

Alexandre Santos de Aragão

PARECER

**DIREITOS DE ACESSO E DE PREFERÊNCIA DO
ART. 58 DA LEI DO PETRÓLEO.
POSSIBILIDADES E LIMITES DA SUA
REGULAMENTAÇÃO PELA ANP NO CONTEXTO
DA CONSULTA PÚBLICA Nº 1/2020.**

**Rio de Janeiro
Junho de 2020**

SUMÁRIO

I – A CONSULTA.

II – REGRAMENTO DO ACESSO DE TERCEIROS PREVISTO NO ART. 58 DA LEI DO PETRÓLEO.

II.1 – O DIREITO DE PREFERÊNCIA INCINDIVELMENTE CONEXO À OBRIGAÇÃO DE PERMITIR O ACESSO.

II.2 – O DIREITO DE PREFERÊNCIA E OS TERMINAIS LOCALIZADOS EM PORTOS ORGANIZADOS.

III – ANÁLISE DA VEDAÇÃO DO DIREITO DE PREFERÊNCIA APROVEITAR A EMPRESAS DO MESMO GRUPO ECONÔMICO

III.1 – DESPROPORCIONALIDADE DA VEDAÇÃO PROPOSTA.

III.2 - PRINCÍPIO DA MENOR INTERVENÇÃO ESTATAL E VIOLAÇÃO DA LEI DE LIBERDADE ECONÔMICA.

III.3 - MEDIDA NA PRÁTICA TORNARIA LETRA MORTA O DIREITO DE PREFERÊNCIA.

III.4 - VIOLAÇÃO DA OBRIGAÇÃO DE OTIMIZAÇÃO DA UTILIZAÇÃO DAS INSTALAÇÕES PORTUÁRIAS ESTABELECIDAS PELO ART. 58 DA LEI DO PETRÓLEO.

IV - IMPOSSIBILIDADE DE DELEGAÇÕES EM BRANCO PARA ATOS CONCRETOS DA AGÊNCIA LIMITAREM DIREITOS PREVISTO EM LEI.

V – NECESSIDADE DE PRÉVIA E ADEQUADA ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO – AIR.

VI - RESPOSTA AOS QUESITOS.



I – A CONSULTA.

Honra-nos o Sindicato Nacional das Empresas Distribuidoras de Combustíveis e de Lubrificantes – SINDICOM (doravante “SINDICOM” ou “Consultente”) com consulta a respeito da juridicidade de aspectos da Proposta de Revisão da Portaria ANP nº 251/2000 (PANP 251/2000), a ser debatida nas Consultas e Audiências Públicas nº 1/2020, com as quais pretende-se contribuir.

Destacamos, de antemão, que nossas análises se adstringem aos aspectos jurídicos da consulta formulada, sem adentrar naturalmente em pontos econômicos ou políticos a respeito de políticas econômicas setoriais.

Conforme aludido, o tema da Audiência Pública, precedida da Consulta Pública, gira em torno da proposta de alteração da Portaria ANP nº 251, que, regulamentando o art. 58 da Lei 9.478/1997 (Lei do Petróleo), estabeleceria *“critérios para o livre acesso, por terceiros interessados, aos terminais aquaviários, existentes ou a serem construídos, para movimentação de petróleo e seus derivados”*.

Dentre os documentos apresentados às contribuições públicas supramencionadas como embasamento, destaca-se a Nota Técnica nº 11/2019-SIM/ANP, com o escopo de descrever os estudos realizados em função da revisão ora proposta. Segundo o documento, alterações nos cenários fático e normativo, relativos tanto aos terminais aquaviários, como ao setor petrolífero, teriam impulsionado as mudanças normativas sugeridas.

Conforme aponta o documento, os ensaios acerca da proposta de revisão da PANP 251/200, responsável pela regulamentação do art.

Alexandre Santos de Aragão

58 da Lei 9.478/1997 – Lei do Petróleo, iniciaram-se em 2015 com estudos internos da própria agência. Após outras etapas de tramitação, a proposta foi levada às Consulta e Audiência Públicas nº 1/2020, cujos objetivos são:

“1.1. Obter subsídios e informações adicionais sobre a proposta de revisão da Portaria ANP nº 251/2000, que trata da Regulamentação do acesso não discriminatório, por terceiros interessados, aos terminais aquaviários, existentes ou a serem construídos, para movimentação de petróleo, seus derivados e de biocombustíveis.

1.2. Propiciar aos agentes econômicos e aos demais interessados a possibilidade de encaminhamento de opiniões e sugestões.

1.3. Identificar, da forma mais ampla possível, todos os aspectos relevantes à matéria objeto da audiência pública.

1.4. Dar publicidade, transparência e legitimidade às ações da ANP”.

A fim de subsidiar as discussões promovidas pela ANP, solicita a Consulente nossa manifestação a respeito das seguintes questões:

1) *A minuta de resolução proposta, ao restringir a aplicação do direito de preferência aos terminais aquaviários situados fora dos portos organizados (art. 2º, XXII e art. 31 da minuta de resolução proposta), é compatível com o art. 58 da Lei do Petróleo?*

2) *A Limitação do exercício do direito de preferência apenas ao operador da instalação portuária, excluídas as pessoas jurídicas coligadas, subsidiárias ou pertencentes ao mesmo grupo econômico (art. 30, § 2º, da minuta de resolução proposta),*

viola o art. 58 da Lei do Petróleo e o princípio da menor intervenção estatal da Lei de Liberdade Econômica?

3) É lícito resolução atribuir a agência reguladora poderes limitadores de direitos, como nos arts. 10, § 2º e 34, ambos da minuta proposta, sem a fixação de parâmetros ou standards minimamente determináveis, como uma delegação em branco para atos concretos da Agência?

A partir do exposto, iniciaremos nosso percurso realizando uma análise sistemática do art. 58 da Lei do Petróleo, que contém a previsão do acesso por parte de terceiros a dutos e terminais marítimos titularizados ou arrendados por pessoa distinta, bem como a disciplina geral do respectivo direito de preferência do titular da operação portuária e das empresas a ele coligadas.

