais amplo com a discussão setorial, este artigo visa analisar se as alterações promovidas na Nova Lei de Portos, no tocante ao regime jurídico das parcerias entre os setores público e privado, previram o modelo da concessão como o instrumento central das parcerias, bem como se as Parcerias Público-Privadas aplicam-se à delegação das atividades e serviços portuários.

Este trabalho vale-se, inicialmente, da análise dos dados primários atinentes à legislação sobre o tema, circunscritas notadamente na vertente dogmático-jurídica, sem se valer, portanto, do estudo de casos e do próprio funcionamento dos serviços.

O objetivo principal da abordagem é compreender, a partir das noções teóricas de serviço público e governança pública, o âmbito de aplicação das concessões especiais (PPPs) na prestação de serviços portuários, de competência da União.

O referencial teórico da pesquisa, a partir da noção de Estado pós-moderno (CHEVALLIER, 2009), pressupõe, inicialmente, que a governança pública deve agrupar em "[...] novos arranjos de atores (redes, alianças etc.), três diferentes lógicas: a do Estado (hierarquia), a do mercado (concorrência) e a da sociedade civil (comunicação e confiança)." (KISLLER & HEIDEMANN, 2006, p. 486)

Tem-se como quase-hipótese de pesquisa a seguinte afirmação: considerando que na Nova Lei de Portos, o incentivo à participação do setor privado foi alçado como diretriz da atividade portuária, supõe-se que os serviços portuários, de competência da União, por possuírem regime jurídico complexo no tocante às parcerias entre os setores público e privado, combinam a delegação de serviços públicos e o exercício do poder de polícia em matéria regulatória. Neste sentido, há possibilidade jurídica de coordenar, de forma sistêmica, as normas jurídicas da Nova Lei de Portos com o instrumento das Parcerias Público-Privadas, em que pese não ser a forma prioritária de delegação destes serviços.

Visando responder as indagações formuladas, o trabalho enfrentou alguns aspectos da legislação portuária que se aproximam ou se afastam do regime jurídico das Parcerias Público Privadas, mediante a exploração dos temas que compõem a estrutura deste

trabalho, a saber: a) diretrizes gerais da Nova Lei de Portos; b) delegação dos serviços portuários e as concessões; c) características gerais das Parcerias Público-Privadas; d) relações entre a delegação dos serviços portuários e o modelo das parcerias público-privadas.

2 DIRETRIZES GERAIS DA NOVA LEI DE PORTOS

Sob fortes e intensos debates, o novo marco regulatório para o setor portuário brasileiro erigiu-se pela Medida Provisória nº 595/2012, que revogou totalmente a Lei nº 8.630/1993, que foi marcada pela descentralização do planejamento e das decisões estratégicas, bem como pela transferência das operações portuárias ao setor privado. (GOLDBERG, 2009)

Dentre os debates levantados, erigiu-se o caráter cíclico de centralização-descentralização, tanto no que se refere ao planejamento, decisões e ações estratégicas no setor, quanto na exploração dos serviços e instalações portuárias. Considerando as alterações legislativas sobre a matéria, no tempo, ora as atividades portuárias foram mais diretamente executadas pela União, que possui sua titularidade, ora noutras circunstâncias, foram condicionadas à interveniência de outros entes estatais ou mesmo de particulares.

Neste aspecto, os debates acerca do novo modelo permeavam a centralização-descentralização da atividade, bem como a participação dos particulares em sua execução. De um lado, aqueles que defendiam a administração portuária descentralizada (Cf. LIRA, VIEIRA E MARCHETTI, 2013), mencionavam que a vigência da Lei Federal nº 8.630/1993 (“Lei dos Portos”) e do Decreto n.º 6.620/2008 (revogadas pelo novo marco regulatório) afiançavam que esta administração centralizada propiciaria o aumento da burocracia no que se refere aos trâmites necessários para investimentos e obras nos portos, situação que traria percalços para o fomento e crescimento do setor.

Lado outro, ARAGÃO (2001), defendia que, no Brasil, as atividades portuárias deveriam ser reguladas, pois os agentes financeiros, no exercício livre da atividade portuária, tenderiam a maximizar seus lucros em detrimento do interesse coletivo. Continuava, argumentando que os benefícios da prestação de serviços portuários, a preços baixos, bem como a qualidade e desempenho satisfatórios seriam auferidos por toda a sociedade, em cada área de influência social do setor portuário.

Ultrapassados os debates em torno do modelo de gestão dos Portos, o novo marco regulatório - a Lei Federal n.º 12.815/2013 - e o Decreto nº 8.033/2013 que regulamenta a citada Lei, definiram um modelo de administração dos portos brasileiros que foi considerado,

por muitos, centralizado. Assim, o Governo Federal, por meio de sua Secretaria de Portos da Presidência da República, bem como, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ) passaram a ter maiores poderes de regulação sobre as atividades portuárias.

No que se refere a ANTAQ, importante destacar que sob a égide da lei revogada, esta Agência Reguladora exercia a função de Poder Concedente, sob as diretrizes da SEP – Secretaria Especial de Portos, órgão que detinha *status* de Ministério. Significa dizer que, embora o órgão de governo exercesse a função política de avaliar a conveniência e oportunidade em licitar a infraestrutura do Porto Organizado, quem figurava na qualidade de Poder Concedente era a ANTAQ. (MOREIRA NETO & FREITAS, 2015. p. 30)

Conforme lições dos autores, neste modelo a Agência exercia a função de entidade contratante, comprometendo sua independência, sob o foco da neutralidade, no exercício da função regulatória setorial, que compreendia funções regulamentares, aplicação de penalidades regulamentares e contratuais; intervenção na prestação de serviços; homologação de reajustes etc. (MOREIRA NETO & FREITAS, 2015, p. 32)

Nesta esteira, o novo marco regulatório do setor portuário procurou reequilibrar o exercício do poder regulador, vez que, no art. 1º, Parágrafo Único, do Decreto nº 8.033/2013, a função de Poder Concedente foi transferida da ANTAQ para a SEP – Secretaria Especial de Portos, centralizando as atividades decisórias e operacionais em matéria regulatória.

