Natureza Jurídica dos Serviços Prestados pelos Terminais de Uso Privado

Cesar Luis Pereira de Campos. Procurador Federal. Graduado em Direito pela UERJ. Pós-graduado em Direito Civil Constitucional pela UERJ. Mestre em Direito Econômico e Desenvolvimento pela UCAM.

Sumário: Introdução; 1. Aspectos jurídicos da "autorização" prevista no artigo 21 da CRFB/88; 1.1. Autorização como delegação de serviço público; 1.2. Autorização como consentimento à exploração de atividades econômicas em sentido estrito; 2. Distinção entre serviço público e atividade econômica em sentido estrito; 3. Conclusão.

Palavras-chave: porto; natureza jurídica; terminal de uso privado; atividade econômica em sentido estrito.

Introdução

O presente artigo procura estabelecer a natureza jurídica dos serviços prestados pelos terminais de uso privado. Apesar de intuitivamente podermos classificá-los como atividades econômicas em sentido estrito, alguns doutrinadores que se pronunciaram no âmbito da ADPF n.º 139 defenderam posição contrária. Essa ação, ainda em trâmite no Supremo Tribunal Federal, discutia a possibilidade, ou não, do terminal de uso privativo misto movimentar cargas de terceiro. Tanto essa modalidade de exploração de instalação portuária, quanto o conceito de cargas de terceiro foram revogados pela Lei n.º 12.815/2013. Não obstante, entendemos que os argumentos outrora levantados na ADPF n.º 139[1] permanecem válidos

[1] Cristiana Maria Melhado Araújo Filho, ao tratar das alterações introduzidas na regulação do setor portuário pela MP n.º 595/2012, sintetiza bem as posições discutidas nessa ação: "A Medida Provisória nº 595/2012, em seu art. 2º, inc. IV, definiu terminal de uso privado como 'instalação portuária explorada mediante autorização, localizada fora da área do porto organizado'. O primeiro ponto a ser ressaltado é a modificação na nomenclatura dos terminais, que antes intitulados de uso privativo, passam a ser chamados de uso privado.41 Mais do que uma simples mudança terminológica, esta alteração reflete uma reformulação das características e requisitos necessários à outorga de autorização a terminais desta espécie. Pela normatização anterior, segundo restou estabelecido pelo Decreto nº 6.620/2008, a principal característica do terminal privativo era justamente movimentar carga

para discutirmos o tema.

1. Aspectos jurídicos da "autorização" prevista no artigo 21 da CRFB/88

Como não poderia deixar de ser precisamos iniciar nosso posicionamento crítico pela interpretação dos dispositivos constitucionais atinentes à questão.

Se considerarmos que a autorização configura uma delegação de serviço público, toda a interpretação infraconstitucional deverá se adaptar a esse entendimento, pois, caso contrário, poderíamos estar diante de uma inconstitucionalidade dos atos legais se o regime jurídico estipulado fosse incompatível com os princípios constitucionais atinentes a prestação dos serviços públicos.

Por outro lado, se entendermos que não há essa delegação, configurando-se, portanto, em uma atividade econômica em sentido estrito, enfrentaremos o problema dos limites de intervenção do Poder Público sobre a livre iniciativa.

O ponto de partida, como visto, são as disposições dos artigos 21, XII, 170, parágrafo único, 173 e 175 da CRFB/88, especialmente o vocábulo