Indo adiante, no Tópico II.1, examinaremos o direito de preferência, decorrência natural da obrigação de permitir o acesso, realizando uma hermenêutica da norma especialmente no que tange à definição do conceito de “carregador proprietário”.

Em seguida, no Tópico II.2, analisaremos as principais razões jurídicas pelas quais, à luz do atual arcabouço regulatório e fático, não se poderia afastar o referido direito de preferência dos arrendatários de terminais localizados em portos organizados com base meramente na previsão do art. 2º da Lei dos Portos.

No tópico III passaremos a averiguar a proposta de vedação do direito de preferência a pessoas jurídicas coligadas, subsidiárias ou

pertencentes ao mesmo grupo econômico¹ do operador portuário. Examinaremos a juridicidade e proporcionalidade da medida (Tópico III.1), inclusive em face do princípio da menor intervenção positivado pela nova Lei de Liberdade Econômica (Tópico III.2). No Tópico III.3, abordaremos o consequente esvaziamento do direito de preferência pela proposta regulatória em referência, especialmente em face da existência de Sociedades de Propósito Específico – erigidas inclusive pelos editais de licitação à época formulados – titulares dos direitos de exploração portuária, cujos objetos, por óbvio, revelam-se restritos à operação do terminal.

Ato contínuo, ainda acerca da proposta de desconcentração societária, veremos no Tópico III.4 se a virtual medida pode gerar desinteresse em agentes econômicos incompatíveis com a obrigação de otimização da utilização das instalações portuárias expressamente determinada pelo art. 58 da Lei do Petróleo.

Finalmente, no derradeiro Tópico, discorreremos sobre a impossibilidade de uma regulação calcada em normas totalmente abertas; destacando os dispositivos da proposta de revisão que eventualmente representem delegações em branco para atos concretos da agência condicionarem, limitarem ou até mesmo impedirem o exercício do direito de preferência previsto em lei.

Adiante, pois.

¹ O conceito de grupo econômico pode variar de acordo com as diferentes áreas de conhecimento e legislações aplicáveis. No âmbito do presente Parecer, não abordaremos discussões ou definições relacionadas ao assunto.

II – REGRAMENTO DO ACESSO DE TERCEIROS PREVISTO NO ART. 58 DA LEI DO PETRÓLEO.

Neste Tópico escrutinaremos a disciplina legal conferida pelo art. 58 da Lei do Petróleo ao acesso de terceiros às estruturas portuárias de transporte de produtos derivados de petróleo e biocombustíveis, buscando delinear a *ratio*, o escopo e os contornos normativos do dispositivo em referência.

Conforme exposto acima, a Portaria ANP nº 251/2000, cuja revisão é discutida no âmbito das Consulta e Audiência Públicas nº 01/2020, regulamenta o acesso de terceiros a terminais aquaviários previsto na Lei 9.478/1997, que, *in verbis*, estabeleceu:

“Art. 58. Será facultado a qualquer interessado o uso dos dutos de transporte e dos terminais marítimos existentes ou a serem construídos, com exceção dos terminais de Gás Natural Liquefeito - GNL, mediante remuneração adequada ao titular das instalações ou da capacidade de movimentação de gás natural, nos termos da lei e da regulamentação aplicável.

§ 1º A ANP fixará o valor e a forma de pagamento da remuneração adequada com base em critérios previamente estabelecidos, caso não haja acordo entre as partes, cabendo-lhe também verificar se o valor acordado é compatível com o mercado.

§ 2º A ANP regulará a preferência a ser atribuída ao proprietário das instalações para movimentação de seus próprios produtos, com o objetivo de promover a máxima utilização da capacidade de transporte pelos meios disponíveis.

§ 3º A receita referida no caput deste artigo deverá ser destinada a quem efetivamente estiver suportando o custo da capacidade de movimentação de gás natural.

A despeito da natureza jurídica dos terminais aquaviários ou de seus operadores, a ser minudenciada mais adiante, o artigo transcrito traz disciplina geral, aplicável a toda infraestrutura portuária hábil a promover o transporte de combustíveis em território nacional.

Conforme ensina MARIA MENEZELLO, em comentários específicos ao dispositivo, “o princípio básico e norteador de toda a lei e da regulação pertinente é o livre acesso às instalações de transporte e terminais, **para otimização dos sistemas** em benefício da indústria e dos consumidores em geral”.²

De fato, com a superação da visão oitocentista dos contratos e relações privadas, há hipóteses, como a presente, de contratos privados, celebrados entre empresas transportadoras e operadores portuários, que, dada a importância geral das operações, encontram na legislação certa instrumentalização.

A Administração Pública, atuando dentro de seus limites institucionais, promove um direcionamento contratual com o objetivo de maximizar os interesses públicos relevantes eventualmente ameaçados por uma atuação desatenta às consequências

² MENEZELLO, Maria D'Assunção Costa. *Comentários à Lei do Petróleo*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 155, grifamos.

potencialmente negativas por parte dos entes privados envolvidos na negociação.

Há décadas, o Direito Administrativo vem incidindo sobre ajustes privados especialmente sensíveis para a coletividade, como o presente: fixa cláusulas necessárias, veda outras, estabelece regulamentos de serviço que se incorporam aos contratos (privados) entre usuários e concessionárias de serviços públicos, e, como ocorre no caso concreto, impõe uma atuação negocial não discriminatória, fixando limites à autonomia contratual e regulamentando eventuais direitos (como por exemplo, o de preferência), em prol do incentivo da máxima eficiência das infraestruturas.