Para Moreira Neto e Freitas, num contexto em que as concessões de serviços públicos se dão a longo prazo e cuja contratação envolve um plexo de relações jurídicas, o concessionário não pode ficar ao alvedrio de interesses de governo, podendo-se afirmar que a segurança jurídica deste projeto depende de regulação, equidistante e técnica, dos interesses das partes contratantes, do 'jogo político' e das questões contratuais que afrontem a proporcionalidade. (MOREIRA NETO & FREITAS, 2015, p. 34)

Assim, tal modificação proporcionou equidistância necessária entre o estado e o mercado, ao retirar a função de Poder Concedente da ANTAQ, uma vez que equilibrou as funções técnicas, exercíveis por ente regulador do setor, deixando as questões políticas, como a delegação ou não dos serviços, por exemplo, para órgãos do governo, *in casu*, a SEP.

Dentre os pontos positivos da Nova Lei de Portos, há que se mencionar a unificação do comando das operações portuárias através do operador portuário; a eliminação de privilégios presentes na legislação passada, seja da administração do porto, dos trabalhadores ou de usuários; a instauração da competitividade, principalmente com a autorização dos terminais de uso privativo para movimentar cargas, inclusive de terceiros; a

consolidação da legislação portuária, pela própria lei, além da busca de modernização para o setor.

Por se tratar de serviços públicos, o desenvolvimento da atividade portuária deve se dar com a estrita observância dos princípios constitucionais de que trata o regime jurídico administrativo, bem como aqueles previstos nos arts. 20, II "a" e 28 "I", da Lei nº 10.233/2001, que dispõe sobre a reestruturação dos serviços regulados pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ, quais sejam: princípio da eficiência, da segurança, conforto, regularidade, pontualidade, generalidade, atualidade e modicidade de tarifas.

No que toca diretamente ao escopo deste trabalho, mister ressaltar que, na Nova Lei de Portos (art. 3º, V), o incentivo à participação do setor privado foi alçado como diretriz da atividade portuária, com o claro objetivo de aumentar a competitividade entre os interessados em obter a delegação dos serviços, quanto para o desenvolvimento da atividade no País.

Para melhor entendimento do novo marco regulatório do setor portuário no presente estudo, necessário se faz levantar, portanto, a regulamentação dada às parcerias previstas com o setor privado, com ênfase nas concessões.

3 PRESTAÇÃO E DELEGAÇÃO DOS SERVIÇOS PORTUÁRIOS

Conforme previsão constitucional (art. 21, XII, incisos "d" e "f", da Constituição Federal/88), compete à União "[...] explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: [...] os serviços de transporte [...] aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território e [...] os portos marítimos, fluviais e lacustres. Assim, a exploração da atividade portuária é considerada serviço público federal, cuja prestação poderá se dar tanto de forma direta quanto indireta.

Também definiu a Constituição da República a competência para legislar, privativamente, sobre regime dos portos, navegação lacustre, fluvial, marítima, aérea e aeroespacial. (art. 22, inciso X, da Constituição Federal/88).

Em que pese a suposta enumeração das hipóteses de prestação indireta do serviço na Constituição da República - por meio da autorização, concessão e permissão - a legislação portuária trouxe formas diversas do exercício desta atividade por outros entes federativos e

consórcios públicos, por meio do instrumento da delegação[1], e também pelos particulares, por meio da concessão[2] ou do arrendamento[3] (art. 1º, §§ 1º e 3º e art. 2º, incisos IX, X, XI e XII), não tendo sido prevista a modalidade de permissão para a delegação destes serviços.

Além disto, a legislação portuária vigente permitiu aos particulares instituírem instalações portuárias, por intermédio do instrumento jurídico da autorização[4] (art. 1º, §2º), sob o regime de direito privado, sujeito, entretanto, à disciplina regulatória por parte de órgãos e entidades vinculadas à União, notadamente a Secretaria Especial de Portos e a ANTAQ. Estas atividades abrangem, nos termos do art. 8º da Lei 12.815, as seguintes modalidades: a) terminal de uso privado; b) estação de transbordo de carga; c) instalação portuária pública de pequeno porte e d) instalação portuária de turismo.

Considerando o fato de que as Parcerias Público-Privadas são espécies de concessões especiais, conforme desenvolvido mais detidamente adiante, será feita a discussão apenas do instrumento da concessão na Nova Lei de Portos.

3.1 A concessão na Nova Lei de Portos

O art. 2º da Lei nº 12.815/2013, descreve, inicialmente, os conceitos operacionais aptos a aplicação do marco regulatório. A nova lei compreende como "porto organizado" (art. 2º, inciso I) o bem público construído e aparelhado para atender a necessidades de navegação, de movimentação de passageiros ou de movimentação e armazenagem de mercadorias, e cujo tráfego e operações portuárias estejam sob jurisdição de autoridade portuária.

