

ANÁLISE ESTRUTURAL DO CONTRATO DE TRANSIÇÃO EM ÁREAS OPERACIONAIS DOS PORTOS BRASILEIROS

STRUCTURAL ANALYSIS OF TRANSITION CONTRACT IN OPERATIONAL AREAS OF BRAZILIAN PORTS

Clóvis Airton De Quadros
Leandro Bastos Antunes
Marcus Vinicius Freitas Dos Santos

Resumo

O artigo tem como objetivo analisar o contrato de transição, instrumento criado pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários em virtude da necessidade de regularizar, de forma temporária e excepcional, a exploração das áreas operacionais dos portos organizados brasileiros que não possuam contrato de arrendamento vigente. Esta ferramenta surgiu a partir do conceito técnico que objetiva impedir a existência de áreas operacionais inseridas nos portos brasileiros para as quais não é dada a destinação tecnicamente apropriada, pois isso agrava o gargalo do comércio exterior do país. O artigo procura demonstrar as vantagens e desvantagens desse modelo de contrato de gestão portuária.

Palavras-chave: Contrato de transição, Antaq, Arrendamentos portuários, Áreas operacionais, Portos organizados

Abstract/Resumen/Résumé

The article aims to analyze the transition contract, an instrument created by the National Waterway Transport Agency due to the need to regularize, temporarily and exceptionally, the exploration of the operational areas of Brazilian organized ports that do not have a current lease. This tool arose from the technical concept that aims to prevent the existence of operational areas inserted in Brazilian ports for which the technically appropriate destination is not given, as this aggravates the country's foreign trade bottleneck. The article seeks to demonstrate the advantages and disadvantages of this model of port management contract.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Transition contract, Antaq, Port leases, Operational areas, Organized ports

1. INTRODUÇÃO

Um dos grandes obstáculos conhecidos de nosso país é a deficiência em sua infraestrutura rodoviária, aeroviária e aquaviária. A União, os Estados e os Municípios, muitas vezes, têm suas finanças comprometidas com o pagamento dos salários de seus servidores e com a reserva constitucional orçamentária para investimentos nas áreas da saúde e educação.

A partir disso, o saldo disponível para investimento em infraestrutura é insuficiente, não atendendo as demandas e expectativas do setor privado, notadamente do setor produtivo, o qual necessita que o Estado lhe proporcione uma infraestrutura para escoamento de sua produção, isso com o objetivo precípuo de impulsionar tanto o mercado interno quanto as importações e exportações.

No presente artigo demonstrar-se-á que no âmbito da infraestrutura portuária o Estado traçou um caminho que busca investimentos do setor privado para a manutenção e reestruturação dos portos do país, isso porque estabelece que as áreas operacionais inseridas nos portos organizados serão exploradas mediante arrendamento precedido de licitação e, uma das principais obrigações do arrendatário, é exatamente o investimento na infraestrutura da respectiva área.

O principal foco do trabalho concentra-se no contrato de transição que é uma ferramenta criada pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ) para regularizar uma situação de precariedade na exploração de áreas operacionais inseridas nos portos organizados brasileiros e que compreende o lapso temporal entre o término de um contrato de arrendamento de determinada área e o início do novo contrato.

Serão detalhadas as razões que culminaram na criação da referida espécie de contrato, bem como promover-se-á uma análise crítica sobre os aspectos positivos e negativos decorrentes de sua utilização, ainda, um enfoque especial acerca da possibilidade de desvirtuamento do contrato de transição, utilizando-o como ferramenta de perpetuação de determinado ente privado na ocupação da área operacional do porto organizado e, conseqüentemente, obstando o desenvolvimento da infraestrutura portuária.

Além dos reflexos da má utilização do contrato de transição para a sociedade, serão elencadas algumas das conseqüências para os gestores e agentes públicos que concorrerem para privilegiar o interesse privado em detrimento do público, principalmente se houver tentativa de revestir de legalidade a ocupação irregular de área pública.

O método utilizado neste trabalho é o de pesquisa exploratória e a técnica é a de revisão bibliográfica doutrinária e da legislação nacional.

2. ARRENDAMENTOS DE ÁREAS OPERACIONAIS NOS PORTOS ORGANIZADOS DO BRASIL

A exploração de portos marítimos, fluviais e lacustres no Brasil é considerada serviço público por determinação constitucional, isso porque a Constituição Federal de 1988, através do seu art. 21, XII, *f*, determina expressamente que tal atividade compete a União que pode exercer-la diretamente ou através de autorização, concessão ou permissão (MELLO, 2014, p.710).

Ao regulamentar esse dispositivo, a legislação infraconstitucional, especificamente a Lei n. 9.277, de 10 de maio de 1996, autorizou a União a delegar aos municípios, Estados da Federação ou ao Distrito Federal, ou a consórcio entre eles, a exploração de portos sob sua responsabilidade ou sob responsabilidade das empresas por ela direta ou indiretamente controladas pelo prazo de até vinte e cinco anos, prorrogáveis por até mais vinte cinco anos.