Nesse sentido, ALEXANDRE WAGNER NESTER ressalta que, muitas vezes, busca-se “assegurar a determinados agentes econômicos, mediante o pagamento de um preço justo, o exercício do direito de acesso às infraestruturas e redes já estabelecidas (assim como a determinados insumos e bens), que são indispensáveis para o desenvolvimento da sua atividade econômica”. Conclui o autor que “a esse direito de acesso corresponde uma obrigação específica do detentor da infraestrutura de ceder o acesso ao terceiro, em termos não discriminatórios e razoáveis, a fim de viabilizar os objetivos e políticas preconizado pelo Estado”.³

No caso, o acesso previsto pelo art. 58 da Lei do Petróleo, como destacado pela acima transcrita comentarista, tem como principal objetivo de política pública, mais até do que incentivar a

³ NESTER, Alexandre Wagner. *Regulação e Concorrência: compartilhamento de infra-estruturas e redes*. São Paulo: Dialética, 2006, p. 226.

concorrência, o de otimizar a utilização das infraestruturas portuárias em questão.

Banhado pelo Oceano Atlântico, o Brasil possui 7.367 km de extensão litorânea. Não somente, dispõe de um extenso sistema de rios e lagos, dividido em 12 bacias hidrográficas e uma malha hidroviária de 42 mil km, composta por 21 mil km de rios navegáveis e outros 15 mil km de trechos potencialmente navegáveis.

Nesse contexto, e tomando em conta que a maior parcela da produção petrolífera do país ocorre em áreas *offshore*, bem como o crescimento das operações de importação com alternativas de suprimento, os portos são infraestruturas de grande importância para o transporte de combustíveis no território nacional. As instalações portuárias são essenciais elementos de integração logística e de transporte: de um lado, encontra-se o transporte marítimo e do outro, o transporte terrestre (rodoviário, ferroviário ou dutoviário).

Diante da relevância dos terminais aquaviários de transporte de petróleo, derivados e biocombustíveis,⁴ o legislador positivou a sua opção pelo acesso, mediante remuneração adequada, aos terceiros eventualmente interessados na utilização daquelas estruturas, integrantes ou não do setor de óleo e gás. Sobre o tema, MANOEL DOS SANTOS NETO leciona que, dentre outros objetivos, “o

⁴ Conforme salienta a Nota Técnica nº 11/2019-SIM/ANP, “o modal aquaviário é utilizado nas atividades de escoamento da produção dos campos de petróleo, no suprimento das plataformas de petróleo offshore e das suas embarcações de apoio com derivados de petróleo (navegação de apoio marítimo), na distribuição de produtos derivados nacionais e importados, para suprir as diversas regiões do país (navegação de cabotagem e navegação interior) e, por fim, no abastecimento de embarcações em regiões portuárias (navegação de apoio portuário)”.

compartilhamento dessas instalações buscou maximizar a utilização da capacidade de transporte pelos meios disponíveis”.⁵

O acesso a tais estruturas, no entanto, não é realizado de maneira gratuita. Muito embora a utilização de dutos e terminais aquaviários seja importante para o desenvolvimento de diversos setores da economia e, por isso, seja aberta a qualquer interessado, a construção e manutenção desses bens gera custos por vezes bastante elevados.

Nessa seara, como necessária compensação pelos investimentos realizados na área portuária, estabeleceu-se a imprescindibilidade de remuneração adequada, destinada ao titular das instalações ou a quem efetivamente estiver suportando o custo da capacidade de movimentação de gás natural, conforme prevê o § 3º do artigo analisado.

Para os fins do presente parecer, ressaltamos que, em linha com o que será exposto no Tópico III e seguintes, as referências que fizermos a “proprietário”, “titular” ou “responsável” pelas instalações portuárias devem ser entendidas de uma maneira não restrita, abrangendo todo o grupo econômico a que a pessoa jurídica diretamente responsável pela operação fizer parte.

Conforme leciona CARLOS ARI SUNDFELD, “a Lei do Petróleo e Gás, em seu art. 58 estabelece – expressamente – que qualquer interessado pode usar a infraestrutura existente mediante remuneração a ser estabelecida por negociação entre as partes”. Pondera o autor, que, muito embora confira-se certa liberdade negocial

⁵ S. NETO, Manoel, P. *Manual de Direito do Petróleo*. Jundiaí: Paco, 2018, p. 92

aos particulares na definição do preço, “a Lei garante ao órgão o poder para verificar a compatibilidade do valor acordado com o de mercado. No caso de as partes não chegarem a um acordo, então, caberá à ANP – e somente neste caso – fixar o valor e a forma de pagamento pelo uso da infraestrutura alheia”.⁶

Na mesma linha da previsão do acesso não discriminatório, portanto, buscou o legislador, com a previsão constante no § 1º, dirimir os jogos de poder eventualmente perpetrados entre operadores e terceiros interessados, equacionando os interesses de ambos os agentes.

Além de assegurar o preço de mercado, o art. 58 da Lei 9.478/1997, em seu § 2º, também confere ao titular da infraestrutura “direito de preferência” sobre as pretensões de acesso de terceiros.⁷

Ressalvando o exame pormenorizado deste direito, a ser desenvolvido no próximo Tópico, incumbe-nos, neste momento, conceituá-lo brevemente como a prerrogativa que aproveita ao investidor na qualidade de responsável, ainda que indireto, pelos custos de instalação e/ou manutenção das instalações portuárias, que lhe assegura a utilização prioritária das estruturas portuárias sob sua administração para a movimentação de seus próprios produtos, em detrimento de terceiros eventualmente interessados.

⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. O Compartilhamento de infraestruturas entre prestadoras de Serviço Público.

⁷ Pedimos vênia para novamente transcrever o parágrafo, que diz: “A ANP regulará a preferência a ser atribuída ao proprietário das instalações para movimentação de seus próprios produtos, com o objetivo de promover a máxima utilização da capacidade de transporte pelos meios disponíveis”.

Alexandre Santos de Aragão

Tal direito, conforme previsão expressa da Lei, deve ser detalhado pela ANP. Sobre esse aspecto, sobrelevam-se algumas considerações, sobretudo em virtude da proposta de revisão da PANP 251, em discussão nas Consulta e Audiência Públicas nº 1/2020.

Conforme é sabido, apesar de amplo, o poder normativo das agências reguladoras não pode, naturalmente, desrespeitar os limites impostos pela Lei que lho confere.