A "área do porto organizado", conforme descreve o art. 2º, inciso II, da Lei nº 12.815/2013, foi descrita como área delimitada por ato do Poder Executivo que compreende as instalações portuárias e a infraestrutura de proteção e de acesso ao porto organizado.

No que tange ao presente estudo, tem-se que o desempenho das funções da administração do porto e a exploração direta e indireta das instalações portuárias, nele localizadas[5], são passíveis de concessão e arrendamento.

---

[1] Art. 2º [...] X - delegação: transferência, mediante convênio, da administração e da exploração do porto organizado para Municípios ou Estados, ou a consórcio público, nos termos da Lei nº 9.277, de 10 de maio de 1996;

[2] Art. 2º [...] IX - concessão: cessão onerosa do porto organizado, com vistas à administração e à exploração de sua infraestrutura por prazo determinado;

[3] Art. 2º [...] XI - arrendamento: cessão onerosa de área e infraestrutura públicas localizadas dentro do porto organizado, para exploração por prazo determinado;

[4] Art. 2º [...] XII - autorização: outorga de direito à exploração de instalação portuária localizada fora da área do porto organizado e formalizada mediante contrato de adesão;

[5] Art. 1º, § 2º, § 1º A exploração indireta do porto organizado e das instalações portuárias nele localizadas ocorrerá mediante concessão e arrendamento de bem público. (BRASIL, 2013)

A nova lei trouxe o conceito de porto organizado, porém, a área de porto organizado restou definida pelo Decreto nº 8.033/20131, tendo sido previsto que esta poderá ser aumentada e diminuída.[6] Conforme previsão legal[7], a delimitação da área do porto organizado será proposta pela SEP ao Presidente da República e deverá considerar a adequação dos acessos marítimos e terrestres, os ganhos de eficiência e competitividade decorrente da escala das operações e as instalações portuárias já existentes.

Ainda que, conforme explanado, tenha sido previsto que a União poderá explorar, direta ou indiretamente, os portos e as instalações portuárias, assim como as atividades desempenhadas pelos operadores portuários (art. 1º da Lei nº 12.815/2013), a administração do porto será exercida diretamente pela União, pela delegatária ou pela entidade concessionária do porto organizado, ou seja, sempre a União será parte da administração portuária junto com a delegatária ou concessionária.

No Decreto regulamentar foi previsto, inclusive, que o poder concedente (União) será exercido por intermédio da Secretaria de Portos da Presidência da República - SEP (art. 1º, Parágrafo Único do Decreto nº 8.033;2013). A SEP é a responsável pelo planejamento de todo o setor portuário, inclusive pelos portos fluviais e lacustres. Ainda por determinação legal à SEP caberá a elaboração do Plano Nacional de Logística Portuária – PNLP e do Plano Geral de Outorgas – PGO, bem como, da aprovação dos planos de desenvolvimento e zoneamento – PDZs de cada porto. A SEP também é a responsável pelas outorgas, concessões, autorizações, arrendamentos e delegações (art. 17, 18 e 19 da Lei nº 12.815/2013).

As formas de delegação da exploração indireta do porto organizado e das instalações portuárias nele localizadas, como mencionado, foram a concessão e o arrendamento de bem público, passando-se a tratar desta última.

Pela lei, a concessão é cessão onerosa do porto organizado, com vistas à administração e à exploração de sua infraestrutura por prazo determinado. (art. 2º, inciso IX, da Lei nº 12.815/2013)

Conforme lições de Moreira Neto & Freitas, tal concessão trata de típico contrato de concessão de serviço público, conforme previsto no art. 175 da CF/88, por meio do qual o concessionário administra e explora a infraestrutura do porto, sob o regime *publicatio*, o que

[6] A Nova Lei determinou que as poligonais de áreas de portos organizados que não atendam a tais considerações fossem adaptadas no prazo de 1 ano, contado da data de publicação da Lei nº 12.815/2013.
[7] Art. 15 c/c § único. Ato do Presidente da República disporá sobre a definição da área dos portos organizados, a partir de proposta da Secretaria de Portos da Presidência da República. (BRASIL, 2013)

importa na prestação de um serviço portuário adequado. (MOREIRA NETO & FREITAS, 2015, p. 79).

4 CONCESSÕES COMUNS E CONCESSÕES ESPECIAIS (PPPs)

4.1 Concessões comuns

Conforme previsão da Lei nº 8.987/1995 que dispõe sobre o regime de concessão de serviços públicos, seu art. 2º traz dois tipos de concessões: a) a concessão de serviço público, que é a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado e, b) a concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado.

No que concerne aos contratos, a lei geral de concessões e permissões (Lei n. 8.987/1995) dispõe que são cláusulas essenciais do contrato de concessão, dentre outras: os critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade do serviço; o preço do serviço e aos critérios e procedimentos para o reajuste e a revisão das tarifas; os direitos, garantias e obrigações do poder concedente e da concessionária, inclusive os relacionados às previsíveis necessidades de futura alteração e expansão do serviço e conseqüente modernização, aperfeiçoamento e ampliação dos equipamentos e das instalações; aos direitos e deveres dos usuários para obtenção e utilização do serviço; à forma de fiscalização das instalações, dos equipamentos, dos métodos e práticas de execução do serviço, bem como a indicação dos órgãos competentes para exercê-la; às penalidades contratuais e administrativas a que se sujeita a concessionária e sua forma de aplicação; aos casos de extinção da concessão; aos bens reversíveis; aos critérios para o cálculo e a forma de pagamento das indenizações devidas à concessionária, quando for o caso; às condições para prorrogação do contrato; à obrigatoriedade, forma e periodicidade da prestação de contas da concessionária ao poder concedente; à exigência da publicação de demonstrações financeiras periódicas da concessionária; e ao foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais.

