

Daniel Bento Duarte

Direito — dos — Portos

Prefácio

José Vicente Santos de Mendonça

Apresentação

Alexandre Santos de Aragão

2ª edição

revista, atualizada e ampliada

2026



EDITORA
JusPODIVM

www.editorajuspodivm.com.br

A ESCALA DE *PUBLICATIO* NO SETOR PORTUÁRIO BRASILEIRO

Não apenas para divagações teóricas e abstratas nos será útil a figura da escala de *publicatio*. Propõe-se agora perquirir de que maneira os degradês acima delineados se manifestam concretamente na ordenação contemporânea do setor portuário brasileiro, na qual se vislumbra uma pluralidade de regimes jurídicos concomitantes para a exploração de infraestrutura portuária, cada qual submetida a uma intensidade regulatória específica.¹

A exploração dos portos é atividade prevista no art. 21, XII, “f”, da Constituição, podendo assim ser desenvolvida por variados modelos, como exposto no Capítulo anterior. Por essa razão, analisaremos não só os títulos habilitantes elencados pela Lei dos Portos (Lei nº. 12.815/2013) para a operação de cada tipo de instalação portuária, como também de que maneira o Poder Público de fato disciplina o regime jurídico daquelas.²

Afinal, já foi exposta a importância da investigação do regime jurídico de cada atividade para identificar a sua natureza, independentemente do

1. Afinal, até com relação aos serviços públicos a complexidade da atual regulação “em competição e o nascimento de subsistemas jurídicos em cada setor reclamam a análise setorial de cada serviço público, inviabilizando o tratamento uniforme dos serviços públicos como sendo sujeitos a um bloco comum de regras ou de prerrogativas. Afasta-se, assim, a ideia de regime jurídico único a reger a mesma atividade, substituindo-a pela ideia de regulação adequada e proporcional na medida necessária para o cumprimento dos objetivos constitucionais (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; GAROFANO, Rafael Roque. Notas sobre o conceito de serviço público e suas configurações na atualidade. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 12, n. 46, p. 63-77, abr./jun. 2014, p. 75)
2. Como resumem Rodrigo Pironti de Castro e Rafael Porto Lovato, o atual regime setorial portuário estabeleceu “dois regimes jurídicos distintos: o primeiro deles associado diretamente à noção de infraestrutura pública, submetido à jurisdição da autoridade portuária e cujos contratos seriam formalizados mediante concessão e arrendamento (precedidos de licitação); já o segundo ligado à ideia de infraestrutura privada, e o seu gozo pelos particulares seria dado mediante autorização (dispensado de licitação)” (CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de; LOVATO, Rafael Porto. Terminais portuários de uso privado: uma análise a partir do novo marco regulatório. In: PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coord.). *Direito Portuário Brasileiro*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, p. 235-244, 2020, p. 238-239).

rótulo que lhe é atribuído. A tarefa de perquirir o regime jurídico ao qual o legislador submeteu cada atividade é relevante na medida em que, ainda que sejam admitidas figuras híbridas no âmbito da escala de *publicatio*, a sua qualificação ou não como serviço público delimita o grau de ingerência que o Poder Público pode ter com relação àquela, por exemplo, se o prazo de exploração deve ser determinado, se pode ou não haver alteração unilateral do eventual instrumento de delegação, ou, ainda, intervenção ou encampação dos serviços por razões de interesse público.

É o que aduzem, na doutrina francesa, Jean-François Lachaume, Hélène Pauliat, Clotilde Deffigier e Aurélie Virot-Landaïs, ao afirmarem que, *prima facie*, a definição de uma atividade como serviço público ou privado atrai o correspondente regime jurídico. Porém, ressaltam os autores que, na realidade contemporânea europeia – o que também se verifica no caso brasileiro –, nem sempre o ordenamento é expresso ao qualificar a natureza jurídica de atividades de relevante interesse coletivo, por vezes regidas por ordenamentos especiais contemplando as peculiaridades de cada setor. Importa, assim, avaliar o regime jurídico concreto definido pelas normas setoriais para cada atividade, procurando-se investigar a sua respectiva natureza, por exemplo avaliando se há ou não um regime exorbitante do direito privado. Confirma-se, pela clareza, a posição dos mencionados autores sobre o tema:

“84. – Um regime jurídico específico. A boa lógica jurídica dita que o regime jurídico constitui a consequência de uma definição e não um de seus elementos. Entretanto, a construção amplamente jurisprudencial do direito administrativo e as soluções de tipo existencialista por vezes adotadas pelos tribunais acabam por subverter um pouco a lógica jurídica com, é verdade, a cumplicidade dos textos normativos que, ao criar uma atividade, não necessariamente especificam sua natureza. Cabe, portanto, ao juiz, seja ele nacional ou europeu, verificar se, no regime jurídico ao qual o ordenamento submete essa atividade, estão presentes ou não os princípios e as regras geralmente encontrados no regime jurídico dos serviços públicos já identificados e reconhecidos: em caso afirmativo, a atividade será qualificada como serviço público ou serviço de interesse geral (econômico ou não econômico); ao contrário, e em princípio, ela não será qualificada como tal na ausência de um regime exorbitante do direito privado”³.

3. LACHAUME, Jean-François; PAULIAT, Hélène; DEFFIGIER, Clotilde; VIROT-LANDAÏS, Aurélie. *Droit des services publics*. 4. ed. Paris: LexisNexis, 2021, p. 51 (tradução livre).

Como acima mencionado pela doutrina francesa, de fato, também no direito brasileiro, não raro as leis que disciplinam certos setores de infraestrutura não qualificam expressamente as atividades por elas regidas como serviços públicos ou atividades econômicas privadas.