Desde já, é fundamental promover uma distinção entre o serviço de exploração dos portos e sua homóloga, a operação portuária: aquela refere-se à administração dos portos, enquanto esta é relativa à movimentação de passageiros e à movimentação ou armazenagem de cargas, destinadas ou provenientes de transporte aquaviário. Para fins de compreensão, tem-se que a exploração dos portos é gênero e, dentro das várias espécies possíveis, há a operação portuária, uma exploração indireta do porto.

É verdade que no passado, o Poder Público monopolizou a atividade portuária, de modo que além da administração dos portos públicos, também realizava a operação portuária, ou seja, promovia tanto a exploração direta do porto, administrando-o, quanto a exploração indireta, atuando na carga e descarga dos navios:

Naquele período, década de 1980 até o início da década de 1990, o Estado tinha o monopólio do porto, dos armazéns públicos, o serviço de capatazia era exclusivo das DOCAS. Toda carga que desembarcava no porto passava necessariamente pela capatazia; e mesmo aquela com destino aos armazéns arrendados pela iniciativa privada passavam pelas mãos da capatazia, que era um serviço obrigatório, privativo das DOCAS. (MILLER; AMORIM; SILVA, 2015, p. 18)

No entanto, no início da década de 90 o Brasil passou por uma mudança econômica relevante: a iniciativa privada mobilizou esforços para exigir do Governo Federal a reforma do setor portuário e, dentre as reivindicações, estava a privatização das operações portuárias. A reivindicação foi atendida através da promulgação da Lei n. 8.630, de 25 de fevereiro de 1993. Este importante marco legal foi considerado uma verdadeira reforma do setor portuário, ao

passo que possibilitou a reestruturação da infraestrutura portuária e capacitou o país para melhor participar do comércio internacional (MILLER; AMORIM; SILVA, 2015, p. 20).

Apesar da importância da referida norma legal para o setor portuário, a sociedade e o direito são dinâmicos e as alterações legislativas são inevitáveis. Em razão disso, em 15 de junho de 2013 foi promulgada a nova lei dos portos, sob n. 12.815 que, por sua vez, revogou a Lei n. 8.630/1993 e, apesar de ambos os normativos tratarem da exploração indireta dos portos, especificamente dos arrendamentos portuários, alicerce temático para o presente artigo, este estudo, que não tem caráter historiográfico, será balizado pela legislação vigente.

A Lei n. 12.815/2013 por meio do disposto em seu art. 4º estabelece que o arrendamento¹ de bem público destinado à atividade portuária será realizado mediante a celebração de contrato, sempre precedido de licitação, uma vez que as instalações portuárias² estão expressamente elencadas no rol de bens imóveis da União através do art. 1º, g, do Decreto-Lei n. 9.760, de 05 de setembro de 1946.

Quanto ao conceito de bens públicos, a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello (2014, p. 937):

Bens Públicos são todos os bens que pertencem às pessoas jurídicas de Direito Público, isto é, União, Estados, Distrito Federal, Municípios, respectivas autarquias e fundações de Direito Público (estas últimas, aliás, não passam de autarquias designadas pela base estrutural que possuem), bem como os que, embora não pertencentes a tais pessoas, estejam afetados à prestação de um serviço público.

Ainda acerca da conceituação de bem público, José dos Santos Carvalho Filho em conformidade com os dispositivos do Código Civil (2017, p. 654):

A matéria pertinente aos bens jurídicos em geral é tratada no Código Civil, que dedica um capítulo aos bens públicos e particulares. A regra básica está no art. 98, que dispõe: “São públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem.”

...

Com base no vigente dispositivo do novo Código, podemos, então, conceituar bens públicos como todos aqueles que, de qualquer natureza e a qualquer título, pertençam às pessoas jurídicas de direito público, sejam elas federativas, como a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, sejam da Administração descentralizada, como as autarquias, nestas incluindo-se as fundações de direito público e as associações públicas.

¹ Decreto-Lei nº 9.760/46, art. 64, § 1º: o arrendamento é a forma pela qual a União concede a outrem a posse e o uso de um imóvel seu para a prestação de serviços.

² Neste artigo instalações portuárias localizadas dentro da área do porto organizado e áreas operacionais são sinônimos.

A partir do regramento constante no art. 4º da Lei n. 12.815/2013 e dos conceitos doutrinários de bem público, conclui-se que estas instalações inseridas nos portos organizados, e aqui intituladas de áreas operacionais, são consideradas bens públicos de titularidade da União e somente serão exploradas mediante a celebração de contrato de arrendamento, o qual, obrigatoriamente, será precedido de licitação.

Ainda, importante salientar que a lei é clara e objetiva ao elencar no § 2º do art. 5º que não haverá transferência da titularidade das referidas áreas, de modo que ao final do contrato de arrendamento os bens retornarão ao patrimônio da União.