A política tarifária nas concessões comuns diz respeito à contraprestação paga pelo usuário devido a utilização do serviço. Neste escopo, a concessão comum disciplinada pela Lei n. 8.987/95 dispõe sobre a relação contratual entre o poder concedente e o concessionário de natureza bilateral, sendo a remuneração oriunda de tarifas, previamente estipuladas, pagas pelo usuário.

Marques Neto adverte que poderá haver concessão de serviço público sem ônus para o usuário, possibilitando, inclusive, a tarifa zero (2009, p. 345).

No caso das concessões, estas devem ser procedidas de licitação, e, no caso, há previsão expressa, na Lei nº 8.987/1995, da modalidade concorrência, ressalvando em caso da venda de ações ou quotas sociais, o uso de leilão.

Conforme lições de Marçal Justen Filho, em análise da Lei nº 8.987/1995 sob a luz dos comandos principiológicos constitucionais, dentre eles o da dignidade humana, menciona que:

> [...] será vedada a subvenção quando configurar uma forma de beneficio injustificado para o concessionário. Não se admite, em face da própria constituição, é o concessionário receber benesses do poder concedente, com pagamentos destinados a eliminar de modo absoluto o risco intrínseco e infestável. Mas não haverá inconstitucionalidade quando a contribuição estatal for instrumento para assegurar a modicidade da tarifa, valor fundamental para o cumprimento das destinações do serviço publico, ou a realização das funções estatais inerentes à persecução do interesse objetivo. (2003. P.93)

No mesmo sentido, no que tange as concessões comuns, da Lei n 8.987/1995:

> [...] é possível que o serviço público seja explorado pelo particular delegatário do poder público e sua remuneração não seja atribuída exclusivamente pelo usuário do serviço publico. É o que ocorre frequentemente, nas hipóteses de subsídio tarifário quando define-se que, por ser o valor da tarifa economicamente justa (ou seja, aquela que remunera o investimento, os custos da prestação e uma razoável margem de lucro ao particular) excessivamente alto para a capacidade de pagamento dos usuários potenciais do serviço publico, o poder publico subsidiara a tarifa, concorrendo para que o valor cobrado de quem dele se utiliza seja inferior aquele calculado economicamente. (MARQUES NETO, 2009, p. 341-349)

Na Lei Geral de Concessões (Lei nº 8.987/1995) a questão das garantias do poder concedente à concessionária é tratada de maneira imprecisa e genérica (art. 23, V[8]) quando dispõe sobre as cláusulas essenciais do contratos de concessão. Mas, grosso modo, quem deve oferecer garantias no âmbito da contratação é a concessionária, tal como previsto no art. 18,

[8] Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas: [...] V - aos direitos, garantias e obrigações do poder concedente e da concessionária [...] (BRASIL, 2015)

XV[9]; art. 23, Parágrafo Único, II[10]; não cabendo, portanto, ao Poder Concedente, em regra, oferecer garantias ao concessionário. Até porque, como dito anteriormente, nas concessões comuns os concessionários executam o serviço por sua conta e risco.

Após o advento da Lei das PPPs (Lei nº 11.079/2004), além das concessões comuns previstas na Lei nº 8.987/1995, surgiram as concessões especiais, denominadas concessões especiais, com características e regime jurídico específico.

4.2 Concessões especiais (Parcerias Público Privadas): características gerais

O principal instrumento legal editado após o advento da Lei Geral de Concessões, que regulamentou o art. 175 da Constituição da República de 1988, para a contratação e delegação de serviços públicos ao setor privado encontra-se a normatização do modelo das Parcerias Público-Privadas (PPPs), em sentido estrito, que teve origem no Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, em 1995. Segundo Carlos Ari Sundfeld, a edição da lei das PPPs (Lei nº 11.079/2004) tem "traços comuns reconhecíveis" com a Lei Geral de Concessões (Lei nº 8.987/1995) e foi editada para viabilizar contratos específicos que ainda não podiam ser feitos até aquele momento (SUNDFELD, 2007, p. 20-21).

Os escopos comumente atribuídos às PPPs, neste contexto, foram os de atrair investimentos do setor privado; valorizar o mercado e substituir os monopólios públicos; tornar financeiramente mais eficiente a prestação dos serviços e explorar a expertise da gestão privada, que passa a contribuir no sistema de governança pública (FREEMAN, 2000; CHEVALLIER, 2005; OLIVEIRA, 2010; KISLLER & HEIDEMANN, 2006).

As parcerias público-privadas são concessões especiais, ou seja, contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa. O próprio conceito de ambas pode ser retirado do texto legal, qual seja, Lei 11.079 de 2004, art. 2ª, §§ 1º e 2º.

No que se refere a concessão patrocinada, esta nada mais é que a concessão comum, porém, nesta, enquanto o concessionário presta o serviço ao usuário e este lhe paga, como contraprestação pecuniária, uma tarifa. Na concessão patrocinada, portanto, há duas

[9] Art. 18. O edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos e conterá, especialmente: [...] XV - nos casos de concessão de serviços públicos precedida da execução de obra pública, os dados relativos à obra, dentre os quais os elementos do projeto básico que permitam sua plena caracterização, **bem assim as garantias exigidas para essa parte específica do contrato**, adequadas a cada caso e limitadas ao valor da obra; (BRASIL, 2015)

[10] Art. 23 [...] Parágrafo único. Os contratos relativos à concessão de serviço público precedido da execução de obra pública deverão, adicionalmente: [...] II - exigir garantia do fiel cumprimento, pela concessionária, das obrigações relativas às obras vinculadas à concessão. (BRASIL, 2015)

contraprestações pecuniárias: uma tarifa paga pelo usuário e uma contraprestação paga pelo poder concedente, com instituição de garantia ao parceiro privado dessa contraprestação. Outra diferença da concessão comum da concessão patrocinada é que o risco é repartido entre o parceiro público e o parceiro privado, pois na concessão comum o serviço é prestado por conta e risco da concessionária, como visto.