Exemplo eloquente é o setor portuário, no qual a Lei nº. 12.815/2013 sequer menciona a expressão “serviço público”⁴ para se referir às atividades de exploração de instalações portuárias sobre as quais dispõe. Embora faça o diploma alusão aos títulos habilitantes para a exploração de portos por particulares (concessão, arrendamento público e privado ou autorização), o que, como exposto no Capítulo III.1.2, pode denotar a natureza da atividade, apenas o exame do regime jurídico de cada instrumento pode de fato elucidar a natureza daquelas.

É assim o setor portuário um campo fértil de investigação, por ser um típico caso de “modelo de assimetria regulatória: permite-se que, em uma mesma atividade, um agente atue por meio da delegação de serviço público, observando o regime jurídico de direito público, e outro exerça atividade econômica, de titularidade privada, sendo habilitado por meio de autorização, submetendo-se, por sua vez, ao regime privado. A intervenção direta do estado na economia – leia-se regulação estatal – terá gradações distintas”.⁵

Nesse cenário, examinaremos adiante as principais⁶ modalidades de exploração dos portos pelo Estado ou por particulares, previstas na Lei nº. 12.815/2013, organizando-as em ordem (em princípio) decrescente de intensidade de intervenção estatal, na escala de *publicatio*. Seguiremos assim o itinerário abaixo:

- (i) Exploração direta do Porto Organizado por entidades públicas federais, geralmente as companhias docas, constituídas na forma de empresas estatais (Capítulo IV.2);
- (ii) Exploração direta do Porto Organizado por entidades públicas estaduais, municipais ou consórcios públicos, mediante convênios de delegação, na forma da Lei nº. 9.277/1996 (Capítulo IV.2.1);
- (iii) Concessão do Porto Organizado a particulares (Capítulo IV.3);

4. A Lei nº. 12.815/2013 faz referência a “serviços públicos” em apenas duas oportunidades: (i) ao fazer alusão às embarcações usadas nas “obras de serviços públicos nas vias aquáticas do País”, para as quais é dispensável a intervenção de operadores portuários (art. 28, II); e (ii) para alterar a Lei nº. 5.025/1966, que dispõe sobre o comércio exterior, prevendo que “os serviços públicos necessários à importação e exportação deverão ser centralizados pela administração pública em todos os portos organizados” (art. 70).

5. JUCÁ, Paulo Renato. *Regulação do setor portuário*. São Paulo: Almedina, 2021, p. 47.

6. Para manter a objetividade do presente trabalho, focando nas modalidades de terminais de maior porte, trataremos de forma apenas ancilar de outros títulos habilitantes para a exploração portuária, como as estações de transbordo de cargas e as instalações portuárias públicas de pequeno porte.

- (iv) Contrato de arrendamento de parcela do Porto Organizado em regime de direito público, firmado entre a União e particular (Capítulo IV.4);
- (v) Contrato de arrendamento de fração do Porto Organizado em regime privado, celebrado entre o concessionário e terceiros (Capítulo IV.5); e
- (vi) Autorização para a exploração de terminal de uso privado, instrumentalizada por contrato de adesão (Capítulo IV.7).

Examinaremos não só as principais semelhanças e traços distintivos de cada um deles, como também o efetivo grau de intensidade de controle estatal, tanto por parte do legislador quanto do Poder Executivo e da Agência Nacional de Portos de Transportes Aquaviários – ANTAQ, a partir do comando do art. 21, XII, “f”, da Constituição Federal.

É nesse contexto que serão analisados sobretudo os seguintes aspectos gerais do regime jurídico de cada uma das modalidades de títulos habilitantes para a exploração de infraestrutura portuária, no que for, naturalmente, em cada caso cabível: (i) critério determinante do regime jurídico (ex.: localização geográfica); (ii) modo de escolha do prestador; (iii) eventual prazo de exploração; (iv) controle ou liberdade de preços; (v) cláusulas do instrumento de formalização, especialmente se presentes ou não cláusulas exorbitantes de alteração unilateral, intervenção, encampação e aplicação de penalidades, bem como se previsto o direito do particular ao equilíbrio econômico-financeiro; (vi) reversão de bens ou não; (vii) imposição ou não de obrigações típicas de serviços públicos (ex.: continuidade, universalização, atualidade, eficiência etc.).

No presente Capítulo, portanto, propomo-nos a examinar os aspectos gerais dos regimes jurídicos de exploração portuária como eles de fato são colocados em prática pelo Poder Público a partir da moldura legal e constitucional, para então explicitar de que forma aqueles desafiam concepções tradicionais do direito administrativo.

Como exposto na Introdução do presente trabalho, em princípio não surge a inovação do vácuo, sendo antes o resultado de constantes diálogos entre a tradição e a novidade que impulsionam a evolução das ciências em geral. Com o direito não é diferente. Não raro a inovação tem origem no desenvolvimento de noções tradicionais da disciplina jurídica, com frequência aplicadas de forma adaptada em ordenamentos especiais.

Observamos que a realidade contemporânea de setores de infraestrutura como o portuário, expressada em sua disciplina estatal, não se enquadra dicotomicamente na dualidade entre serviços públicos ou atividades

econômicas privadas, sendo antes manifestação dos variados degradês da escala de *publicatio*.

Ainda assim, como veremos, as particularidades atuais da regulação dos portos, marcada pela flexibilização do regime dos terminais públicos e a intensa regulação dos privados, também dificulta o enquadramento dos modelos de exploração portuária nos degraus da referida escala em que tradicionalmente encaixados. Em outras palavras, os regimes jurídicos dos portos, à primeira vista, como detalharemos neste Capítulo, parecem confrontar as características típicas tanto da ordenação dos serviços públicos quanto da regulação das atividades privadas, em especial as de interesse coletivo. Embora tenhamos concluído que a realidade contemporânea comporta regimes jurídicos híbridos na escala de *publicatio*, a análise do enquadramento de determinada atividade como serviço público ou não é relevante para a definição dos limites à ingerência que o Estado poderia sobre aquela exercer (*cf.* Capítulo III.1.1).