Sobre o modelo de gestão portuária no Brasil, esclarecedor o seguinte ensinamento:

No Brasil, optou-se pelo modelo de gestão portuária conhecido como *landlord port*, com o Estado detendo o domínio das instalações e áreas destinadas ao porto organizado, conferindo ao particular a iniciativa de desenvolver a atividade em si, sob sua conta e risco. Nesse modelo, os investimentos em instalações e serviços haverão de reverter ao patrimônio público ao término do contrato. (MILLER; AMORIM; SILVA, 2015, p. 38).

Com relação ao certame licitatório, necessário para efetivação dos arrendamentos portuários, o art. 6º, da Lei n. 12.815/2013 assenta a possibilidade de ser realizado na modalidade de leilão, bem como atribui à Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ) a competência para sua realização, observadas as diretrizes estabelecidas pela União.

Atualmente, a normativa da referida agência que regula os procedimentos licitatórios para os arrendamentos portuários é a Resolução ANTAQ n. 07, de 31 de maio de 2016 e, numa leitura detida de seus termos, especialmente do disposto no art. 9º, é possível constatar que o objetivo preponderante da licitação é garantir a seleção mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, sem, contudo, deixar de atender aos princípios administrativos.

No que tange o prazo de arrendamento é possível verificar que o art. 19 do Decreto n. 8.033, de 27 de junho de 2013, com redação dada pelo Decreto n. 9.0478, de 2017, estabelece o período de trinta e cinco anos, prorrogável por sucessivas vezes, a critério do poder concedente, até o limite de setenta anos, incluídos o prazo de vigência e todas as prorrogações.

Em suma, o poder público atribuiu aos arrendatários a responsabilidade pela manutenção ou reestruturação da infraestrutura portuária a fim de atender as necessidades do setor produtivo no que concerne o transporte aquaviário de cargas e, com isso, inevitavelmente,

alavancar a economia³. Em troca, os arrendatários recebem a possibilidade de lucro a partir da exploração das instalações portuárias por prazo determinado que pode chegar até setenta anos.

3. GENESE DO CONTRATO DE TRANSIÇÃO

Como visto no item anterior, os arrendamentos portuários são realizados mediante contrato administrativo com a União, precedidos de licitação e com prazo que pode chegar a setenta anos. A partir da ideia lógico-jurídica de que os espaços operacionais dos portos cedidos a terceiros devem estar acobertados pelo contrato de arrendamento surge o foco deste estudo: a exploração privada das dependências dos portos a descoberto de contrato administrativo de arrendamento.

A falta de cobertura contratual para a exploração das instalações portuárias inseridas na área do porto organizado pode ocorrer por dois motivos principais: a) exaurimento do prazo de vigência do contrato de arrendamento pelo decurso do tempo, sem que tenha ocorrido, por qualquer motivo, nova licitação e novo arrendamento; b) rescisão do contrato em virtude de descumprimento de obrigações pelo arrendatário.

Seja qual for a razão que inviabilize a cobertura contratual dos arrendamentos das áreas operacionais dos portos organizados, seus efeitos, caso seja materialmente impedida a exploração de tais áreas, é perturbador, pois tem como resultado a não utilização de instalações portuárias inseridas nos portos públicos e, conseqüentemente, a redução da atividade portuária, fato extremamente prejudicial para o comércio exterior. Sozinho, segundo o Ministério de Infraestrutura, o setor portuário é responsável por mais de 90% das exportações do País⁴.

A partir dessa problemática, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ) criou uma ferramenta para garantir a manutenção da exploração indireta dos portos organizados brasileiros quando não houver cobertura contratual para tanto, trata-se do intitulado *contrato de transição*.

Desse modo, se constatada a ausência de contrato de arrendamento vigente para a exploração de área operacional do porto organizado, o poder público poderá utilizar o contrato de transição a fim de impedir a paralisação de uso do espaço e, conseqüentemente, a redução

³ Segundo o Ministério de Infraestrutura, ao promover os arrendamentos de áreas dos portos organizados, o objetivo do Governo Federal é modernizar a infraestrutura portuária de forma a dar suporte ao contínuo crescimento da movimentação das cargas. Disponível em <https://www.infraestrutura.gov.br/investimentos-portu%C3%A1rios/89-portos-menu-lateral/5416-arrendamentos.html>

⁴ Disponível em <https://www.infraestrutura.gov.br/investimentos-portu%C3%A1rios/89-portos-menu-lateral/5416-arrendamentos.html>

da atividade portuária. A formalização de contrato de transição, mesmo que provisoriamente, tem o condão de preencher o vácuo jurídico causado pela *extinção* do contrato de arrendamento portuário.

Assim, o *contrato de transição* deve ser utilizado em situação, pontual, excepcional e temporária, porém, se empregado como substituto do contrato de arrendamento, pode criar uma indesejável permanência do terceiro na posse e exploração do espaço público do porto por tempo indefinido e sem licitação, o que é de todo reprovável por qualquer prisma da administração pública, seja pela legislação objetiva⁵, seja pelos princípios que a governam⁶. Um breve relato sobre a origem do contrato de transição pode ser elucidativo.