Nada obstante a necessidade de justificação legal, é fato que as leis atributivas de poder normativo às entidades reguladoras independentes geralmente possuem baixa densidade normativa, a fim de – ao estabelecer finalidades e parâmetros gerais – propiciar, em maior ou menor escala, o desenvolvimento de normas setoriais aptas a, com autonomia e agilidade, regular a complexa e dinâmica realidade social subjacente.⁸

A lei, portanto, sem dar início *de per se* a uma normatização mais completa e, muito menos, exaustiva da matéria, estabelece parâmetros a serem observados pelo o poder normativo de segundo grau.

Nesta perspectiva, o ministro VICTOR NUNES LEAL observa que “se o Congresso pode regular um assunto nos seus mínimos detalhes e não o faz, deixando margem para o regulamento, temos, praticamente, uma situação que se assemelha à delegação, embora sem os requisitos técnicos que esta apresenta”.⁹

⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 439.

⁹ LEAL, Victor Nunes. *Delegações Legislativas*. In: *Problemas de Direito Público*. Rio de Janeiro: Forense, 1960, pp. 100-102.

Nada obstante a possibilidade de o poder normativo ser conferido em termos amplos e às vezes implícitos, não se pode isentá-lo dos parâmetros suficientes o bastante para que a legalidade e a constitucionalidade dos regulamentos sejam aferidas. Do contrário, estaríamos, pela inexistência de balizamentos com os quais pudessem ser contrastados, impossibilitando qualquer forma de controle sobre os atos normativos da Administração Pública, o que não se coadunaria com o Estado de Direito.¹⁰

Assim, mesmo nesses casos, não se pode perder de vista o quadro legal da regulamentação, extraível tanto da letra lei, como, de forma implícita, do espírito da disposição legal que justifica a atuação do ente regulador independente.

O que deve ser frisado é que **cabe à ANP regulamentar, detalhar o direito de preferência previsto no art. 58 da Lei do Petróleo, não mitigá-lo. In casu, ao contrário do que em outros dispositivos ocorre, a Lei não delegou à agência reguladora a tarefa de estabelecer direitos conexos à obrigação de permitir o acesso, como o direito de preferência. A própria Lei já estabeleceu – ela própria – o direito de preferência em relação aos ativos submetidos ao regime de acesso de terceiros, não havendo discricionariedade da agência para conferir-lhe em maior ou em menor proporção, mas apenas de estabelecer-lhe os detalhes para viabilizar a sua aplicação. A sua função é viabilizar, não restringir o direito já adredemente fixado por Lei.**

¹⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 439.

Mesmo os que, como nós, admitem a possibilidade de atribuição de um amplo poder normativo às agências reguladoras, esse poder resulta obviamente dos termos legais em que são conferidos. A Lei pode conferir esse amplo poder de definição pela agência reguladora, e muitas vezes o faz; mas também pode ela própria estabelecer já algum direito, e, nesse caso, ele deve, naturalmente, ser respeitado pela agência reguladora.

No caso trazido a esta consulta, verifica-se que, embora tenha-se atribuído à ANP a incumbência de regulamentar o direito de preferência ao uso de dutos e terminais aquaviários pelos detentores destas instalações, a Lei delimitou uma moldura bastante clara, da qual extraem-se dois objetivos principais: (i) conferir proveito ao grupo econômico investidor, como contraponto aos encargos e riscos por ele assumidos; e (ii) garantir a máxima eficiência e utilização do sistema, estimulando e trazendo proteção aos investimentos realizados na área, mesmo ante a intensa regulação no setor, mediante a atribuição do direito de preferência.

A essas questões dedicaremos os próximos Tópicos.

II.1 – O DIREITO DE PREFERÊNCIA INCINDIVELMENTE CONEXO À OBRIGAÇÃO DE PERMITIR O ACESSO.

Minudenciaremos adiante o direito de preferência conferido ao operador portuário e demais empresas integrantes do seu grupo econômico, destacando sua natureza logicamente consequencial da política de acesso às estruturas aquaviárias de transporte de

combustíveis, ressaltando, ao fim, sua importância para a viabilização dos investimentos realizados no setor portuário.

Nas palavras de CARLOS ARTHUR DA SILVA MOURA e ADAÍLO SANT'ANNA, “a movimentação de graneis líquidos, em face de suas múltiplas alternativas quanto aos meios de execução, exige um planejamento bem elaborado, sob os aspectos técnicos e econômicos, tendo em vista os vários fatores a serem considerados na escolha das modalidades de transporte que irão integrar os diferentes sistemas, e de suas características específicas”.¹¹

Diante da necessidade de um planejamento adequado acima exposta, a PANP 251/2000 impôs a realização de Programações Prévias e Extemporâneas para a utilização da infraestrutura, visando a otimização operacional do terminal. Enquanto a primeira obrigação consiste na programação mensal preparada pelo operador de terminal para o atendimento das solicitações de acesso efetuadas até a data limite; a segunda trata da programação preparada pelo operador de terminal para o atendimento das solicitações de acesso efetuadas após a data limite, com vistas a cumprir a obrigação de atendimento à Capacidade Disponível.

Conforme mencionado anteriormente, o chamado direito de preferência, erigido pela Lei 9.478/1997 e (meramente) regulamentado pela PANP 251, funda-se na primazia que aproveita ao titular das instalações portuárias na utilização dos dutos de transporte e terminais aquaviários por ele mantidos no transporte de seus próprios produtos.

¹¹ MOURA, Carlos Arthur da Silva. Transportes de graneis líquidos: movimentação de petróleo e seus derivados por condutos. *Revista de Administração Pública*, v. 8, n. 1, p. 266, 1974.

Alexandre Santos de Aragão

Essa preferência justifica-se e torna-se necessária à medida que aproveita justamente ao agente que, assumindo os riscos da atividade portuária, realiza os investimentos necessários para a utilização adequada daquelas estruturas.