---

própria ou preponderantemente própria, sendo possível em terminais mistos movimentar em caráter subsidiário e eventual carga de terceiros. O Decreto, neste ponto, teve o intuito de traçar uma regulamentação clara para instalações portuárias de uso privativo misto, colocando-as em um campo de atuação diverso daquele desenvolvido nos portos organizados. Com este regulamento, intentava-se por fim, na época, a uma discussão jurídica que se externou por meio de duas principais ações, a ADIN (Ação Direta de Inconstitucionalidade) nº 929/DF de 1993 e ADPF (Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental) nº 139/DF de 2008, e nesta última é possível verificar o posicionamento de vários doutrinadores sobre a questão. Em suma, era possível visualizar em mencionadas ações dois posicionamentos. O primeiro deles, que tinha por principal defensor José Afonso da Silva, pela inconstitucionalidade do dispositivo art. 4º, §2º, inc. II da LMP, que permitia a movimentação de carga de terceiros em terminais privativos de uso misto, segundo defendia consistente tal ato em exploração de serviço público, sem licitação e por simples autorização.42 E outra corrente, assumida pela maior parte da doutrina administrativista,43 admitia a constitucionalidade de terminais privativos de uso misto se a autorização se desse para movimentação de carga própria e somente subsidiariamente de carga de terceiros, deste modo não havendo propriamente transferência de exploração de serviço público." LIMA, Cristiana Maria Melhado Araujo. "Pacote portuário": o que mudou?. Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF, Belo Horizonte, ano 2, n. 3, jan./jun. 2013. Disponível em: <http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=90963>. Acesso em: 17 dez. 2013.

"autorização", constante nos dois primeiros dispositivos.

> Art. 21. Compete à União
> [...]
> XII - explorar, diretamente ou mediante **autorização, concessão ou permissão**:
> [...]
> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
> [...]
> Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, **independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei**.
> [...]
> Art. 173. **Ressalvados os casos previstos nesta Constituição**, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.
> [...]
> Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de **concessão ou permissão**, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. (grifos nossos)

As duas maneiras de se interpretar a "autorização" diferenciam-se, basicamente, pela conclusão dos efeitos de sua ausência no artigo 175 e na titularidade das atividades listadas no artigo 21, XII.

1.1 Autorização como de delegação de serviços públicos

Se tratarmos a autorização como forma de delegação de serviço público, precisaremos construir nossa fundamentação a partir da conclusão de que a titularidade das atividades listadas no artigo 21, XII, pertence exclusivamente à União, não podendo, portanto, serem caracterizadas como atividades econômicas em sentido estrito. Essa titularidade estatal sobre as atividades econômicas, conforme observado anteriormente, é o principal elemento apontado pela doutrina para caracterizá-las como serviço público.

A conclusão pode ser reforçada pelo fato de que no corpo do mesmo enunciado normativo menciona-se a concessão e a permissão, que são formas expressamente previstas no artigo 175 de outorga para prestação de serviços públicos. Surge, então, a necessidade de compatibilizar essa interpretação com a ausência naquele dispositivo da previsão da autorização como meio de outorga. A coordenação entre os dois enunciados constitucionais é realizada, então, com a defesa da especialidade do artigo 21, XII, frente ao art. 175, de modo a se sustentar a previsão de uma

forma de delegação de serviço público que dispensa a exigência de licitação. Essa especialidade decorre do objeto (atividades especificamente listadas frente aos serviços públicos genericamente considerados) e do sujeito (União frente ao Poder Público), que são mais restritos no inciso XII.

1.2 Autorização como consentimento à exploração de atividade econômica em sentido estrito

Na ponta oposta, a afirmação de que a autorização não configura outorga de prestação de serviço público busca construir um vínculo entre o inciso XII do artigo 21 e o parágrafo único do artigo 170, não observando a existência de titularidade estatal sobre as atividades elencadas naquele inciso. Não se verifica, assim, a especialidade frente ao artigo 175, servindo este de base para reforçar a argumentação de que as atividades não constituem serviço público pelo fato de a autorização não estar prevista como forma de outorga para sua prestação e destinar-se ao consentimento para a prestação de atividades sob regime privado.

O raciocínio dessa interpretação confere destaque ao enunciado do artigo 173, que prevê a possibilidade de o Estado explorar diretamente atividades econômicas nos casos previstos na Constituição ou por razões de segurança nacional ou relevante interesse coletivo, definidos em lei. É possível enxergar nas autorizações previstas no inciso XII do artigo 21 algumas das exceções a que o art. 173 faz remissão, possibilitando ao Estado explorar diretamente ou mediante autorização atividades econômicas sob as quais não detenha titularidade.

Não havendo a titularidade do Estado sobre as atividades econômicas objeto de autorização, o regime a que estas se submetem deve sofrer menos restrições que o dispensado aos serviços públicos, em observância à livre iniciativa e à livre concorrência.