O contrato de transição tem sua gênese na Resolução n. 2240 da ANTAQ, editada em quatro de outubro de 2011, mais especificamente em seu art. 35:

Art. 35. Extinto o arrendamento, retornam à Administração do Porto os direitos, privilégios e bens patrimoniais transferidos à arrendatária, assim como aqueles adquiridos durante a vigência do contrato, assumindo a Administração do Porto, até a celebração de novo contrato de arrendamento, a ocupação da respectiva área e instalações.

§ 1º. No período compreendido entre a rescisão ou anulação do contrato de arrendamento e a celebração de novo contrato, poderá a Administração do Porto adotar a solução que melhor atender ao interesse público do Porto Organizado, operando diretamente a instalação portuária ou celebrando contrato visando a continuidade da prestação dos serviços, hipótese em que submeterá o referido instrumento à aprovação da ANTAQ. (BRASIL, 2011)

A referida Agência, posteriormente, editou a resolução n. 07, de trinta de maio de 2016 que revogou a resolução n. 2.240/2011 e, no que pertine os contratos de transição, estabeleceu o seguinte:

Art. 2º Para efeitos desta Norma, consideram-se:

...

XXV - transição: interregno contratual da exploração de área ou instalação portuária que esteja relacionada pelo poder concedente como passível de arrendamento, por motivo de rescisão, anulação, exaurimento do prazo contratual ou qualquer outra forma de encerramento de instrumento jurídico, ou risco à continuidade da prestação de serviço portuário de interesse público, até a conclusão dos procedimentos licitatórios das respectivas áreas ou instalações;

...

Art. 46. A administração do porto, mediante prévia autorização da ANTAQ, poderá pactuar a exploração de uma área ou instalação portuária com o objetivo de promover a sua regularização temporária enquanto são ultimados os respectivos procedimentos licitatórios, nas situações em que o interesse público do porto organizado ou de sua

⁵ art. 6º, da Lei n. 12.815/2013.

⁶ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, conforme caput do art. 37 da Constituição Federal.

região de influência requeira a manutenção da prestação de um serviço com essa relevância, ou a continuidade de atividade regida por instrumento jurídico rescindido, anulado ou encerrado. (BRASIL, 2016)

A partir da leitura dos normativos ANTAQ é possível constatar, num primeiro momento, que no período compreendido entre a rescisão ou anulação do contrato de arrendamento e a celebração de novo contrato, a Administração do Porto, poderia, em tese, assumir as operações portuárias ou celebrar contrato visando a continuidade da exploração das instalações portuárias.

Posteriormente, com a edição da Resolução ANTAQ n. 07/2016 verifica-se que a possibilidade de a Administração do Porto assumir a operação portuária, ou seja, a carga e descarga de navios, é rechaçada, de modo que somente o contrato de transição tem o condão de regularizar temporariamente a continuidade da exploração das instalações portuárias enquanto são ultimados os respectivos procedimentos licitatórios.

Feitas estas considerações, importante salientar que figuram no referido contrato de transição, as mesmas partes que celebraram o contrato inicial de arrendamento, ou seja, de um lado o Poder Concedente⁷ e de outro lado a ex-arredantária que permanece explorando a área. Convém destacar que, para aquelas áreas ou instalações que não estejam sendo exploradas, o art. 47 da Resolução n. 07/2016 prevê a necessidade de efetuar prévio processo seletivo simplificado para a escolha do arrendatário transitório⁸.

4. A CLASSIFICAÇÃO DO CONTRATO DE TRANSIÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

Conforme já exposto, o contrato de transição é uma criação da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ) a partir do disposto nas resoluções ns. 2.240/2011 e 07/2016. Apesar de ser uma criação da referida agência, o contrato de transição não é uma inovação propriamente dita, isso porque não se afasta das concepções originárias para as relações contratuais.

Sobre contratos em linhas gerais, interessante a lição de Celso Antonio Bandeira de Mello (2014, p. 612):

⁷ Conforme disciplina o Par. Único do art. 1º do Decreto 8.033/2013 o Poder Concedente é a União por intermédio da Secretaria Nacional de Portos.

⁸ Art. 47. Na hipótese em que não esteja presente a tutela relativa ao princípio da continuidade, a administração do porto deverá efetuar processo seletivo simplificado para a escolha do arrendatário transitório.

Tradicionalmente entende-se por contrato a relação jurídica formada por um acordo de vontades, em que as partes obrigam-se reciprocamente a prestações concebidas como contrapostas e de tal sorte que nenhum dos contratantes pode unilateralmente alterar ou extinguir o que resulta da avença. Daí o dizer-se que o contrato é uma forma de composição pacífica de interesses e que faz lei entre as partes.

Nessa esteira do conhecimento, Silvio Rodrigues (2004, p. 9):

Dentro da teoria dos negócios jurídicos, é tradicional a distinção entre os atos unilaterais e os bilaterais. Aqueles se aperfeiçoam pela manifestação da vontade de uma das partes, enquanto estes dependem da coincidência de dois ou mais consentimentos. Os negócios bilaterais, isto é, os que decorrem de acordo de mais de uma vontade, são os contratos. Portanto, o contrato representa uma espécie do gênero negócio jurídico. A diferença específica dentre ambos consiste na circunstância de o aperfeiçoamento do contrato depender da conjunção da vontade de duas ou mais partes

Pois bem, a partir desta visão ampla dos contratos advinda da doutrina, é possível constatar que o contrato de transição se caracteriza materialmente como contrato, isso porque presentes seus quatro elementos essenciais: autonomia, bilateralidade, juridicidade e especificidade (RODRIGUES, 2004, p. 10).