É por isso que no presente Capítulo, além dos contornos gerais dos regimes jurídicos de exploração portuária, pretendemos também estudar algumas peculiaridades específicas do setor, perquirindo de que maneira parecem elas desafiar dogmas tradicionais do direito administrativo geral, com relação aos instrumentos de delegação de serviços públicos e de regulação de atividades privadas de interesse coletivo.

Iremos perquirir por exemplo: (i) se as atribuições do concessionário do Porto Organizado subvertem ou não a lógica convencional da indelegabilidade do poder de polícia a privados; (ii) se certas especificidades dos arrendamentos portuários públicos (ex.: liberdade de preços, facultatividade do regime de bens reversíveis; exclusão de licitação em certos casos) são ou não compatíveis com o regime jurídico tradicional dos serviços públicos; (iii) se os arrendamentos privados desafiam ou não as concepções típicas de subconcessão e de subcontratação; e (iv) se a disciplina das autorizações portuárias estão ou não em consonância com a visão da tradicional da autorização enquanto instrumento de regulação de atividades privadas, em especial em razão da seleção pública para a escolha do autorizatário, pela sujeição ao planejamento setorial, a formalização por contrato, o prazo em princípio determinado, a imposição de obrigações típicas de serviços públicos etc.

Nossa proposta é investigar se de fato estamos diante de especificidades do setor portuário, aptas a demonstrar a insuficiência de certas noções gerais do direito administrativo para explicar a realidade contemporânea, ou se, por outro lado, na verdade sequer novidades consubstanciam, mas meramente a expressão adaptada, no setor portuário, daqueles mesmos dogmas tradicionais.

Até para que seja possível na sequência explicar os distintos meios de exploração portuária, iniciaremos adiante abordando a figura do Porto Organizado e a relevância da fixação da área de sua poligonal.

IV.1. POLIGONAL DO PORTO ORGANIZADO: CRITÉRIO GEOGRÁFICO PARA DEFINIÇÃO DO REGIME PÚBLICO OU PRIVADO, INCLUSIVE A OBRIGATORIEDADE OU NÃO DO OPERADOR PORTUÁRIO E DO TRABALHADOR PORTUÁRIO

Para contextualizar os acima referidos regimes jurídicos da exploração de portos, convém antes esclarecermos o que compreende a figura do Porto Organizado.

Como introduzido no Capítulo I.2, até a edição da MP nº. 595/2012, que deu origem à Lei nº. 12.815/2013, o marco legal do setor era a Lei nº. 8.630/1993. Nos termos desta (art. 1º, § 1º, I),⁷ o Porto Organizado como um todo poderia ser explorado diretamente pelo Poder Público ou ser delegado a particular mediante concessão, ou parcela da área daquele poderia ser explorada por particular por meio de contrato de arrendamento. Em ambas as hipóteses, a exploração seria submetida ao regime jurídico de direito público e os contratados privados prestariam serviços públicos a terceiros.

Por outro lado, já era admissível a exploração de infraestrutura portuária mediante autorização estatal, para operação dos denominados terminais de uso privativo, em regime privado, que poderiam estar situados fora ou até dentro da área do Porto Organizado, caso fosse o interessado titular do domínio útil do terreno (art. 4º, II, Lei nº. 8.630/1993).⁸ Ocorre que, para a operação de terminal de uso privativo, o autorizatório em regra estaria limitado à movimentação de carga exclusiva ou preponderantemente⁹ própria (terminal de uso privativo de uso exclusivo ou misto, respectivamente, cf. art.

7. Lei nº. 8.630/1993: “Art. 1º Cabe à União explorar, diretamente ou mediante concessão, o porto organizado. § 1º Para os efeitos desta lei, consideram-se: I – Porto Organizado: o construído e aparelhado para atender às necessidades da navegação, da movimentação de passageiros ou da movimentação e armazenagem de mercadorias, concedido ou explorado pela União, cujo tráfego e operações portuárias estejam sob a jurisdição de uma autoridade portuária; (Redação dada pela Lei nº 11.314 de 2006)”.

8. Lei nº. 8.630/1993: “Art. 4º Fica assegurado ao interessado o direito de construir, reformar, ampliar, melhorar, arrendar e explorar instalação portuária, dependendo: (...) II – de autorização do ministério competente, quando se tratar de terminal de uso privativo, desde que fora da área do porto organizado, ou quando o interessado for titular do domínio útil do terreno, mesmo que situado dentro da área do porto organizado”.

9. A carga de terceiros só poderia ser movimentada em caráter “subsidiário e eventual” nos termos do art. 35, II, do Decreto nº. 6.620/2008: “Art. 35. As instalações portuárias de uso privativo destinam-se à realização das seguintes atividades portuárias: I – movimentação de carga própria, em terminal portuário de uso exclusivo; II – movimentação preponderante de carga própria e, em caráter subsidiário e eventual, de terceiros, em terminal portuário de uso misto; e III – movimentação de passageiros, em instalação portuária de turismo”.

35 do revogado Decreto nº. 6.620/2008). Em outras palavras, não poderia prestar serviços indistintamente a terceiros, o que geralmente só faz sentido para grandes empresas, industriais ou agrícolas, por exemplo, que tenham demanda para escoar a sua produção via porto. A modelagem, naturalmente, afastava eventuais interessados que pretendiam investir estritamente na operação de infraestrutura portuária. A questão ensejou calorosos debates no setor, que não serão objeto deste trabalho.