Já a concessão administrativa, trata de concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado e a segunda, o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.

Conceitualmente, as Parcerias Público Privadas são ajustes contratuais que, sem formar nova pessoa jurídica, são organizadas entre os setores público e privado, para a consecução de fins de interesse público.

Em sentido amplo pode-se entender parceria como qualquer forma de colaboração, econômica ou social, visando à satisfação do interesse público, independente da existência do lucro.

No âmbito da Lei nº 11.079, entretanto, a PPP foi definida em sentido estrigo, ou seja, segundo Di Pietro, a PPP é

> [...] o contrato administrativo de concessão que tem por objeto (a) a execução de serviço público, precedida ou não de obra pública, remunerada mediante tarifa paga pelo usuário e contraprestação pecuniária do parceiro público, ou (b) a prestação de serviço de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, com ou sem execução de obra e fornecimento e instalação de bens, mediante contraprestação do parceiro público. (DI PIETRO, 2012, p. 148)

Diogo de Figueiredo Moreira Neto, define as parcerias público privadas como modalidade de colaboração entre o setor privado e o setor público em que as entidades não estatais participem em atividades estatais de índole econômica, auferindo lucros em sua execução. (MOREIRA NETO, 1997, p. 75)

Nos termos da legislação vigente, não constitui parceria público-privada a concessão comum, sendo aquela concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando não envolver contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado. Aqui, a questão definidora da parceira

público privada, nos termos da legislação em comento (art. 2º, § 3º da Lei nº 11.079/2004) é a existência da contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

Carlos Ari Sundfeld (2009, p. 21), assevera que a possibilidade de oferecimento pelo poder concedente de adicional à tarifa paga pelo usuário já existia no ordenamento jurídico brasileiro, na concessão comum, razão pela qual sua viabilidade prática estava dependendo da criação de um adequado sistema de garantias, que protegesse o concessionário contra o inadimplemento do concedente – o que ocorre na lei de PPPs.

Dentre as características que se agregam para diferenciar a concessão comum da PPP a Lei 11.079/2004 (art. 2º, §3º) veda a celebração de contratos de PPPs de valor inferior a R$ 20.000,00 (vinte milhões de reais) e em cujo período de prestação do serviço seja inferior a 5 (cinco) anos e que tenha como objeto único o fornecimento de mão-de-obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública. Na concessão comum não há limite de valores (a maior ou menor) para o contrato.

Com o fito de melhor adequação do contrato e melhor prestação de serviços via PPPs, na contratação destas deverá sempre observar as exigências traçadas na norma geral de contratação de PPPs (art. 4º da Lei nº 11.079/2004), quais sejam, eficiência no cumprimento das missões de Estado e no emprego dos recursos da sociedade; respeito aos interesses e direitos dos destinatários dos serviços e dos entes privados incumbidos da sua execução; indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado; responsabilidade fiscal na celebração e execução das parcerias; transparência dos procedimentos e das decisões; repartição objetiva de riscos entre as partes; sustentabilidade financeira e vantagens socioeconômicas dos projetos de parceria.

No que tange às PPPs, há estabelecimento de que em tais contratos deverá ser observado o disposto no art. 23 da Lei Geral de Concessões (Lei n. 8.987/1995), quanto às cláusulas essenciais do contrato, dentre eles, os direitos, as garantias e as obrigações do poder concedente e da concessionária, inclusive os relacionados às previsíveis necessidades de futura alteração e expansão do serviço e consequente modernização, aperfeiçoamento e ampliação dos equipamentos e das instalações, penalidades contratuais e administrativas a que se sujeita a concessionária e sua forma de aplicação etc.

Expressamente, a norma legal relativa às PPPs dispõe que nos contratos o prazo de vigência deverá constar de forma compatível com a amortização dos gastos realizados, nunca inferior a cinco nem superior a 35 anos, admitida eventual prorrogação.

Também há previsão de penalidades aplicáveis à Administração Pública e ao parceiro privado em caso de inadimplemento contratual, fixadas sempre de forma

proporcional à gravidade da falta cometida, e às obrigações assumidas; a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária; as formas de remuneração e de atualização dos valores contratuais; os mecanismos para a preservação da atualidade da prestação dos serviços; os fatos que caracterizem a inadimplência pecuniária do parceiro público, os modos e o prazo de regularização e, quando houver, a forma de acionamento da garantia; os critérios objetivos de avaliação do desempenho do parceiro privado.

No que diz respeito ao prazo de duração do contrato de PPP, tratando-se de contratos que demandam altos investimentos, sua exploração deve ter duração mínima de modo a garantir a remuneração do investimento, do mesmo modo. Algumas experiências de PPPs executadas em outros países demonstraram ser necessária a estipulação de prazo máximo para evitar abusos como a celebração de contratos tendentes à perpetuidade, além da conveniente limitação de prazo em contratos que implicam em pagamentos públicos, como bem asseveram Maurício Ribeiro e Lucas Prado. (RIBEIRO; PRADO, 2007. p. 113).