Agora, é necessário enfrentar se o contrato de transição caracteriza-se como contrato de Direito Privado da Administração ou como contrato administrativo. O primeiro rege-se por normas de direito privado e o segundo por normas de direito administrativo (MELLO, 2014, p. 633). Para esta classificação importante pontuar que o contrato administrativo é uma espécie do gênero contrato (SANTOS, 2015, p. 22).

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, o contrato administrativo é (MELLO, 2014, p. 638):

Um tipo de avença travada entre a Administração e terceiros na qual, por força de lei, de cláusulas pactuadas ou do tipo de objeto, a permanência do vínculo e das condições preestabelecidas assujeitam-se a variáveis imposições de interesse público, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante privado.

Outro conceito acertado para contratos administrativos é o dado por Diógenes Gasparini que o define como sendo "o ato plurilateral ajustado pela Administração Pública ou por quem lhe faça as vezes com certo particular, cuja vigência e condições de execução a cargo do particular podem ser instabilizadas pela Administração Pública, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante particular" (GASPARINI, 2008, p. 696).

Cotejando os ensinamentos doutrinários com o disposto pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ) em suas resoluções sob ns. 2.240/2011 e 07/2016, parece que o contrato de transição se afigura como um contrato administrativo.

Isso porque o contrato de transição é um ato bilateral, entre ex-arrendatária e a Administração do Porto, no qual pretende-se pactuar a exploração de uma área ou instalação portuária com o objetivo de promover sua regularização temporária, porém, tal avença somente permanecerá enquanto são ultimados os respectivos procedimentos licitatórios.

Se observa com clareza que as condições estabelecidas no contrato de transição podem ser instabilizadas pela Administração Pública, a um porque a respectiva instalação portuária somente continuará sendo explorada pelo particular se for esta a vontade da Administração do porto ao avaliar como necessária à sua manutenção, a dois porque a qualquer tempo o contrato poderá ser rescindido, notadamente se concluído o certame licitatório para o novo arrendamento portuário.

Sendo assim, são adicionadas ao contrato de transição todas as características e peculiaridades dos contratos administrativos e, portanto, a relação por ele definida deve ser pautada pelos princípios de Direito Administrativo, principalmente o do indeclinável interesse público.

5. CONTRATO DE TRANSIÇÃO: PRORROGAÇÕES SUCESSIVAS E DESCARACTERIZAÇÃO DE SUA FINALIDADE

Ao criar a figura do contrato de transição, se apresenta como verdadeira intenção do Governo Federal, intermediada pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), talhar uma ferramenta capaz de permitir a continuidade da exploração indireta do respectivo porto, evitando desta forma a redução ou paralisação da atividade portuária.

Nesse sentido, apesar de não haver na Resolução ANTAQ n. 07/2016 a previsão expressa de que o contrato de transição será celebrado com o titular do respectivo e extinto arrendamento, isso parece lógico tanto do ponto de vista hermenêutico quanto dos aspectos econômicos e de negócio.

Se o arrendamento de determinada instalação portuária resta extinto por qualquer motivo que seja e não houve a finalização do novo certame licitatório para a escolha de novo arrendatário, que ali exercerá a operação portuária por até setenta anos, não parece crível que o contrato transitório seja firmado com outra parte senão o ex-arrendatário.

Em outras palavras, se o objetivo do contrato de transição é afastar a precariedade na exploração de instalação portuária em virtude de situação pontual e de curto lapso temporal, não é razoável e nem eficiente que um terceiro participe dessa relação jurídica, pois isso configuraria a opção economicamente menos racional, bem como seria contrária a própria lógica da transitoriedade.

Esta hipótese de celebrar contrato de transição com terceiro, que não seja o respectivo ex-arrendatário, parece fazer sentido somente se este se mostrar ineficiente, ou ainda, razão mais óbvia, se o arrendamento foi extinto em razão de descumprimento de obrigações contratuais pelo ex-arrendatário.

Outro aspecto fundamental do contrato de transição é que, consoante disposto no art. 46 da Resolução ANTAQ n. 07/2016, ele somente será firmado em situações em que o interesse público do porto organizado ou de sua região de influência requeira a manutenção da exploração da instalação portuária. Neste momento, transcende a essência administrativa do contrato de transição.

Sobre o interesse público, princípio administrativo geral de Direito, Di Pietro explica (2007, p. 63):

Esse princípio, também chamado de princípio da finalidade pública, está presente tanto no momento da elaboração da lei como no momento da sua execução em concreto pela Administração Pública. Ele inspira o legislador e vincula a autoridade administrativa em toda a sua atuação.