De fato, se o legislador, a fim de promover o interesse público, expressamente impôs aos agentes responsáveis pelos terminais aquaviários a obrigação de permitir o acesso de terceiros interessados em suas estruturas, também resguardou, de maneira clara, a prioridade desses mesmos agentes e de suas controladoras na utilização dos bens por eles geridos. Trata-se de medida axiomática ponderativa, pensada como contraponto lógico à intervenção estatal realizada na autonomia negocial. E, como visto acima, a Lei já fez essa ponderação, não cabendo à agência reguladora alterá-la.

Com efeito, em um exercício em que se cogitasse a ausência de previsão similar, revelar-se-ia bastante laborioso imaginar vantagens concretas ao operador que, mesmo gerindo toda estrutura portuária e suportando os diversos investimentos e encargos decorrentes da atividade, tivesse que disputar com terceiros o acesso às suas próprias estruturas. Garante-se a preferência, portanto, como forma de tornar a atividade portuária atraente ao capital privado, de modo a fomentar os investimentos em estruturas tão caras aos mais diversos setores da economia.

De maneira ilustrativa, verifica-se que nem mesmo nas chamadas “*essential facilities*” se admite o compartilhamento indiscriminado das estruturas consideradas essenciais. Conforme afirma MATEUS PIVA



ADAMI, “a presença de um novo usuário não pode prejudicar os agentes econômicos que já façam uso do bem.”¹²

O direito de acesso, portanto, conforme depreende-se da própria literatura, consiste na “possibilidade de eventuais terceiros interessados valerem-se da **capacidade não utilizada** dos dutos de transporte de gás natural [e petróleo, seus derivados e biocombustíveis] existentes”.¹³

Nada obstante o escopo claro da norma, qual seja, conferir proveito ao agente responsável pelos encargos do porto – inclusive como forma de impulsionar o interesse privado na atividade – a proposta de Revisão da PANP 251/2000 busca limitar esta prerrogativa apenas aos operadores de Terminais de Uso Privado, subtraindo expressamente tal garantia dos arrendatários de áreas em portos organizados.

Para justificar a restrição, a ANP afirma que a figura do “proprietário das instalações” prevista pela Lei 9.478/1997 não se coadunaria com a nova disciplina trazida pela Lei dos Portos, de 5 de junho de 2013. Nas palavras da agência, a norma portuária, editada dezesseis anos após a Lei do Petróleo, ao prever que os portos organizados seriam “bens públicos”, obstaría a caracterização do arrendatário como “proprietário das instalações”, para os fins do art. 58, § 2º, uma vez que essas áreas seriam de propriedade da União.

¹² ADAMI, Mateus Piva. *Essential facilities*, falhas regulatórias e assimetria de informação no setor de telecomunicações. *Fórum Administrativo* – Direito Público. Belo Horizonte, ano 6, n. 69, nov. 2006.

¹³ SIQUEIRA, Mariana de; XAVIER, Yanko Marcius de Alencar. Os dutos de transporte do gás natural e a regulação do livre acesso no Brasil: perspectivas históricas e atuais. *Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos*, v. 2, n. 01, 2 out. 2013, grifamos.

Antes de adentrarmos ao exame específico da nova Lei dos Portos, cumpre destacar, *ab initio*, a irrazoabilidade da proposta de revisão, mormente o decurso temporal verificado desde a alteração normativa na disciplina dos Portos Organizados decorrente da Lei 12.815/2013 e a discussão acerca da proposta de alteração regulatória pretendida pela ANP, levada a debate apenas recentemente, após a consolidação de um sem número de relações jurídicas esteadas na redação original da PANP 251/2000.

Conforme examinaremos no Tópico III.3, é preciso ter em conta a necessidade de uma atuação regulatória atenta às consequências fáticas de eventual mudança nas normas que regulamentam determinada atividade, inclusive em decorrência do reforço da proteção da segurança jurídica empreendida pela Lei 13.655/2018, que incluiu na LINDB o art. 23, que dispõe: “a *decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais*”.

MARÇAL JUSTEN NETO aduz que “os artigos 23 e 24 da LINDB reforçam e ampliam a vedação a aplicação retroativa de nova interpretação conferida a norma administrativa. (...) Trata-se de uma garantia aos administrados e administradores de que a alteração superveniente do entendimento de determinada norma não afetará os atos praticados sob o entendimento então vigente”.¹⁴

¹⁴ NETO, Marçal Justen. Efeitos da Reinterpretação de norma no Direito. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael



Assim como em suas decisões, não poderia a Administração Pública alterar subitamente sua postura no contexto de lei já relativamente antiga (a “nova” Lei dos Portos de 2013). Seria com fortes razões o caso estando diante de uma interpretação nova da Lei que, mais que uma mera decisão concreta antiga, ensejasse a revisão da própria norma regulamentar. Neste caso, em face aos seus efeitos gerais e abstratos, a insegurança jurídica seria maior ainda.

Independentemente dessas considerações, não nos parece que a interpretação gramatical do dispositivo, pouco atenta aos anseios do legislador e adstrita à letra legal, especialmente quando cotejada com norma extemporânea, seja a saída hermenêutica mais adequada para a definição de uma política regulatória tão sensível.

Olvida a proposta que **o acesso concedido a terceiros é conferido de forma conexa e incidível ao direito de preferência, até mesmo pelo vetusto ensinamento de que os §§ de um dispositivo são meros prolongamentos de detalhes do que fora estabelecido em seu *caput*.¹⁵ Se no *caput* está previsto o direito de acesso, no § 2º está o respectivo direito de preferência. Dessa maneira, em relação aos portos organizados, se não há direito de preferência, também não poderia haver direito de acesso; e, se há direito de acesso, não tem como não haver também o direito de preferência.**

Wallbach (coord.). *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*, vol. II. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 237.

¹⁵ Segundo o Manual de Redação da Presidência da República, cabe ao § explicar, detalhar, o que está no *caput* (p. 126).