Outra característica específica das PPPs vem a ser a prestação, pelo parceiro privado, de garantias de execução suficientes e compatíveis com os ônus e riscos envolvidos, observados os limites dos §§ 3º e 5º do art. 56 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e, no que se refere às concessões patrocinadas, o disposto no inciso XV, do art. 18 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, bem como, o compartilhamento com a Administração Pública de ganhos econômicos efetivos do parceiro privado decorrentes da redução do risco de crédito dos financiamentos utilizados pelo parceiro privado.

Há ainda a possibilidade de realização de vistoria dos bens reversíveis, podendo o parceiro público reter os pagamentos do parceiro privado, no valor necessário para reparar as irregularidades eventualmente detectadas - característica aplicável às concessões comuns, na forma do contido na Lei 9.987/1995 - bem como a definição de cronograma para o repasse ao parceiro privado das parcelas do aporte de recursos, na fase de investimentos do projeto e/ou após a disponibilização dos serviços, sempre que verificada a hipótese do § 2º do art. 6º da Lei das PPPs.

Deste modo, relevante entender os dispositivos citados, como instrumentos para maximização da eficiência econômica no estabelecimento das multas contratuais, cuja adequabilidade e proporcionalidade possam constituir incentivo para o cumprimento pelo parceiro privado de suas obrigações, reduzindo, tanto quanto possível, o preço pago pelo poder público e pelo usuário.

Outra característica importante da PPP está o compartilhamento dos riscos entre o poder concedente e o concessionário em caso de incidência de prejuízos, ou outras formas de déficit, ainda que decorram de fatos imprevisíveis, como caso fortuito, força maior ou fato do príncipe (art. 4º, V, da Lei nº 11.079/2004). Trata-se, inclusive, de outra peculiaridade do contrato de PPP, o que alerta para a necessidade de constante controle sobre o objeto da contratação, bem como a verificação prévia da relação custo-benefício do empreendimento projetado.

Por fim, importante citar a necessidade de preservação da atualidade dos serviços, pelo parceiro privado, para que o usuário tenha garantida a prestação adequada dos serviços. Em tempos de rápida evolução técnica e tecnológica, é necessário que a prestação dos serviços acompanhe tais mudanças. Neste sentido, a Lei de PPP, exige a previsão contratual de mecanismos aptos a garantir tal direito aos usuários, como já previsto na concessão comum.

4.3 Concessões na Nova Lei de Portos

Já na lei de Portos, a concessão foi definida como "[...] cessão onerosa do porto organizado, com vistas à administração e à exploração de sua infraestrutura por prazo determinado" (art. 2º, IX, da Lei nº 12.815/2013). Prevê ainda que as concessões serão outorgadas a pessoa jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco. (art. 1º, § 3º). Neste aspecto, a lei de Portos parece aproximar-se muito mais das modalidades de concessão comum do que das concessões especiais (PPP), já que nesta última, como visto, foi previsto expressamente o compartilhamento de riscos.

Por esta razão, José dos Santos Carvalho Filho afirma que concessionário do serviço portuário "[...] desempenha uma atividade delegada por sua conta e risco. Trata-se de característica própria da concessão [comum]. Por essa razão, o concedente nenhuma responsabilidade tem no que se refere às contratações firmadas pelo concessionário." (CARVALHO FILHO, 2014, p. 465)

A concessão será precedida de licitação (art. 5º da Lei nº 12.815/2013), podendo ser realizado o leilão (art. 6º, §1º), sem prejuízo, portanto, da utilização da concorrência que é a modalidade selecionada na concessão comum e nas PPPs. Foram também fixadas as cláusulas essenciais do contrato de concessão portuária, dispostas no art. 5º, tais como: a) fixação de critérios, os investimentos de responsabilidade do contratado; b) direitos e deveres dos usuários; c) obrigações correlatas do contratado e as sanções respectivas; d) responsabilidades das partes; e) reversão de bens; f) aos direitos, garantias e obrigações do

contratante e do contratado, inclusive os relacionados a necessidades futuras de suplementação; g) alteração e expansão da atividade e consequente modernização, aperfeiçoamento e ampliação das instalações; h) à forma de fiscalização das instalações, dos equipamentos e dos métodos e práticas de execução das atividades, bem como à indicação dos órgãos ou entidades competentes para exercê-las; i) as garantias para adequada execução do contrato e à responsabilidade do titular da instalação portuária pela inexecução ou deficiente execução das atividades, dentre outras elencados nos demais incisos do dispositivo citado.

Moreira Neto e Freitas afirmam que em tais contratos se aplica, supletivamente, a Lei nº 8.987/1995 (Lei Geral de Concessão e permissão de Serviços Públicos), ressaltando, porém, não se tratar de concessao de serviço público tradicional – também denominada concessão comum -, considerando que o concessionário, celebrando o contrato com o Poder Concedente (União), assumirá competências de administração do Porto[11], tratando-se, pois, da acumulação de funções de exercício de polícia administrativa e exploração direta e indireta de instalações portuárias. (MOREIRA NETO & FREITAS 2015. p, 81)

Quanto a remuneração do concessionário, considerando os critérios de julgamento das licitações, previsto no art. 6º da Lei nº 12.815/2013[12], a remuneração poderá ser feita não só pela tarifa paga pelo usuário dos serviços mas por outras fontes de receitas, como as previstas no art. 44 da Lei[13], nas hipóteses em que o serviço puder ser utilizado por terceiro que não a concessionária. Assim, nada impede que na licitação e no respectivo contrato seja previsto o pagamento pelo próprio poder concedente, configurando a hipótese de concessão administrativa prevista na Lei nº 11.079/2004, até porque, conforme previsto no art. 2º, inciso V, da nova lei de portos, poderá a Antaq aprovar a realização de investimentos não previstos nos contratos de concessão.[14]