Pois bem. Na vigência do atual marco legal do setor (Lei nº. 12.815/2013), o traço determinante do regime jurídico público ou privado para a operação de infraestrutura portuária passou a ser o critério geográfico, extinguindo-se a limitação de “carga própria” no setor: (i) a exploração do Porto Organizado em si ou de instalações portuárias dentro dele é efetuada em regime público, seja diretamente pelo Poder Público seja por meio de concessão ou arrendamento, respectivamente; e (ii) a exploração de instalações portuárias situadas fora da área do Porto Organizado é operacionalizada por autorização, em regime privado, instrumentalizada por contrato de adesão. Os terminais públicos e privados, portanto, passaram a competir frontalmente, já que ambos poderiam prestar o mesmo serviço indistintamente a terceiros. É o que se depreende da dicção da Lei nº. 12.815/2013:

“Art. 1º Esta Lei regula a exploração pela União, direta ou indiretamente, dos portos e instalações portuárias e as atividades desempenhadas pelos operadores portuários.

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

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

O Porto Organizado é definido como 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” (art. 2º, I). Isso não quer dizer, porém, que a partir da disposição legal todo e qualquer bem móvel ou imóvel localizado dentro da área do Porto Organizado passou a automaticamente ser um bem público.

Conforme explica a doutrina, “determinada área será (ou continuará) integrada ao porto organizado se restar demonstrada sua utilidade dentro da busca por eficiência e competitividade dessa infraestrutura pública. Se a área tiver alguma função dentro do planejamento feito para o porto organizado, para

a operação atual ou eventual expansão, deverá ser abrangida nos quadrantes da poligonal. Esse entendimento prevalece mesmo nos casos em que a área de interesse do porto organizado não seja, eventualmente, de titularidade pública, isto é, seja de propriedade privada. Nesse caso, a essencialidade da função desempenhada pelo bem justificará sua incorporação ao patrimônio público (ou eventualmente ao domínio útil) pelos mecanismos legalmente previstos. *A contrario sensu*, se um terreno de titularidade pública, inserido na poligonal, mostrar-se inócuo ao interesse público por não desempenhar qualquer função dentro do planejamento feito para o porto organizado, poderá simplesmente ser alienado e excluído da poligonal”.¹⁰

E arremata o autor: “a identificação da natureza do bem, se público ou privado, não advém da sua titularidade, mas da sua função. Cabe adotar um critério funcionalista, que se traduz na avaliação da função do bem para o alcance de determinado interesse público relevante. Se o bem se presta a uma utilidade pública, poderá ser considerado um bem público, mesmo se de titularidade de ente privado”.¹¹

Devem ser públicos os bens funcionalmente imprescindíveis para a consecução dos fins constitucionais e legais atinentes ao desenvolvimento do porto. Assim, a nosso ver, eventuais bens privados situados na área do Porto Organizado, inclusive imóveis, se necessários aos fins públicos àquele inerentes, podem ser desapropriados pelo Estado, mediante indenização por exemplo do domínio útil, no caso de terreno de marinha. Do contrário, pelo menos no caso dos bens imóveis, convém ao Poder Público alterar a área do Porto Organizado para assim excluir os bens que lhe sejam despidiendos.¹²

10. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Delimitação da poligonal dos portos organizados e o regime jurídico dos bens públicos. In: PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coord.). *Direito Portuário Brasileiro*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 329-350, p. 346.

11. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Delimitação da poligonal dos portos organizados e o regime jurídico dos bens públicos. In: PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coord.). *Direito Portuário Brasileiro*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 329-350, p. 346.

12. A questão ensejou calorosos debates doutrinários. Para Aline Lícia Klein, “o critério dominial, de titularidade do bem, não é suficiente para a definição da área do porto organizado” e entende ser “mais adequada a utilização de um critério funcionalista para a definição do porto organizado como bem público”. Dessa forma, “áreas que não são de domínio público e que não estejam sendo utilizadas para o desenvolvimento da atividade portuária, mas que sejam relevantes para a expansão do porto organizado, de acordo com os instrumentos de planejamento portuário e as perspectivas de incremento das atividades, deverão também ser incluídas na área do porto organizado” (KLEIN, Aline Lícia. O porto organizado como bem público e a delimitação da sua área. In: PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coord.). *Direito Portuário Brasileiro*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 401-412, p. 410). Também Maria Sylvia Zanella Di Pietro defende a adoção do critério funcionalista para definição dos bens públicos. A autora realça, no entanto, que, dentro da área do porto organizado, pode haver tanto bens públicos, exploráveis diretamente pela União ou por terceiros, quanto bens do domínio útil dos particulares, que são objeto de autorização. Quanto a estes, “a sua manutenção ou exclusão na área do porto organizado depende do interesse do Poder Público em utilizá-los ou não para atividade portuária”, observados os parâmetros estabelecidos pelo art. 15 da Lei nº 12.815, além do plano de desenvolvimento e zoneamento do porto organizado e do plano