Reforça a supremacia do interesse público em detrimento do privado, a lição de Diogenes Gasparini (2008, p. 20):

No embate entre o interesse público e o particular há de prevalecer o interesse público. Esse o grande princípio informativo do Direito Público no dizer de José Cretella Júnior (*Tratado*, cit., v. 10, p. 39). Com efeito, nem mesmo pode se imaginar que o contrário possa acontecer, isto é, que o interesse de um ou de um grupo possa vingar sobre o interesse de todos.

Neste artigo não se põe em dúvida a intenção do Governo Federal de que prevaleça o interesse público sobre o privado no contrato de transição, inclusive, porque no corpo da Resolução ANTAQ n. 07/2016 consta expressamente gravado que tal ferramenta somente será utilizada se, realmente, houver interesse público.

Ainda, a referida norma, a fim de impor mais uma garantia para que o contrato de transição seja utilizado somente em situações excepcionais e temporárias, estabelece, em seu art. 48, IV, como cláusula obrigatória do pacto a ser firmado, que sua vigência será de até 180

(cento e oitenta) dias, improrrogável, ou até que se encerre o processo licitatório em questão, o que ocorrer primeiro.

Este limite imposto no prazo de vigência do contrato de transição, somado a exigência de justificativa de que a continuidade na exploração da instalação portuária é de relevante interesse público, aproxima esta espécie de contrato ao emergencial previsto na Lei n. 8.666/93 e, numa análise superficial do arcabouço normativo, dá uma falsa impressão de que se está diante de uma situação excepcionalíssima e rara, de modo que poucas situações desta espécie seriam enfrentadas, todavia, essa nitidez do texto normativo é, na verdade, uma cortina de fumaça para a realidade do setor portuário brasileiro.

Não há divulgação oficial do Ministério de Infraestrutura do quantitativo de contratos de transição vigente no país, no entanto, estima-se que sejam dezenas ou centenas, isso porque através da Portaria n. 15, de quinze de fevereiro de 2013, emitida pela Secretaria de Portos, foi publicada a lista das 159 áreas passíveis de arrendamento, organizadas por região⁹. Ainda, nos portais da transparência dos portos organizados brasileiros o que se verifica é a celebração de sucessivos contratos de transição para as mesmas instalações portuárias dada a limitação de vigência em 180 dias estabelecida pela ANTAQ.

Se a intenção do Governo Federal, representado pela ANTAQ, ao limitar a vigência do contrato de transição em 180 dias é impedir seu desvirtuamento e garantir que seu uso não seja deturpado, especialmente para o fim de não privilegiar a ex-arrendatária, e com isso, perpetuar a mesma na exploração de determinada instalação portuária, na prática, parece que a pretensão resta totalmente frustrada, notadamente em virtude dos sucessivos contratos de transição para uma mesma área operacional.

Se não bastasse isso, tem-se que a ex-arrendatária ao firmar um contrato de transição pelo prazo de 180 dias, logicamente, considerada a exígua vigência, não despenderá nenhum recurso financeiro para a manutenção da instalação portuária além do mínimo necessário para manter suas atividades, ou seja, a limitação da vigência do contrato transitório, especialmente se houverem sucessivos contratos para a mesma instalação portuária, tendem a contribuir sobremaneira para o sucateamento. Parece muito mais acertado condicionar a vigência do contrato de transição exclusivamente ao encerramento do procedimento licitatório em questão, o que é perfeitamente possível através da inserção de cláusula resolutiva de pleno direito.

⁹ Informação prestada pelo Ministério de Infraestrutura. Disponível em <https://www.infraestrutura.gov.br/component/content/article/97-arrendamentos-portos/5514-blocos-de-arrendamentos-e-cronograma-de-licitacoes.html>

Vinculada a vigência do contrato de transição à conclusão do procedimento licitatório da respectiva área operacional, cabe ao ex-arrendatário acompanhar o andamento da licitação, bem como lhe compete assumir o risco de suas decisões em investimento na área, inclusive, porque há a possibilidade do próprio ex-arrendatário participar e vencer o certame. Poder-se-ia estar diante de um verdadeiro adiantamento de investimentos na instalação portuária pelo ex-arrendatário que, por sua vez, poderia acarretar o aumento da movimentação de cargas, estimulando a economia e, principalmente, atendendo o verdadeiro interesse público.

Em outro aspecto, a limitação da vigência do instrumento transitório em 180 dias impele o gestor da Administração do Porto a obrigatoriedade de toda vez que um novo contrato desta espécie for celebrado seja demonstrado o interesse público, bem como justificado o porquê do novo certame não ter sido finalizado.

Aqui reside uma problemática muito peculiar, conforme dito em momentos anteriores, a competência para a realização dos procedimentos licitatórios das áreas operacionais é da ANTAQ, de modo que a Administração do Porto não tem mando sobre aquela agência, muito pelo contrário, é por ela regulada. Desse modo, o que se tem com os sucessivos contratos transitórios é um tumulto processual, muitas vezes atribuindo ao gestor da Administração portuária prestar esclarecimento sobre temas que fogem sua alçada.