Nossa preferência pela segunda linha de interpretação decorre, também, do fato desta conferir ao ordenamento jurídico maior possibilidade de se adaptar à dinâmica da economia.

Caso se considere a autorização uma forma de delegação de serviço público, a única distinção entre os serviços concedidos e autorizados será, como visto, a possibilidade de dispensa do processo licitatório para sua

outorga, reduzindo, com isso, o campo de atuação estatal sobre a ordem econômica. Estabelecer um regime de direito público para serviços autorizados, sem prévia licitação, prejudica a aplicação do postulado da proporcionalidade na intervenção estatal na economia ao negar a possibilidade de um regime mais brando para atividades onde se verifique menor necessidade de uma ação restritiva por parte do Estado.

Não seria possível conferir efeitos do regime privado a atividades econômicas submetidas à autorização, pois, uma vez classificadas como serviço público, se submeteriam a princípios típicos do regime público.[2] Ademais, ao se admitir disciplinas diametralmente opostas para atividades enquadradas numa mesma categoria jurídica, a utilidade do conceito de serviço público é perdida por deixar de traduzir a extração de efeitos comuns. Ou seja, considerar a possibilidade de um serviço público ser exercido sob regime privado, subtrai do conceito de serviço público um elemento que lhe é essencial – regime próprio -, uma vez que a livre iniciativa e a livre concorrência, características intrínsecas do regime privado, não se coadunam com a titularidade estatal sobre determinada atividade econômica.

2. Distinção entre serviço público e atividade econômica em sentido estrito

Como essa interpretação gera dicotomia entre os regimes incidentes sobre atividades de um mesmo setor, surge a questão de diferenciar quais devem ser caracterizadas como serviço público, - sendo objeto de outorga mediante concessão ou permissão, sempre mediante licitação -, e quais podem ser enquadradas como atividades econômicas em sentido estrito, consentidas por autorização.

Marçal Justen Filho defende a inexistência de discricionariedade por parte do legislador infraconstitucional para estabelecer essa diferenciação, pois a Constituição teria implicitamente determinado quais atividades devem ser consideradas "serviço público", *verbis*:

---

[2] De acordo com Diogo de Figueiredo Moreira Neto os princípios informativos específicos dos serviços públicos são: generalidade; continuidade; regularidade, eficiência, atualidade, segurança, cortesia e modicidade. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, pp. 416-420.

> "[...] Diversos pensadores brasileiros sustentam caber ao legislador uma ampla competência discricionária para escolha do regime jurídico aplicável a qualquer atividade de exploração de recursos escassos.
>
> Essa tese não se afigura como correta, especialmente por ser incompatível com a sistemática constitucional. A interpretação sistemática que tome em vista os princípios fundamentais sobre os quais se alicerça a organização do Estado brasileiro é absolutamente incompatível com essa interpretação. O autor já manifestou a sua orientação sobre o tema, em outras oportunidades.18 Por ora, basta afirmar que o regime de serviço público foi imposto constitucionalmente como instrumento de realização de valores fundamentais.
>
> Ou seja, uma determinada atividade deve ser configurada, em face da ordem jurídica, como serviço público ou como atividade econômica. Mas essa configuração não depende de uma escolha puramente discricionária do legislador infraconstitucional. Todas as atividades que se configurarem como instrumento de realização dos valores e princípios fundamentais, cuja prestação for indispensável para a satisfação de necessidades comuns a todos os membros da coletividade e se traduzir num imperativo constitucional, serão necessariamente subordinadas ao regime de serviço público.
>
> Ora, a afirmativa de que o porto representa um instrumento essencial para a realização de valores prestigiados constitucionalmente, sendo a sua implantação e operação um instrumento para satisfação direta e imediata dos direitos fundamentais, conduz ao reconhecimento inafastável da incidência do regime de Direito Público. No seu conjunto, o porto configura a prestação de um serviço público, subordinando-se a sua existência e operação ao regime correspondente."[3]

O problema dessa posição é que se baseia em noções relativamente abstratas e indeterminadas, como "satisfação de necessidades comuns", cuja maior concreção no ordenamento somente é alcançada pela edição de normas infraconstitucionais fruto de um debate no âmbito do Legislativo. Explica-se.