Trata-se, em verdade, de uma espécie de *conditio juris* suspensiva (ou, poderíamos dizer, condição suspensiva *ex lege*). De acordo com VICENTE RAO, “o direito sujeito a condição suspensiva é, pois, um direito condicional adquirido. Direito adquirido, isto é, à titularidade do direito visado pelo ato jurídico, quando se realizar a condição”.¹⁶

Consoante o magistério de PONTES DE MIRANDA, “o que há de comum entre as *condiciones iuris* e as condições em sentido próprio, é que todas elas se ligam à eficácia, **podendo acontecer que a *condicio iuris* se ligue à existência (...)**. Mas, enquanto as condições em sentido próprio, são postas pelo manifestante ou pelos manifestantes da vontade, as *condiciones iuris* são-no pela lei. Para que B herde de A, é preciso que B sobrevivia a A (*conditio iuris*)”.¹⁷

A própria Lei do Petróleo estabelece *in casu* que, para que o direito de uma parte exista, é preciso que, concomitantemente, a outra não deseje exercer o seu direito reflexamente conexo. A possibilidade de acesso por terceiros se justifica no direito de preferência e vice-versa.

Nas clássicas palavras de CLÓVIS BEVILAQUA, “realizada a condição, o direito, em regra, se considera existente.”¹⁸ Somente quando garantida a preferência, portanto, torna-se exigível o direito de acesso por parte de terceiros.

¹⁶ ÁO, Vicente. Ato jurídico. 4. ed. rev. e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Ed. RT, 1997, P. 281.

¹⁷ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado – parte geral – tomo V*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 176-177.

¹⁸ BEVILÁQUA, Clóvis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado. Edição histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1975. v. I, p. 374.

Essa premissa, idealizada pelo legislador como um contrabalanço à possibilidade de outros agentes utilizarem as estruturas geridas pelos operadores portuários, deve, portanto, ser interpretada à luz de seu real escopo, qual seja, conferir aos investidores direito de utilização prioritária inerente à sua qualidade de encarregado pelos diversos encargos que, executados, possibilitam inclusive a manutenção da operação daquelas estruturas. **Apenas se atendida a condição de o titular da infraestrutura não precisar se utilizar dela em maior proporção, e em com isso restando capacidade ociosa, que surgirá a possibilidade de acesso por terceiro.**

Na lição de CARLOS MAXIMILIANO, “Interpretar é explicar, esclarecer; dar o significado de vocábulo, atitude ou gesto; reproduzir por outras palavras um pensamento exteriorizado; mostrar o sentido verdadeiro de uma expressão; extrair de frase, sentença ou norma, tudo o que na mesma se contém. Pode-se procurar e definir a significação de conceitos e intenções, fatos e indícios; porque tudo se interpreta; inclusive o silêncio”¹⁹

Ao tratar do método interpretativo teleológico das normas, “o melhor e mais seguro, na maioria das hipóteses”, ensina o clássico autor que “deve o intérprete sentir como o próprio autor do trabalho que estuda; imbuir-se das ideias inspiradoras da obra concebida e realizada por outrem”.²⁰

¹⁹ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 9.

²⁰ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 140.

À luz dos ensinamentos do mestre gaúcho e diante do cenário fático que se evidencia, não nos parece outra a intenção do legislador senão conferir o direito de preferência à utilização das estruturas aquaviárias a todos operadores portuários, sejam eles donos de seus próprios terminais ou legítimos arrendatários de área concedida, uma vez que, explorando a atividade por iniciativa própria ou por delegação, os agentes privados assumem os encargos e investimentos daquela operação, sendo inadmissível cogitar o acesso amplo a terceiros em detrimento do próprio titular *lato sensu* daqueles bens.

Em linha com o demonstrado no Tópico anterior, não pode a ANP, no exercício de seu poder normativo regulamentar, mostrar-se desatenta à teleologia da norma, especialmente quando, valendo-se de uma interpretação literal e indiferente ao contexto normativo da época, tornar inexistentes direitos previstos em lei de seus regulados.

Como em toda grande operação logística, o tempo é bastante valioso também na movimentação de combustíveis. Com efeito, o acesso prioritário aos terminais aquaviários – isto é, a garantia de que as cargas sejam movimentadas nas instalações independentemente da maior ou menor demanda por esses serviços – pode ser tão ou mais determinante para a decisão de se investir em portos quanto a remuneração paga por terceiros pela utilização dessas estruturas, o que é a regra quando os operadores atuarem também em outros setores da economia que demandem a utilização dessa infraestrutura.

Como é de conhecimento geral, **a presença de atores do mercado de petróleo, gás e minérios em atividades portuárias se dá quase que exclusivamente com o desiderato de transportar seus próprios produtos. Se isso não lhes for possível, ou se tiverem que estar sempre em condições de plena igualdade com qualquer**



transeunte, por quais razões investiriam em portos, sejam eles privados ou integrantes de portos organizados? Deseja a proposta afastar todos esses investimentos dos portos organizados, que são aqueles que, por serem o eixo do sistema, mais deveriam ter a atração de investimentos como uma prioridade?²¹

Em outras palavras, é preciso questionar por quais motivos um agente privado investiria em estrutura tão complexa, como as dos terminais situados em portos organizados, assumindo uma série de obrigações e riscos inerentes à regulação portuária, se, ao fim e ao cabo, não auferiria qualquer vantagem material naquela atividade para além da simples remuneração, que, para ele, seria receita meramente ancilar e acidental, alheia até mesmo ao seu *core business*.

Assim, a nova norma que, na visão do ente regulador, serviria para beneficiar o setor pode, outrossim, gerar o sucateamento dessas estruturas portuárias, desestimular a realização de novos investimentos e, em última análise, causar enormes prejuízos à União, titular da área dos portos organizados delegados à iniciativa privada.

Para além dessas considerações, tomadas com base na adequada aplicação do art. 58 da Lei do Petróleo que, por si só, já se mostrariam suficientes para afastar a ablação do direito de preferência proposta, a proposta também não nos parece acertada com base na

²¹ Destaca-se que, nos termos do art. 3º da nova Lei dos Portos, “A exploração dos portos organizados e instalações portuárias, com o objetivo de aumentar a competitividade e o desenvolvimento do País, deve seguir as seguintes diretrizes: I - expansão, modernização e otimização da infraestrutura e da superestrutura que integram os portos organizados e instalações portuárias; (...) III - estímulo à modernização e ao aprimoramento da gestão dos portos organizados e instalações portuárias, à valorização e à qualificação da mão de obra portuária e à eficiência das atividades prestadas”.

própria disciplina dos bens localizados nos portos organizados, como passaremos a examinar.