A área do Porto Organizado, naturalmente, é uma ficção jurídica.¹³ É definida como a “área delimitada por ato do Poder Executivo que compreende as instalações portuárias e a infraestrutura de proteção e de acesso ao porto organizado” (art. 2º, II). Dessa forma, a área denominada “Poligonal do Porto Organizado” é instituída e modificada por ato do Poder Executivo, mediante Decreto Presidencial, que deve se pautar pelos seguintes parâmetros previstos no art. 15 da Lei nº. 12.815/2013: (i) adequação dos acessos marítimos e terrestres; (ii) ganhos de eficiência e competitividade oriundos

master. Assim, “se o bem é importante para o desenvolvimento de atividades portuárias, ele deve ser mantido na área do porto organizado, independentemente do conflito. Se o litígio se referir à questão do domínio (público ou privado) e for resolvido a favor da propriedade pública, nada haverá a providenciar pelo Poder Público, que simplesmente manterá a afetação ao desenvolvimento da atividade portuária. Se o conflito se resolver a favor da propriedade privada da área, o Estado terá a alternativa de adquiri-la pelos instrumentos jurídicos adequados (compra, desapropriação etc.) ou mantê-la em mãos do particular, mediante autorização. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Alteração da poligonal do porto organizado: requisitos materiais segundo a Lei nº 12.815/2013. In: PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coord.). *Direito Portuário Brasileiro*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 261-275, p. 265-568). Marçal Justen Filho, por sua vez, entende que a classificação do porto organizado como bem público “implica a titularidade estatal sobre o espaço físico”, porém reconhece que “isso não exclui a possibilidade de que a área do porto organizado compreenda, eventualmente, bens de titularidade privada” (JUSTEN FILHO, Marçal. O regime jurídico das atividades portuárias e seus reflexos sobre a delimitação do porto organizado. In: PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coord.). *Direito Portuário Brasileiro*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 291-310, p. 296). Para Carlos Ari Sundfeld e André Rosilho, “a lei, ao caracterizar o porto organizado como ‘bem público’, não teve o condão de automaticamente estatizar todos os bens abarcados pela vigente poligonal. Interpretação em sentido contrário não encontraria respaldo no ordenamento jurídico, que não admite confiscos”. Na verdade, de acordo com esses autores “o art. 2º da lei, ao definir o porto organizado como ‘bem público’, tratou apenas da natureza global do empreendimento, classificando-a como estatal (pública), sem qualquer alteração da titularidade pública ou privada dos direitos sobre imóveis incluídos na poligonal do porto” (SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. A redefinição da poligonal do porto organizado como mecanismo de desenvolvimento do setor portuário. In: PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coord.). *Direito Portuário Brasileiro*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 311-328, p. 321 e 327). Em sentido contrário, Cesar Pereira e Rafael Wallbach Schwind rejeitam a interpretação “em sentido econômico, não jurídico” dada ao art. 2º, I, da Lei nº 12.815/2013, pelo qual “poderia significar que o porto organizado consiste em um conjunto de elementos que realizam uma finalidade de interesse coletivo”, ainda que composto por bens do patrimônio particular”. Argumentam, contrariamente, que, em seu sentido jurídico, “a qualificação legal de um bem como público implica a sua incorporação ao patrimônio estatal, ainda que mediante processo de desapropriação” e que “não existe nenhuma razão para não se compreender o art. 2º, I, da Lei nº 12.815 em seu sentido jurídico”. Assim, “a qualificação de ‘bem público’ dada ao porto organizado pode implicar a expropriação das áreas particulares nele existentes, a fim de que sejam incorporadas ao patrimônio público e exploradas por particulares apenas mediante alguns dos atos de atribuição desse direito”. Com relação aos terminais de uso privativo existentes dentro dos portos organizados, os autores afirmam que “a adaptação possível poderia ser a licitação do terminal para que seja submetido ao mesmo regime dos demais terminais arrendados dentro de cada porto organizado” (PEREIRA, Cesar; Schwind, RAFAEL Wallbach. O marco regulatório do setor portuário brasileiro. In: PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coord.). *Direito Portuário Brasileiro*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 31-63, p. 44-45).

13. GOMES, Carlos Afonso Rodrigues. Portos públicos: descentralização mediante concessão, no regime jurídico estabelecido pela Lei nº 10.233/2001. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, ano 2011, n. 34, p. 91-132, abr. 2011. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/v2/revista/P140/E20824/32917>. Acesso em: 28 fev. 2026.

da escala das operações; e (iii) as instalações portuárias já implantadas, buscando aproveitar a infraestrutura preexistente.¹⁴

Para ilustrar o que até então procuramos elucidar com palavras, convém, até para fins didáticos, reproduzir imagem da poligonal do Porto Organizado do Rio de Janeiro, de 2019, compreendendo toda a área administrada pela estatal Companhia Docas do Rio de Janeiro (atual PortosRio), inclusive as áreas comuns e as instalações portuárias exploradas por particulares por contrato de arrendamento, compreendendo parcelas da área da referida poligonal:



Acesse a imagem colorida
neste QR Code.

Figura 1 – Poligonal do Porto Organizado do Rio de Janeiro em 2019. (Fonte: Disponível em: <https://www.portosenavios.com.br/noticias/portos-e-logistica/docas-do-rio-divulga-as-novas-poligonais-dos-portos>. Acesso em: 10 abril 2024)

14. De acordo com José Vicente Santos de Mendonça, em trabalho específico sobre o tema, eventual revisão das poligonais dos portos organizados deve observar duas ordens de garantias: (i) as garantias procedimentais, que “consistem na realização de consulta e audiência públicas (informativas ou deliberativas, jamais insinceras) e na motivação clara, honesta e suficiente de todas as decisões administrativas”; e (ii) as substantivas, que, além do respeito a todos os princípios da Administração, notadamente o da proporcionalidade, impõem ainda que a alteração de poligonal seja compatível com o planejamento portuário, o que inclui o plano de desenvolvimento e zoneamento e o plano master do porto. Ainda no que diz respeito à validade da alteração das poligonais, o autor adverte que “a análise do enquadramento jurídico da revisão de poligonal vis-à-vis contratos de arrendamento depende de cada caso. Cada porto organizado e cada alteração de poligonal possuem características próprias, que desafiam análises pontuais – análises em primeiro lugar econômicas, e, só depois, jurídicas”. Assim é que “a decisão da consulta e da audiência pública há de ser decisão fundada em dados confiáveis e consistentes, e não em mistificações. Uma decisão deliberada de modo sincero e voltada ao contexto concreto, sem estar presa a fundacionalismos, e capaz de conjecturar consistentemente de consequências amplas e suportadas por evidências. Uma decisão – ora pois – pragmática” (MENDONÇA, José Vicente Santos de. Esboço de guia jurídico para a revisão das poligonais de portos organizados. In: PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coord.). *Direito Portuário Brasileiro*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 135-144, p. 142 – 144).