Outro fundamento preponderante a ser considerando na celebração do contrato de transição é o da continuidade do serviço público, o qual apesar de sua intimidade com o princípio da supremacia do interesse público, merece uma explicação individualizada.

Sobre o princípio da continuidade, explana Diogenes Gasparini (2008, p. 17):

Os serviços públicos não podem parar, porque não param os anseios da coletividade. Os desejos dos administrados são contínuos. Daí dizer que a atividade da Administração Pública é ininterrupta.

...

Observe-se que o princípio da continuidade nem sempre significa atividade ininterrupta, sem intermitência, mas tão só regular, isto é, de acordo com a sua própria natureza ou forma de prestação.

Nesse sentido, a definição do referido princípio por José dos Santos Carvalho Filho (2017, p. 56):

Os serviços públicos buscam atender aos reclamos dos indivíduos em determinados setores sociais. Tais reclamos constituem muitas vezes necessidades prementes e inadiáveis da sociedade. A consequência lógica desse fato é a de que não podem os serviços públicos ser interrompidos, devendo, ao contrário, ter normal continuidade. Ainda que fundamentalmente ligado aos serviços públicos, o princípio alcança toda e qualquer atividade administrativa, já que o interesse público não guarda adequação com descontinuidades e paralisações na Administração.

Das lições doutrinárias transcritas acima extraem-se dois aspectos muito interessantes para o presente artigo, o primeiro é de que nem sempre a aplicação do princípio da continuidade implica, necessariamente, na atividade ou serviço ininterrupto, sem intermitências, mas sim na regularidade do serviço, ou seja, por exemplo, na exploração de uma instalação portuária, a justificativa na continuidade do serviço não precisa, necessariamente, ser pautada na intensidade da atividade portuária naquele momento, mas também num momento futuro.

Imaginemos que determinada ex-arrendatária seja especializada na exportação de grãos, especificamente de soja, e no momento em que ocorrerá a análise para a celebração de contrato de transição sua operação portuária está muito baixa devido a problemas com a safra agrícola, isso não impede que, logo na sequência, a safra melhore e, com isso, seja alavancada a atividade portuária com a exportação daquele grão.

Outro aspecto interessante é o de que o princípio da continuidade não afeta somente o serviço público propriamente dito, mas também toda e qualquer atividade administrativa. Conforme já explicado anteriormente, a operação portuária de carga e descarga não é considerada como serviço público de exploração do porto marítimo propriamente dito, mas sim uma exploração indireta, inserida no âmbito de tal serviço público, porém, a operação também não pode parar, pois se isso ocorre não há como prestar o serviço público consistente na exploração direta do porto que se dá através da administração portuária. Com a extensão do princípio da continuidade, resta pacífico sua aplicabilidade como fundamento jurídico-social do contrato de transição.

A partir de todo exposto é possível constatar a complexidade da tarefa atribuída ao gestor da Administração do porto para celebração do contrato de transição e com isso garantir a continuidade da atividade portuária, notadamente em razão do fato do procedimento licitatório para os novos arrendamentos não serem de sua competência, bem como da dificuldade e do risco de defender a aplicação dos princípios do interesse público e continuidade do serviço público nas situações de precariedade na exploração de instalações portuárias.

Parece muito mais legítimo e racional que a União presuma o interesse público na exploração das instalações portuárias que estejam pendentes de conclusão do procedimento licitatório ao invés de atribuir tal encargo ao gestor da Administração do porto, inclusive, o Governo Federal já procedeu desta forma em caso análogo, ao editar recentemente a Lei n. 13.979, de 6 de fevereiro de 2020:

Art. 4º É dispensável a licitação para aquisição de bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus de que trata esta Lei.

...

Art. 4º-B Nas dispensas de licitação decorrentes do disposto nesta Lei, presumem-se atendidas as condições de:

I - ocorrência de situação de emergência;

II - necessidade de pronto atendimento da situação de emergência;

III - existência de risco a segurança de pessoas, obras, prestação de serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares; e

IV - limitação da contratação à parcela necessária ao atendimento da situação de emergência.

A partir do trecho da norma legal transcrito acima é possível verificar que a União incluiu uma hipótese de dispensa de licitação para contratações diretas pela Administração Pública necessárias para o enfrentamento da pandemia do coronavírus, bem como presumiu a ocorrência da situação de emergência em virtude da referida doença.

Não parece haver impedimentos legais para se proceder da mesma forma com a exploração de áreas operacionais dos portos organizados, pelo contrário, isso traduzir-se-ia em um verdadeiro alívio para os gestores da Administração do porto, pois a União estaria proporcionando um tratamento uniforme para a precariedade dos arrendamentos portuários de todo o país.

Por fim, importante destacar que é de conhecimento público que não há ociosidade na infraestrutura portuária do Brasil, de modo que a interrupção na exploração de qualquer instalação portuária do país exibe-se como traumática e prejudicial para a atividade portuária e comércio exterior, logo, a presunção da União acerca da existência de relevante interesse público, bem como da aplicabilidade do princípio da continuidade neste caso não é só interessante e benéfica como também necessária.