II.2 – O DIREITO DE PREFERÊNCIA E OS TERMINAIS LOCALIZADOS EM PORTOS ORGANIZADOS.

No presente Tópico abordaremos a proposta de extinção do direito de preferência acima examinado em relação aos delegatários de áreas localizadas em portos organizados à luz da natureza jurídica dos bens ali presentes, com base inclusive na disciplina da “nova” Lei dos Portos.

Preliminarmente ao exame do tema, impende reproduzir, para contextualização, a proposta elaborada pela ANP e as justificativas constantes da Nota Técnica nº 11/2019-SIM/ANP.

Do texto da proposta de revisão normativa extrai-se:

“Art. 31 No terminal situado fora do porto organizado fica assegurado ao carregador proprietário, por meio da utilização da preferência do proprietário, o uso do terminal para a movimentação de seus próprios produtos até que exista encaminhamento para o operador de solicitação de acesso no uso das instalações.

§ 1º O carregador que movimentar produtos em terminais situados em porto organizado não tem direito de preferência do proprietário.



Alexandre Santos de Aragão

Já na referida Nota Técnica, elaborada com o objetivo de descrever os estudos que foram realizados em função da revisão da PANP 251/200, verificam-se as seguintes considerações:

“(…) é importante refletir sobre a propriedade, uma vez que em terminal aquaviário situado no porto organizado não existe a figura de um proprietário, pois tal local é considerado um bem público.

Logo, ainda que o operador do terminal em porto organizado movimente produtos próprios ou pertencentes ao mesmo grupo econômico do arrendatário do terminal, não caberia nenhum tipo de preferência ao proprietário para a movimentação dos seus produtos, devendo a arrendatária tratar todos os usuários do terminal com isonomia, independente de se tratar ou não do proprietário, observando sempre o Contrato de Arrendamento e a legislação pertinente.

Portanto, só é possível a regulação da preferência do proprietário quando se tratar de terminal de propriedade privada, que atenda aos interesses de seu proprietário, desde que dentro dos preceitos legais”.

A dedução do estudo é a seguinte: se o art. 58 da Lei do Petróleo se refere a direito de preferência “do proprietário”, e Lei dos Portos trata os portos organizados como “bens públicos”, então é porque nenhum privado pode ser proprietário de bens localizados em portos organizados. Conseqüentemente, nenhum privado poderia ter direito de preferência em instalações integrantes de portos organizados.

Por vezes as deduções automáticas podem levar a sérios equívocos. Vejamos com vagar.

O critério atualmente vigente para a definição do regime jurídico do serviço portuário prestado vale-se da localização de cada instalação portuária. A Lei 12.815/2013, logo em seu primeiro artigo, estabelece que, fazendo parte do chamado “porto organizado”, a exploração da atividade deverá ocorrer mediante concessão ou arrendamento e em regime de direito público. Já a atividade realizada fora dos limites da poligonal daqueles portos organizados, ocorrerá mediante autorização e será prestada em regime de direito privado.²²

Nesse contexto, assim como no caso trazido a esta consulta, sobrelevam-se algumas questões, quase todas decorrentes da caracterização do porto organizado como bem público trazida pelo art. 2º, I, da Lei em comento.²³

Bens públicos, nos termos literais do art. 98 do Código Civil Brasileiro de 2002, são aqueles “pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno”. Muito embora a definição do diploma civilista faça menção à titularidade dos bens, os estudiosos do direito privado já reconhecem que “o critério da classificação de bens indicado no art. 98 do Código Civil não exaure a enumeração dos bens públicos, **podendo ainda ser classificado como tal o bem pertencente a**

²² Art. 1º da Lei 12.815/2013: “*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*”.

²³ Art. 2º da Lei 12.815/2013: “*Para os fins desta Lei, consideram-se: I - porto organizado: 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*”.

pessoa jurídica de direito privado que esteja afetado à prestação de serviços públicos".²⁴

Na literatura publicista, FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO assevera que “a definição de um regime jurídico apenas pela verificação da natureza do seu titular (se pessoa de direito público ou privado) mostra-se absolutamente insuficiente. Necessário será, sim, verificar a relevância da utilidade ou das utilidades a que o bem se presta (v.g., os usos aos quais o bem é destinado) e, a partir daí, identificar o regime jurídico suficiente para assegurar a disponibilidade dessa utilidade (função) à fruição da coletividade”.²⁵

Tratando especificamente da definição trazida pela Lei 12.815/2013, FABIANE TESSARI LIMA DA SILVA afirma que “no caso do setor portuário, parece ser razoavelmente pacífico o entendimento doutrinário segundo o qual ao definir o porto organizado como bem público o legislador não teria transferido automaticamente a titularidade dos bens privados inseridos nas poligonais ao Poder Público, diante da ausência de previsão legal do regime de desapropriação para este caso”.²⁶

Nas palavras de 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

²⁴ Enunciado nº 287 da IV Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal, grifamos.

²⁵ Bens públicos: função social e exploração econômica - o regime jurídico das utilidades públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 390-391.