Há que se ressaltar, porém, que muito embora o concessionário exerça a função de polícia administrativa, esta atribuição não desvirtua a natureza de delegação de serviço público da concessção do Porto Organizado. Conforme lição de Marçal Justen Filho:

[11] BRASIL, Decreto nº 8.033/2013. Art. 20.
[12] "Art. 6º - Nas licitações dos contratos de concessão e arrendamento, serão considerados como critérios para julgamento, de forma isolada ou combinada, a maior capacidade de movimentação, a menor tarifa ou o menor tempo de movimentação de carga, e outros estabelecidos no edital, na forma do regulamento."
[13] Art. 44. A Antaq disciplinará, após consulta pública, as condições de acesso por qualquer interessado, em caráter excepcional, às instalações portuárias arrendadas, autorizadas ou exploradas pela concessionária, assegurada remuneração adequada a seu titular.
[14] Art. 2º - Sem prejuízo de outras atribuições previstas na legislação específica, compete ao poder concedente: [...] V - aprovar a realização de investimentos não previstos nos contratos de concessão ou de arrendamento, previamente analisados pela Antaq;

> [...] A concessao do porto significa a delegação à iniciativa privada da competência (poder-dever) para organizar a exporar esse conjunto heterogêneo de atividades, bens e sujeitos, tendo por objeto a instituição e a exploração de um porto. Portanto, continuará a existir um porto público, mas sua gestão far-se-á por meio de atuação de unidade econômica disciplinada pelo direito privado. E assim se afirma precisamente porque o instituto da delegação não altera a natureza jurídica do objeto delegado" (*apud* MOREIRA NETO & FREITAS, 2015, p. 79)

Tais atribuições denotam, por sua vez, que no compartilhamento das atividades, haverá necessidade do parceiro privado gerir os serviços, realizando uma gama de atividades que demandarão expertise, alto volume de investimentos, a efetiva parceria e a gestão das atividades no âmbito do porto organizado.

O fato da Nova Lei de Portos não ter previsto expressamente a PPP como espécie de delegação da atividade portuária, ao prever a concessão como modalidade de delegação (art.1º, §1º[15] da Lei nº 12.815/2013), pode assimilar, vez que não há vedação expressa neste sentido, as concessões comuns e as especiais. Se fosse intenção do legislador restringir o uso das PPPs, teria determinado a aplicação do regime da Lei nº 8.987/1995 em detrimento do regime da Lei nº 11.079/2015. Neste caso, mister fazer a interpretação do sistema de contratações públicas que, como visto, prevê dois tipos de concessões (comuns e especiais).

Outro aspecto que denota esta possibilidade é a previsão de garantias à execução adequada do contrato (art. 5º, XI, da Lei nº 12.815/2015[16]). Por estar previsto de maneira genérica, o estabelecimento das garantias pode contribuir para o compartilhamento de riscos entre os Poder Concedente e o parceiro privado na atividade portuária, fortalecendo a interpretação sistêmica dos diversos modelos de concessões no sistema de contratação pública brasileira.

5 CONCLUSÃO

Considerando as questões levantadas neste trabalho, acerca da compatibilidade entre o regime da concessão especial da lei das PPPs e o serviço portuário, considera-se ser possível acolher a utilização desta modalidade de parceria, ultrapassadas algumas questões hermenêuticas e procedendo-se a avaliação sistêmica da legislação de contratação publica. Os

[15] Art. 1º Esta Lei regula a exploração pela União, direta ou indiretamente, dos portos e instalações portuárias e as atividades desempenhadas pelos operadores portuários.
§ 1º A exploração indireta do porto organizado e das instalações portuárias nele localizadas ocorrerá mediante concessão e arrendamento de bem público.
[16] Art. 5º São essenciais aos contratos de concessão e arrendamento as cláusulas relativas: [...] XI - às garantias para adequada execução do contrato;

obstáculos a serem transpostos dizem respeito a assunção de riscos nas parcerias; a remuneração do parceiro privado e as garantias oferecidas pelo parceiro publico.

Quanto a assunção de riscos nas parcerias, em que pese haver diferença entre a legislação da atividade portuária e da PPP, esta última pode definir que espécies de riscos poderão ser assumidas pelo parceiro privado, sem violação da legislação vigente.

Quanto as modalidades de parceria, possível a utilização da modalidade patrocinada e administrativa. Na modalidade de concessão patrocinada necessariamente haverá a contraprestação do parceiro público para o parceiro privado, além da tarifa cobrada dos usuários, a contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

A distinção entre a concessão comum e a concessão patrocinada se dá na forma de remuneração do concessionário – ou parceiro privado – uma vez que, na patrocinada, conforme previsão legal, além da tarifa paga pelos usuários há previsão de pagamento de contraprestação do parceiro público para o parceiro privado. E no caso da concessão administrativa a contraprestação, em sua integralidade, caberá ao parceiro publico. Daí, indaga-se se seria possível a contraprestação do parceiro publico, no caso das concessões portuárias.