Não é possível estabelecer *a priori* quais atividades econômicas são instrumentos de realização de "valores e princípios fundamentais", levando, portanto, a serem submetidas a um regime jurídico mais restrito. Não há um vínculo estático e direto que possa ser objetivamente determinado entre tais atividades e a realização daqueles valores.

A evolução técnica pode ocasionar que serviços antes considerados essenciais para o atendimento das necessidades comuns tornem-se menos relevantes, enquanto outros, tratados inicialmente como "artigo de luxo"

---

[3] JUSTEN FILHO, Marçal. O regime jurídico dos operadores de terminais portuários no Direito brasileiro. Revista de Direito Público da Economia - RDPE Belo Horizonte, n. 16, ano 4 Outubro / Dezembro 2006 Disponível em: <http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=38667>. Acesso em: 17 dez. 2013.

popularizem-se com o tempo. Um bom exemplo são os telefones públicos e os celulares.

Antes do desenvolvimento da telefonia celular, os "orelhões" e a telefonia fixa comutada eram considerados essenciais para a universalização dos serviços de telecomunicações. No entanto, foi uma atividade prestada sob regime privado, a telefonia móvel, que obteve, ao longo do tempo, maior sucesso na satisfação das necessidades coletivas, deixando de ser um serviço acessível a poucos e transformando-se na forma mais disseminada de telecomunicação, a ponto do número de celulares superar atualmente a população total do país.

A internet é outro exemplo de como é mutável o vínculo entre uma determinada atividade e a realização de valores e princípios fundamentais. Nos seus primórdios, e não estamos nos referindo há tanto tempo assim, a rede mundial de computadores possuía apenas uma pequena fração da relevância econômica e estratégica que detém hoje em dia. Sequer existia ao tempo em que foi promulgada a Constituição da República. Atualmente, é um dos principais meios no mundo de acesso a informações, podendo ser considerada, no Brasil, essencial para a efetividade do princípio da publicidade dos atos estatais, muito mais do que os Diários Oficiais impressos. Entretanto, mais uma vez, nunca foi tratada pelo ordenamento jurídico como serviço público.

Como se vê, essa dinâmica no vínculo entre atividade econômica e valores e princípios fundamentais impossibilita a adoção de uma compreensão estática e abstrata das normas constitucionais que resulta no engessamento do legislador infraconstitucional, inviabilizando a deliberação democrática acerca da definição dos interesses coletivos da sociedade brasileira em determinado momento histórico.

Julgar quando determinada atividade econômica deva caracterizar-se como serviço público envolve juízo de natureza política da representatividade majoritária, que é a quem compete definir a melhor forma de satisfação das necessidades coletivas, dentro do campo

discricionário aberto pelo ordenamento constitucional.[4]

A ausência de discricionariedade do legislador infraconstitucional também encontra obstáculo no valor fundamental da livre iniciativa. O raciocínio desenvolvido por Marçal leva à conclusão de que se a atividade é relevante para a consecução dos valores constitucionais deve ser considerada serviço público, partindo da premissa implícita de que a realização dos valores e princípios fundamentais não pode ser alcançada no âmbito da livre iniciativa e livre concorrência. Ora, se a Carta Magna vedasse que qualquer atividade essencial para o desenvolvimento econômico e social do país fosse exercida sob o regime privado, devendo estar restrita à titularidade estatal, como compreender o fato de a própria Constituição da República ter elevado a livre iniciativa ao status de fundamento expresso da ordem econômica, de acordo com seu artigo 170, *caput* e parágrafo único? Tendo-se em mente esse valor fundamental e o princípio da subsidiariedade[5], a interpretação mais consentânea com a