6. CONCLUSÃO

A exploração de áreas ou instalações operacionais inseridas nos portos organizados do país ocorre mediante contrato de arrendamento, o qual é precedido de licitação na modalidade leilão, e, portanto, figuram como partes o licitante vencedor e o poder concedente.

Ocorre que, devido à falta de planejamento, muitos contratos de arrendamento tem sua vigência expirada antes da conclusão do novo certame licitatório para a exploração da respectiva área, acarretando desta forma um vácuo contratual que, por sua vez, impede a continuidade na exploração da área ou instalação, agravando sobremaneira os gargalos da infraestrutura portuária do país.

Visando evitar esta paralisação na exploração das áreas ou instalações operacionais dos portos organizados e, conseqüentemente, buscando afastar os reflexos prejudiciais na economia e no comércio exterior, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ) criou uma figura contratual intitulada de contrato de transição.

O referido contrato, como o próprio nome diz, tem como objetivo precípua sanar situações raras e excepcionais relacionadas a exploração de áreas ou instalações operacionais inseridas nos portos organizados do país, inclusive, dentre os aspectos a serem observados nesta ferramenta é de que seu prazo de vigência não pode ultrapassar 180 dias. Figuram como partes no contrato de transição a ex-arrendatária e a Administração do respectivo porto.

Apesar da intenção do Governo Federal e das condicionantes impostas pela ANTAQ para a celebração do contrato de transição, o que se verifica na prática é que seu uso não é excepcional, mas sim corriqueiro, inclusive, existem sucessivos contratos de transição para uma mesma área ou instalação.

Contribui, e muito, para a ocorrência desse desvirtuamento do contrato de transição, a postura do Governo Federal e da Agência Reguladora, eis que os procedimentos licitatórios para os arrendamentos portuários são de suas competências e, o prazo de 180 dias do contrato transitório, não tem se mostrado suficiente.

Apesar dos procedimentos licitatórios estarem na competência da Agência Reguladora, a celebração do contrato de transição foi atribuída de forma, no mínimo, capciosa, a Administração do respectivo porto que, inclusive, tem por obrigação evidenciar o interesse público e a aplicação do princípio da continuidade na exploração das áreas ou instalações.

Essa incumbência atribuída ao gestor da Administração do porto é complexa e inadequada, pois se o procedimento licitatório para o novo arrendamento não lhe compete, o interesse público e a necessidade da continuidade das atividades portuárias poderiam muito bem ser presumidos pela União.

O contrato de transição mostra-se como ferramenta necessária para o atual cenário da infraestrutura portuária brasileira, porém, seu regramento merece ser reformulado a fim de evitar deturpações e situações de risco para o gestor da Administração do porto no que concerne às sucessivas prorrogações e sua conseqüente descaracterização como instrumento temporário e precário.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. ANTAQ. Agência Nacional de Transportes Aquaviários. *Resolução n. 2.240 de 04.10.2011*. Disponível em <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=114324>. Acesso em 10.03.2020.

BRASIL. ANTAQ. Agência Nacional de Transportes Aquaviários. *Resolução n. 07 de 30.05.2011*. Disponível em <http://sophia.antaq.gov.br/terminal/acervo/detalhe/18150?guid=1586532633074&returnUrl=%2fterminal%2fresultado%2flistarlegislacao%3fguid%3d1586532633074%26quantidadePaginas%3d1%26codigoRegistro%3d18150%2318150&i=1> . Acesso em 10.03.2020.

BRASIL, *Constituição Federal de 1988*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 12.03.2020.

BRASIL, *Lei 8.630, de 25.02.1993*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18630.htm. Acesso em 19.03.2020.

BRASIL, *Lei 12.815, de 05.06.2013*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2011-2014/2013/Lei/L12815.htm. Acesso em 19.03.2020.

BRASIL, *Decreto n. 8.033, de 27.06.2013*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ ato2011-2014/2013/decreto/d8033.htm. Acesso em 19.03.2020.

BRASIL, *Arrendamentos SEP. Publicado em 26 de janeiro de 2016*. Disponível em <https://www.infraestrutura.gov.br/investimentos-portu%C3%A1rios/89-portos-menu-lateral/5416-arrendamentos.html>. Acesso em 14.03.2020.

BRASIL, *Blocos de arrendamentos e cronograma de licitações. Publicado em 15 de abril de 2015*. Disponível em <https://www.infraestrutura.gov.br/investimentos-portu%C3%A1rios/89-portos-menu-lateral/5416-arrendamentos.html>. Acesso em 14.03.2020.

BRASIL, *Lei 13.979, de 06.02.2020*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ ato2019-2022/2020/lei/L13979.htm. Acesso em 05.04.2020.

FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 31ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MILLER, Thiago Testini de Mello. AMORIM, Luis Felipe Carrari de. SILVA, Lucas Rênio da. *Direito Portuário: Regulação e Trabalho na Lei n. 12.815/13*. São Paulo: All Print Editora, 2015.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: dos contratos e das declarações unilaterais da vontade*. 30ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

SANTOS, José Anacleto Abduch. *Contratos Administrativos*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo*. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.