No caso da aplicação da concessão administrativa da atividade portuária Portos, além da impossibilidade de cobrança de tarifas dos usuários, considerando a função e o contexto do serviço público prestado, talvez não seja esta a modalidade a ser escolhida pelo poder concedente. Ainda assim, vislumbra-se a possibilidade de aplicação desta modalidade pela natureza do serviço, bem como, pela possibilidade de sua utilização como fomento para o desenvolvimento da área e a expansão dos serviços.

Com um maior investimento do Poder Público no Setor através de sua remuneração ao parceiro privado, poderia não só incentivar o setor, bem como diminuir os custos da operação, fazendo com que os preços dos produtos sejam mais competitivos e de maior acesso a população.

Nesta perspectiva, a aplicação dependeria da intenção de atuação do governo no setor, no sentido de querer fomentar a área e dar-lhe maior competitividade e melhores preços aos usuários e beneficiados com a redução destes.

Alguns riscos para a aplicação se daria no sentido da ausência de previsão legal expressa. Porém, este argumento não se sustenta, considerando vislumbrar ordenamento jurídico como um todo e a interpretação do sistema de contratação pública, viabilizando a aplicação das PPPs a Concessão na Lei de Portos.

Por fim, considerando essas duas hipóteses, conclui-se que não viola o ordenamento jurídico brasileiro tal contraprestação tendo em vista garantir a efetiva prestação de serviços públicos em consonância com a modicidade de sua tarifa ou até mesmo de sua não implantação.

Ultrapassada a barreira jurídica – objeto deste trabalho - a questão permanece quanto às questões econômicas do modelo, ou seja, se o mecanismo orientado com base no desempenho e incentivo do setor privado, que são elementos para a escolha governamental das PPPs, funcionam para todos os setores ou são promissores apenas para alguns.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2009

_____. **O Conceito Jurídico de Regulação da Economia**. Rio de Janeiro: Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro, 2001.

BRASIL. **Lei n° 11.079**, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para **licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 31 dez. 2004. Disponível em: Acesso em 16 de agosto de 2015.

BRASIL. **Lei n° 8.666**, DE 21 DE JUNHO DE 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 22 jun. 1993. Disponível em: Acesso em 16 de agosto de 2015.

BRASIL. **Lei nº 8.987**, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 14 fev. 1995. Disponível em: < http://www. planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8987cons.htm#art15v> Acesso em 16 de agosto de 2015.

BRASIL. **Lei n. 8.630**, de 25 de fevereiro de 1993. Dispõe sobre o regime jurídico da exploração dos portos organizados e das instalações portuárias e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br. Acesso em 30/06/15

BRASIL. **Lei n. 12.815**, de 05 de junho de 2013. Dispõe sobre a exploração direta e indireta pela União de portos e instalações portuárias e sobre as atividades desempenhadas pelos operadores portuários. Disponível em: HTTP:// www.planalto.gov.br. Acesso em 10/07/15.

BRASIL. **Decreto n. 8.033**, de 27 de junho de 2013. Regulamenta o disposto na Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013, e as demais disposições legais que regulam a exploração de

portos organizados e de instalações portuárias. Disponível em: http://www.planalto.gov.br. Acesso em 15/07/15

CARVALHO FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 27. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

CHEVALLIER, Jacques. A governança e o direito. **Revista de Direito Público da Economia**. Belo Horizonte, n. 12, 2005.

DI PIETRO. Maria Silvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública. Concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas**. 9. ed. são Paulo. Atlas. 2012.

FREEMAN, Jody. The private role in public governance. **New York University Law Review**. New York, v. 75, nº 543, 2000, 109 p.

JUSTEN FILHO. Marçal. **Teoria Geral das concessões de serviço publico.** São Paulo: Dialética, 2003.

GOLDBERG, David Joshua Krepel. **Regulação do Setor Portuário no Brasil: uma análise do novo modelo de concessão de portos organizados**. São Paulo: USP/Catálogo de Dissertações de Mestrado, 2009.

KISSLER, Leo; HEIDEMANN, Francisco G. Governança pública: novo modelo regulatório para as relações entre Estado, mercado e sociedade? **RAP**, Rio de Janeiro, nº 40, v. 3, Maio/Jun. 2006, p. 479-99.

LIRA, Armando Santos; VIEIRA, Isabel; MARCHETTI, Melina. **Nova Regulação dos portos: desafios e oportunidades**. Rio de Janeiro: Agência Nacional de Transportes Fluviais, 2013.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Concessão de Serviço Público sem ônus para o usuário**.** In.: WAGNER JR., Luiz Guilherme Costa (org.) **Direito Público:** Estudos em homenagem ao professor Adilson Abreu Dallari. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

MEDINA, Paulo. **O Princípio da Subsidiariedade.** In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. **As Vertentes do Direito Constitucional Contemporâneo.** Rio de Janeiro. América Jurídica. 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17 ed., São Paulo: MALHEIROS, 2004

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. FREITAS, Rafael Veras de. **A Nova regulação Portuária.** Belo Horizonte: Fórum, 2015.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Governança pública e parcerias do estado: a relevância dos acordos administrativos para a nova gestão pública. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado.** Salvador, nº 23, set.-nov. 2010.

REISS, Armim. Is the PPP model applicable across sectors? EIB Papers. **Innovative financing of infrastructure** – the role of public-private partnerships: Lessons from the early movers. European Investiment Bank. EIB PAPERS, v. 10, nº 2, 2005. Disponível em: <http://www.eib.org/efs/> Acesso em: maio 2015.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Guia Jurídico das Parcerias Publico Privadas. In:** SUNDFELD, Carlos Ari. (Coord.) **Parcerias Público Privadas**. São Paulo. Malheiros. 2009.