---

[4] José Vicente Santos de Mendonça corrobora essa visão expondo que "não existe nem nunca existiu instância exegética a-histórica ou supra-constitucional que permita deduzir o que é 'relevante interesse coletivo' ou 'imperativo de segurança nacional', conceitos que legitimam a intervenção direta concorrencial (art. 173, caput, da Constituição da República), muito menos que tipos de atividade reclamam aquele dado de relevância que justificam sua transformação em serviço público, resta buscá-los no consenso político-social de cada tempo e lugar. Em outras palavras: a intervenção monopolística e concorrencial, e as estatais que as operam, estão configuradas menos na estrutura da Constituição da República ou nas lições da doutrina jurídica do que no sentimento da comunidade a respeito do que devam ser". SANTOS DE MENDONÇA, José Vicente. *A captura democrática da Constituição Econômica: uma proposta de releitura das atividades públicas de fomento, disciplina e intervenção direta na economia à luz do pragmatismo e da razão pública*. Tese de doutorado apresentada ao Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito Público: Rio de Janeiro, 2010. p. 192.

[5] Sobre a função do princípio da subsidiariedade como limitador da atuação estatal nos remetemos às lições de Floriano de Azevedo Marques Neto: "A atuação estatal sobre o domínio econômico há de ser residual. Isso não a faz desnecessária ou dispensável. Ela é imperativa sempre que a capacidade dos atores econômicos ou põe em risco um valor de natureza coletiva (o meio ambiente, o uso de um bem escasso, um serviço de relevância social), ou se mostra insuficiente para se atingir uma finalidade de interesse geral da coletividade (a universalização de um serviço, a acessibilidade de uma comodidade, o incremento da competição, a satisfação dos usuários de um bem essencial etc). Apenas existindo uma e outra situação é que se fará cogitável a ação estatal sobre o domínio econômico. As mesmas peias genéricas que se põem para a atuação estatal direta na economia, existem para restringir a atuação regulatória no domínio econômico. Note-se, porém, que no entendimento aqui esposado não estou a estender o princípio da subsidiariedade de modo a só admitir a intervenção regulatória estatal nas situações em que um

ordem econômica seria considerar justamente o contrário, ou seja, somente retirando da livre iniciativa determinada atividade - conferindo, por conseguinte, sua titularidade ao Poder Público -, quando: a) ela não for capaz de satisfazer plenamente as necessidades coletivas definidas democraticamente pelo legislador infraconstitucional; b) não existir outras formas menos gravosas de controle; e, c) houver previsão constitucional de que a atividade possa ter sua titularidade reclamada pelo Poder Público. Na ausência dessa previsão constitucional, o Poder Público poderá exercer a atividade sob regime privado, caso o legislador infraconstitucional julgue incidir sobre sua prestação relevante interesse coletivo, tornando sua prestação obrigatória.

Mas, retornando a necessidade de distinção entre as atividades gerada pela dicotomia apontada, como ela se dará então?

A doutrina analisada neste estudo trabalha a diferenciação com base no interesse satisfeito na prestação da atividade econômica. Portanto, se houver predominância de satisfação do interesse coletivo a atividade deverá ser caracterizada como serviço público, caso contrário, será atividade econômica em sentido estrito.

Em princípio, o critério do tipo de interesse satisfeito pela atividade parece razoável. Entretanto, consideramos seu papel secundário na distinção, apenas servindo eventualmente para reforçar a argumentação a favor de uma ou outra posição acerca da natureza jurídica do serviço prestado pelos terminais portuários, pois existem atividades privadas objeto de autorização que são voltadas para a satisfação de interesses coletivos. O setor de telecomunicações serve novamente como exemplo.

Mais relevante ainda para o presente trabalho é o exemplo do transporte aquaviário, o qual, segundo a própria Lei n.º 10.233/2001, é objeto de autorização (art. 12, V, "b"), sendo, deste modo, exercido sob

---

mercado se revele deficiente. Para a linha aqui exposta, a regulação é justificada (e, portanto, conforme ao princípio da subsidiariedade) caso hajam objetivos de interesse público que o mercado, no seu livre devir, não lograria alcançar". MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Limites à Abrangência e à Intensidade da Regulação Estatal . Biblioteca Digital Revista de Direito Público da Economia - RDPE Belo Horizonte, n. 1, ano 1 Janeiro / Março 2003 Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=12712>. Acesso em: 28 maio 2011.

regime de liberdade de preços dos serviços, tarifas e fretes, e em ambiente de livre e aberta competição, conforme dispõe o artigo 43, II, dessa Lei. Portanto, se a satisfação dos interesses coletivos pelos terminais portuários depende da sua lógica conjugação com os serviços de transporte aquaviário, os quais, por sua vez, não são caracterizados pelo ordenamento legal como serviço público, não é viável utilizar tal critério para distinguir a natureza jurídica das modalidades de exploração dos terminais portuários.