Dentro do Porto Organizado, independentemente de se tratar de exploração direta por entidade pública ou indireta por concessão ou arrendamento, a atividade de operação portuária de armazenagem e movimentação de cargas e passageiros deve ser desenvolvida por pessoa jurídica pré-qualificada pela Administração do Porto, conforme as normas fixadas pelo Poder Concedente (União).¹⁵

Trata-se da figura do operador portuário, cuja atividade é regulada pela ANTAQ (art. 27, *caput*, Lei nº. 12.815/2013), definido como “a pessoa jurídica pré-qualificada para exercer as atividades de movimentação de passageiros ou movimentação e armazenagem de mercadorias, destinadas ou provenientes de transporte aquaviário, dentro da área do porto organizado” (art. 2º, XII, Lei nº. 12.815/2013). Eduardo Amaral Gurgel Kiss critica o conceito legal de operador portuário, observando que “a princípio, todos os que operam no porto, são, por assim dizer, ‘operadores portuários’ independentemente de estarem ou não no ‘porto organizado’. Mas a lei os exclui do conceito e, portanto, não são legalmente operadores portuários”.¹⁶

Por sua vez, Luiz Eduardo Diniz Araújo e Carolina Lages Echeverria chamam atenção para a responsabilidade do operador portuário pelos danos causados à administração do porto, ao proprietário ou consignatário das mercadorias e ao armador (art. 26 da Lei nº 12.815/2013), estando submetido às normas da ANTAQ, apesar de não possuir título de outorga expedido pela agência (art. 27 da mesma lei).¹⁷

A Administração do Porto, seja ela exercida por entidade pública ou privada, considera-se pré-qualificada como operador portuário, nos termos do art. 25, § 4º, da Lei dos Portos. Ademais, como requisito técnico para as

15. As atividades portuárias podem ser enquadradas, conforme a classificação de Marçal Justen Filho, nas seguintes modalidades: (i) principais, as quais “envolvem o embarque e o desembarque de pessoas e de mercadorias”, compreendendo “o deslocamento físico de pessoas ou coisas de terra para bordo de uma embarcação e vice-versa”; (ii) acessórias, aquelas que, apesar de não estarem compreendidas no embarque e desembarque, são “necessárias ou úteis ao desenvolvimento das atividades portuárias propriamente ditas” (como, por exemplo, a dragagem dos canais de acesso e das bacias de evolução); e, por fim, (iii) anômalas, atividades que “não apresentam vínculo nem mesmo indireto com o embarque ou desembarque de passageiros ou mercadorias” e poderiam até ser exercitadas em outro local, mas “cujo desenvolvimento no espaço portuário implica, no entanto, a sua submissão a regras e condições gerais próprios da atividade correspondente JUSTEN FILHO, Marçal. O Regime Jurídico do Arrendamento Portuário: A Questão da Obrigatoriedade da Licitação. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*, v. 16, p. 191-213, jan./fev. 2015, p. 2. O exemplo que o autor fornece de atividade portuária anômala é o de instalações de processamento de soja instaladas em área portuária, aonde a soja chega em estado natural e é submetida a um processo de transformação, para posterior embarque tanto do óleo quanto do farelo dela derivados.

16. KISS, Eduardo Amaral Gugel. Comentários ao art. 2º. In: MILLER, Thiago Testini de Mello; SILVA, Aline Bayer da; RÊNIO, Lucas (Orgs.). *Comentários à Lei 12.815/2013*: (incluídas as alterações da Lei 14.047/2013). Rio de Janeiro: Telha, 2020, p. 36.

17. ARAÚJO, Luiz Eduardo Diniz; ECHEVERRIA, Carolina Lages. O setor portuário brasileiro e a sua disciplina jurídica. *Revista da AGU*, Brasília-DF, v. 14, n. 3, p. 153-182, jul./set. 2015, p. 173.

licitações de arrendamento o edital pode estabelecer que o licitante assumo o compromisso de (i) obter sua pré-qualificação como operador portuário perante a Administração do Porto; e (ii) contratar um operador portuário pré-qualificado perante a Administração do Porto para o desempenho das operações portuárias, sem prejuízo do integral cumprimento das metas de qualidade e de outras obrigações contratuais (art. 10, parágrafo único Decreto nº. 8.033/2013).

Em resumo, dentro do Porto Organizado as operações portuárias só podem ser desenvolvidas pelos próprios delegatários (arrendatário ou concessionário) e pela Autoridade Portuária pública, ou por pessoa jurídica pré-qualificada como operador portuário que seja contratada por aqueles. Essa dinâmica parece indicar que no Porto Organizado o núcleo do objeto da delegação via concessão ou arrendamento é a gestão e exploração da infraestrutura, na medida em que os serviços portuários em si podem ser materialmente executados por terceiros (operadores portuários) contratados pelo concessionário ou arrendatário via contratos de direito privado.¹⁸

No setor, há ainda regras bastante detalhadas no que se refere à contratação de mão de obra por parte do operador portuário, especialmente para atividades relacionadas à movimentação e armazenagem de mercadorias. Na forma do art. 40 da Lei nº. 12.815/2013, o “trabalho portuário de capatazia, estiva, conferência de carga, conserto de carga, bloco e vigilância de embarcações, nos portos organizados, será realizado por trabalhadores portuários com vínculo empregatício por prazo indeterminado e por trabalhadores portuários avulsos”.