Destacamos, ainda, a previsão do artigo 44, II da Lei n.º 10.233/2001, segundo a qual o termo de autorização indicará as condições para adequação da atividade às finalidades de atendimento ao interesse público, à segurança das populações e à preservação do meio ambiente. Desse modo, a própria legislação estabelece obrigações aos terminais de uso privativo voltadas à satisfação dos interesses coletivos.

Logo, a melhor maneira de verificar a natureza jurídica de determina atividade é analisar seu regime jurídico e sua forma de outorga previstos na legislação de regência do setor.

Pode-se imaginar que bastaria examinar a forma de outorga, haja vista defendermos, com base nos argumentos apresentados, que a autorização não é forma adequada de delegação de serviço público. Porém, a legislação nem sempre é uniforme na adoção da nomenclatura jurídica, tornando-se necessária a análise das características do instituto para extrairmos sua correta classificação. Outra questão que pode aflorar e precisa ser previamente enfrentada no caso concreto diz respeito à incompatibilidade entre o regime jurídico previsto na lei e o modo de outorga do consentimento estatal, surgindo a necessidade de analisarmos ambos os elementos.

Feitas estas considerações, passaremos, neste momento, a examinar a disciplina jurídica do setor portuário, buscando verificar se os terminais de uso privado foram definidos como atividade econômica em sentido estrito ou como serviço público.

3. Conclusão

Destaca-se, inicialmente, que o consentimento estatal para a exploração desse tipo de terminal é conferido mediante autorização,

conforme previsto no artigo 8º, I da Lei n.º 12.815/2013 e no artigo 14, III, "c" da Lei n.º 10.233/2001, sem necessidade de prévia licitação (apesar da legislação em vigor mencionar a realização prévia de chamada ou anúncio públicos e, quando for o caso, processo seletivo público).

A Lei n.º10.233/2001 estabeleceu para os serviços autorizados um regime de liberdade de preços e de competição incompatíveis com a prestação de serviços públicos. Nesse aspecto, aliás, a remissão feita pelo artigo 33 à Lei n.º 8.987/95[6] não é suficiente para caracterizar como de direito público o regime jurídico previsto para as autorizatárias. Se examinarmos essa Lei veremos que em momento algum ela trata especificamente da outorga mediante autorização, e considerando a necessidade de compatibilizar a disciplina da Lei n.º 10.233/2001 com a da Lei de Concessão e Permissão de Serviços Públicos verificaremos que poucos dispositivos desta incidem sobre os serviços autorizados.

A Lei n.º 8.897/95 encontra-se dividida em doze capítulos: 1) disposições preliminares; 2) do serviço adequado; 3) dos direitos e obrigações dos usuários; 4) da política tarifária; 5) da licitação; 6) do contrato de concessão; 7) dos encargos do poder concedente; 8) dos encargos da concessionária; 9) da intervenção; 10) da extinção da concessão; 11) das permissões; e, 12) disposições finais e transitórias.

Como a autorização é concedida mediante ato unilateral, independente de licitação e sob regime de liberdade de preços pode-se verificar que os capítulos sobre o processo licitatório, a política tarifária, o contrato de concessão, as permissões, a extinção da concessão e a intervenção teriam pouca ou nenhuma incidência sobre os serviços autorizados. A única parte da Lei n.º 8.987/95 com alguma relevância jurídica para o regime dos terminais portuários de uso privado seria aquela que traz as características de um serviço adequado e os direitos e obrigações dos usuários, e mesmo neste ponto poderia ser levantada a necessidade de algum sopesamento, por não se tratar de serviço público

[6] Art. 33, da Lei n.º 10.233/2001: "Os atos de outorga de autorização, concessão ou permissão a serem editados e celebrados pela ANTT e pela ANTAQ obedecerão ao disposto na Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, nas subseções II, III, IV e V desta Seção e nas regulamentações complementares a serem editadas pelas Agências".

delegado por concessão ou permissão.