Por essa razão é obrigação do operador portuário constituir, em cada Porto Organizado, um órgão de gestão de mão de obra do trabalho portuário, cujas atribuições envolvem, por exemplo, a administração do fornecimento de mão e obra do trabalhador portuário, a manutenção do cadastro de trabalhadores, o treinamento e habilitação profissional daqueles etc. (art. 32, Lei nº. 12.815/2013).¹⁹

Por outro lado, nos termos do art. 30 da Lei nº. 12.815/2013, a “operação portuária em instalações localizadas fora da área do porto organizado será disciplinada pelo titular da respectiva autorização, observadas as normas

18. Lógica semelhante observamos no setor ferroviário a partir da Lei nº. 14.243/2021. A gestão e exploração da infraestrutura ferroviária só pode ser desenvolvida por particulares mediante concessão ou autorização. Porém, a lei admite a prestação de serviços ferroviários dissociada da exploração da infraestrutura, por parte dos Agentes Transportadores Ferroviários (ATFs), submetidos a mero registro perante a ANTT.

19. Sobre o regime jurídico do trabalhador portuário, vide: RÊNIO, Lucas. Comentários ao art. 32. In: MILLER, Thiago Testini de Mello; SILVA, Aline Bayer da; RÊNIO, Lucas (Orgs.). *Comentários à Lei 12.815/2013*: (incluindo as alterações da Lei 14.047/2013). Rio de Janeiro: Telha, 2020, p. 204.

estabelecidas pelas autoridades marítima, aduaneira, sanitária, de saúde e de polícia marítima”.

Assim, os terminais privados sujeitos à autorização, situados fora da poligonal do Porto Organizado, não estão obrigados a se qualificar ou contratar pessoas jurídicas pré-qualificadas como operadores portuários. Tampouco estão os terminais privados obrigados a contratar trabalhadores portuários no regime jurídico previsto no art. 32 e seguintes da Lei nº. 12.815/2013. Trata-se de elementos que denotam a assimetria regulatória existente no setor, sobre a qual nos debruçaremos nos Capítulos seguintes.

Feito esse necessário introito a respeito da área da poligonal do Porto Organizado e da sua importância para a definição do regime jurídico público ou privado (ou até misto, como veremos) de exploração de infraestrutura portuária, passemos, então, à apreciação de cada uma de suas principais modalidades, em ordem em princípio decrescente de intensidade de controle na escala de *publicatio*.

IV.2. EXPLORAÇÃO DIRETA DO PORTO ORGANIZADO POR ENTIDADES PÚBLICAS

No ponto mais alto da escala de *publicatio*, agora especificamente sob a ótica da ordenação portuária brasileira contemporânea, deparamo-nos com a hipótese de exploração direta de todo o Porto Organizado por entidade integrante da Administração Pública, que então desempenha a atribuição de Autoridade Portuária.

A Lei dos Portos menciona expressamente disciplinar não só a exploração indireta de portos e instalações portuárias, como também a direta, *verbis*: “Art. 1º Esta Lei regula a exploração pela União, direta ou indiretamente, dos portos e instalações portuárias e as atividades desempenhadas pelos operadores portuários”.

A prestação direta de serviços públicos é aquela efetuada por entidades que integrem a Administração Pública titular do serviço, que exerce o papel de Poder Concedente caso o deseje delegar a particulares. A prestação direta pode ocorrer de modo centralizado ou descentralizado. No primeiro caso, “os entes da federação prestam os serviços públicos por seus próprios órgãos, ou seja, por sua Administração Direta, cumulando as posições de titular e de prestador do serviço. Será o próprio ente da federação titular da atividade que o prestará”²⁰

20. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. 4. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 422.

No caso de prestação direta descentralizada, o serviço é executado por pessoa jurídica da Administração Indireta do seu titular, em geral autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista. Não se confunde, assim, com a concessão/delegação da atividade a terceiros. Afinal, “a descentralização não configura concessão do serviço, já que os recursos aplicados continuam a ter origem pública, o regime jurídico não se altera e não se transfere a prestação do serviço para órbita estranha à da Administração Pública”.²¹ Não há, portanto, “qualquer sentido falar-se em concessão de serviço público quando o Poder Público cria, ele mesmo, um seu prolongamento personalizado, uma entidade de sua administração indireta, para executar serviço de sua alçada”.²² Nessa hipótese, a operação não é instrumentalizada por contrato entre o ente titular do serviço e a entidade de sua Administração que o executará. Há, na realidade, outorga legal da atividade para execução pela pessoa jurídica daquela incumbida. A prestação é assim realizada diretamente pelo Poder Público, embora por pessoa jurídica da sua Administração Pública indireta.

No caso portuário, como exposto no Capítulo III.2, a Constituição de 1988 atribui à União a titularidade (no sentido de competência para executar e/ou ordenar) com relação aos portos (art. 21, XII, “f”). Assim, salvo no caso de “delegação” de portos via convênio a entes subnacionais – que trataremos no Capítulo seguinte –, a exploração direta descentralizada de portos deve ser efetuada por entidade integrante da Administração Pública federal, em geral empresas estatais.

Trata-se do papel no Brasil convencionalmente desempenhado por empresas estatais na origem denominadas companhias docas, como é o exemplo da Companhia Docas do Rio de Janeiro – CDRJ (atual PortosRio), empresa pública federal que administra os Portos Organizados do Rio de Janeiro, Niterói, Itaguaí e Angra dos Reis. Também é o caso da Autoridade Portuária de Santos, atual razão social da Companhia Docas do Estado de São Paulo, empresa pública federal responsável pela gestão do Porto Organizado de Santos.

A constituição de empresas estatais voltadas à administração de portos organizados configurou uma política pública nacional para o setor que remonta aos anos 1960, no contexto da acentuação da intervenção direta do Estado no domínio econômico que marcou aquele período, sobretudo por meio de empresas estatais, como vimos no Capítulo II.3. Assim, com a edição do Decreto nº. 54.046/1964, “ficou definida a estratégia de constituir

21. JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 119.

22. DALLARI, Adilson Abreu. Empresa estatal prestadora de serviços públicos – Natureza jurídica – Repercussões tributárias. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 10, n. 8, p. 453-468, ago. 1994

empresas estatais para a exploração dos Portos Organizados. Nesse contexto, foram criadas diversas Companhias Docas no âmbito federal para funcionar como Administração Portuária dos Portos Organizados na forma de sociedades de economia mista”²³

À época, foram criadas a Companhia Docas do Ceará – CDC (1965), a Companhia Docas do Rio de Janeiro – CDRJ (1967), a Companhia Docas do Pará – CDP (1967), a Companhia Docas do Rio Grande do Norte – CODERN (1969), a Companhia Docas do Maranhão – CODOMAR (1973), a Companhia das Docas do Estado da Bahia – CODEBA (1975), a Companhia Docas do Estado de São Paulo – CODESP (1980) e a Companhia Docas do Espírito Santo – CODESA²⁴ (1982).²⁵

Ainda que algumas delas tenham tido a sua denominação modificada – foi o caso da CDRJ e da CODESP –, fato é que no Brasil a administração de Portos Organizados em geral é exercida por empresas estatais, a despeito das tentativas legislativas de promover a concessão de portos, por exemplo mediante a Lei nº. 8.630/1993, a Lei nº. 12.815/2013 e a Lei nº. 14.047/2020. A propósito, como veremos no Capítulo sobre as concessões portuárias, a única delegação de Porto Organizado efetuada à luz da Lei nº. 12.815/2013 diz respeito à concessão do Porto de Vitória e Barra do Riacho (“Porto de Vitória”), que envolveu inclusive a desestatização da CODESA.²⁶

Por vezes, observa-se certa reticência governamental com relação à concessão da gestão do Porto Organizado, o que com frequência é fundamentado na alegada importância de o papel de Autoridade Portuária ser desempenhado por entidade pública, considerando as competências legais que são atribuídas a essa figura. Não raro são elas atreladas ao exercício de poder de polícia, o que abordaremos no Capítulo IV.3.2 a partir da análise do “dogma” da indelegabilidade do desempenho de poder de polícia à luz do direito administrativo contemporâneo.

Vejamos então quais são essas atribuições.

-
23. GAMELL, Denis Austin. *Arrendamento portuário como atividade econômica em sentido estrito: evolução do direito positivo e perda da capacidade explicativa da noção de serviço público*. (Dissertação de Mestrado). Brasília: IDP, 2021, p. 55.
 24. Como veremos no Capítulo sobre as concessões portuárias, a única delegação de Porto Organizado efetuada à luz da Lei nº. 12.815/2013 diz respeito à concessão do Porto de Vitória e Barra do Riacho, que envolveu inclusive a desestatização da CODESA.
 25. GAMELL, Denis Austin. *Arrendamento portuário como atividade econômica em sentido estrito: evolução do direito positivo e perda da capacidade explicativa da noção de serviço público*. (Dissertação de Mestrado). Brasília: IDP, 2021, p. 55.
 26. Embora estivesse em curso o projeto de concessão do Porto de Santos, reiteramos que ao menos até o momento não foi ele concretizado.

A Administração do Porto Organizado, denominada Autoridade Portuária, é realizada a partir das diretrizes do Poder Concedente (União)²⁷ e é submetida à regulação da Agência Nacional de Portos e Transportes Aquaviários – ANTAQ. Pode ser exercida diretamente pela União – ainda que por entidade da sua Administração Indireta –, por “delegatária” (no caso de delegação via convênio a entes subnacionais) ou por concessionária (art. 17, *caput*, Lei nº. 12.815/2013). Em qualquer das hipóteses, a Autoridade Portuária possui as seguintes atribuições, conforme o art. 17, § 1º, da Lei nº. 12.815/2013:

- (i) cumprir e fazer cumprir as leis, os regulamentos e os contratos de concessão;
- (ii) assegurar o gozo das vantagens decorrentes do melhoramento e aparelhamento do porto ao comércio e à navegação;
- (iii) pré-qualificar os operadores portuários, de acordo com as normas estabelecidas pelo poder concedente;
- (iv) arrecadar os valores das tarifas relativas às suas atividades;
- (v) fiscalizar ou executar as obras de construção, reforma, ampliação, melhoramento e conservação das instalações portuárias;
- (vi) fiscalizar a operação portuária, zelando pela realização das atividades com regularidade, eficiência, segurança e respeito ao meio ambiente;
- (vii) promover a remoção de embarcações ou cascos de embarcações que possam prejudicar o acesso ao porto;
- (viii) autorizar a entrada e saída, inclusive atracação e desatracação, o fundeio e o tráfego de embarcação na área do porto, ouvidas as demais autoridades do porto;
- (ix) autorizar a movimentação de carga das embarcações, ressalvada a competência da autoridade marítima em situações de assistência e salvamento de embarcação, ouvidas as demais autoridades do porto;
- (x) suspender operações portuárias que prejudiquem o funcionamento do porto, ressalvados os aspectos de interesse da

27. Nos termos do art. 1º, parágrafo único do Decreto nº. 8.033/2013, o “poder concedente será exercido pela União por intermédio do Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil, ouvidas as respectivas Secretarias”. À época da conclusão deste trabalho havia um específico Ministério dos Portos e Aeroportos.