A obrigação de continuidade e a ausência de liberdade na fixação de preços são as características principais de diferenciação entre o regime jurídico incidente sobre os serviços públicos e a disciplina das atividades econômicas em sentido estrito[7]. Logo, mesmo com a remissão à Lei n.º 8.987/95, o regime jurídico previsto na Lei n.º 10.233/2001 para os serviços autorizados, ao excepcionar a incidência daquelas faculdades estatais, não se coaduna com o regime próprio dos serviços públicos.

No que pertine à forma de outorga, a autorização, ao contrário da concessão, pode ser prorrogada sucessivamente, sem limite prazo, desde que satisfeitas as condições da outorga. Ao contrário do que ocorre com as concessões e arrendamentos, as autorizações para exploração de terminais privados não preveem a possibilidade de reversão de bens.

Temos, então, que tanto o regime, como a forma de sua outorga caracterizam os terminais de uso privado como sendo uma atividade econômica em sentido estrito, e não um serviço público. Essa conclusão revela a existência de regimes jurídicos distintos no âmbito dos serviços portuários.

Nesse sentido, nossa conclusão encontra-se consentânea ao posicionamento defendido por Cristiana Maria Melhado Araújo Lima[8], *verbis*:

> "O regime jurídico atual estabelecido pela Medida Provisória nº 595/2012 para o serviço portuário pode ser resumido como:
> De um lado um Regime Jurídico de Direito Privado, previsto principalmente pela Medida Provisória para aplicação nos terminais de uso privado localizados fora da área do porto organizado, sendo a gestão do espaço e a prestação do serviço privadas. O particular nestes terminais explora a instalação portuária, podendo movimentar todo tipo de carga, independentemente de sua titularidade. A regulação do serviço é estatal e realizada pela SEP e ANTAQ, sendo necessária a outorga de autorização

---

[7] A reversão de ativos e a possibilidade de sua encampação pelo Poder Público são comumente mencionadas como características das concessões de serviço público. No entanto, entendemos que tais faculdades decorrem mais da titularidade estatal sobre os bens arrendados, do que propriamente de uma característica intrínseca da prestação de serviços públicos. Distinguimos, portanto, o arrendamento de bens públicos da outorga da concessão de serviço público.

[8] LIMA, Cristiana Maria Melhado Araujo. "Pacote portuário": o que mudou? Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF, Belo Horizonte, ano 2, n. 3, jan./jun. 2013. Disponível em: <http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=90963>. Acesso em: 17 dez. 2013.

> por esta Agência para que o particular explorasse instalação portuária fora da área do porto organizado."

Referência bibliográfica

JUSTEN FILHO, Marçal. O regime jurídico dos operadores de terminais portuários no Direito brasileiro. Revista de Direito Público da Economia – RDPE. Belo Horizonte, n. 16, ano 4 Out./Dez. 2006. Disponível em:<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=38667>. Acesso em: 17 dez. 2013.

LIMA, Cristiana Maria Melhado Araujo. "Pacote portuário": o que mudou? Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF, Belo Horizonte, ano 2, n. 3, jan./jun. 2013. Disponível em: <http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=90963>. Acesso em: 17 dez. 2013.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Limites à Abrangência e à Intensidade da Regulação Estatal. Biblioteca Digital Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, n. 1, ano 1, Jan./Mar. 2003 Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=12712>. Acesso em: 28 maio 2011.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SANTOS DE MENDONÇA, José Vicente. *A captura democrática da Constituição Econômica: uma proposta de releitura das atividades públicas de fomento, disciplina e intervenção direta na economia à luz do pragmatismo e da razão pública*. Tese de doutorado apresentada ao Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito Público: Rio de Janeiro, 2010.