²⁶ SILVA, Fabiane Tessari Lima da. Reequilíbrio econômico-financeiro em contratos de arrendamento portuário: o caso do porto organizado de Paranaguá, no estado do Paraná. Dissertação apresentada como requisito parcial à conclusão do Mestrado Profissional em Direito e Desenvolvimento – Direito dos Negócios Aplicado, da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas – FGV, 2016, p. 52.

vigente poligonal”.²⁷ Para os autores, na realidade, dizer que porto organizado é bem público:

“significa apenas que o porto organizado é empreendimento estatal, mas não que todos os imóveis abrangidos pela poligonal sejam considerados públicos (de titularidade pública) ou sujeitos ao regime jurídico dos bens públicos. Assim, por exemplo, os direitos privados sobre um imóvel situado dentro da poligonal do porto organizado poderiam, e podem, ser alienados por compra e venda entre particulares, seguindo o regime próprio desses bens”.²⁸

Conforme leciona ALINE LÍCIA KLEIN, “o critério dominial, da titularidade do bem, não é suficiente para a definição da área do porto organizado”.²⁹ Com efeito, **“a área do porto organizado abarca** tanto bens ditos públicos em sentido estrito (de propriedade da União, estados, municípios ou entidades da Administração Pública indireta), como **bens de titularidade dos particulares**”.³⁰

Verifica-se, portanto, que, mesmo “a partir da Lei nº 12.815/2013, o desenho da poligonal não conduz à modificação da natureza jurídica

²⁷ 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 (Org.). *Direito Portuário Brasileiro*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 326.

²⁸ 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 (Org.). *Direito Portuário Brasileiro*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 324, grifamos.

²⁹ KLEIN, Aline Lícia. O porto organizado como bem público e a delimitação de sua área. In: PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach (coord.). *Direito Portuário Brasileiro*, Belo Horizonte: Fórum 2020, p. 410, grifamos.

³⁰ SANTOS, Fernando Muniz; FERREIRA, Carolina Raboni. Área do porto organizado e bens particulares: análises dos arts. 2º, 17, 59 e 68 da Lei nº 12.815/2013. In: PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach (coord.). *Direito Portuário Brasileiro*, Belo Horizonte: Fórum 2020, p. 464.

de determinados bens imóveis nela incluídos”.³¹ Os bens de propriedade ou da posse³² do delegatário, operador daquela área concedida ou arrendada continuarão fazendo parte de seu patrimônio, pelo menos até eventual reversão, muito embora estejam vinculados ao serviço público desempenhado durante a administração portuária. E o reverso também é verdadeiro. Na maioria das vezes, os terminais marítimos privados, fora dos portos organizados, estão pelo menos parcialmente (e em sua área mais relevante, a dos ancoradouros) em terrenos de marinha, que são bens da União.

Como expõem FERNANDO MUNIZ SANTOS e CAROLINA RABONI FERREIRA, “a alteração poligonal, em suma afeta as áreas que forem incluídas na demarcação do porto organizado à atividade portuária, fazendo incidir sobre elas toda a regulação em matéria portuária e a fiscalização da Autoridade Portuária”.³³ Assim, “à semelhança de uma lei de zoneamento urbano, predefine o uso de certas áreas a finalidades específicas”.³⁴

Dessa forma, na qualificação das estruturas existentes dentro dos limites dos portos organizados, “o ponto relevante é a sua

³¹ SILVA, Fabiane Tessari Lima da. Reequilíbrio econômico-financeiro em contratos de arrendamento portuário: o caso do porto organizado de Paranaguá, no estado do Paraná. Dissertação apresentada como requisito parcial à conclusão do Mestrado Profissional em Direito e Desenvolvimento – Direito dos Negócios Aplicado, da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas – FGV, 2016, p. 52.

³² Posse por força do direito de uso privativo dos bens públicos, que, em última análise, conferirá ao delegatário, para o que é relevante para o objeto do presente parecer, as mesmas prerrogativas aplicáveis ao operador portuário que for proprietário das instalações.

³³ SANTOS, Fernando Muniz; FERREIRA, Carolina Raboni. Área do porto organizado e bens particulares, análise dos arts. 2º, 17, 59 e 68 da Lei nº 12.815/2013. In: PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach (coord.). *Direito Portuário Brasileiro*, Belo Horizonte: Fórum 2020, p. 466.

³⁴ 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 (Org.). *Direito Portuário Brasileiro*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 327.

destinação. O bem poderá integrar a poligonal, independentemente de quem seja o seu titular, quando for essencial à função portuária. A partir do momento que determinado bem se apresente essencial à exploração da atividade portuária no porto organizado, deve ser incluído na poligonal, **mesmo que de titularidade privada**".³⁵

Conforme observamos em outra oportunidade,³⁶ a natureza jurídica dos bens afetados aos serviços públicos delegados à iniciativa privada, especialmente quando reversíveis ao patrimônio do Estado, é, de fato, um dos temas do Direito Brasileiro que mais gera perplexidades se focado do ponto de vista da teoria privatista da propriedade.³⁷

Quer tenham sido aportados pelo Estado quando da delegação, quer tenham sido adquiridos pelo delegatário no curso da concessão (estando, portanto, civilisticamente registrados em seu nome), não se enquadram com facilidade nas categorias tradicionais dos bens até o momento formuladas pela doutrina brasileira.³⁸ É possível inclusive especular se talvez não tenha sido essa complexidade, ademais

³⁵ 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*, Belo Horizonte: Fórum 2020, p. 347, grifamos.

³⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 4ª edição, 2017, p. 468.

³⁷ Duguit já destacava as dificuldades com que as construções romanas sobre o direito de propriedade se aplicam a bens afetados a uma finalidade social (DUGUIT, Léon, *Traité de Droit Constitutionnel*, Tomo II, 2ª ed., Ancienne Librairie Fontemoing & Cie, Paris, 1923, p. 62).

³⁸ Na doutrina estrangeira alguns autores diferenciam a propriedade pública (bem de propriedade do Estado), da dominalidade pública (afetação ao interesse público, independentemente de ser propriedade pública ou privada), "o que acarreta, nesse caso, a aplicação de um regime jurídico mais ou menos exorbitante do direito comum" (CORNU, M. *Vocabulaire Juridique*, 3ª. edição, Presses Universitaires de France – PUF, Paris, 1992, p. 832). Tratando da matéria inteiramente sob este foco, MOYSAN, Hervé. *Le Droit de Propriété des Personnes Publiques*, Ed. L.G.D.J, Paris, 2001.



inerente a outro setor regulado, que poderia ter levado ao equívoco na interpretação do termo “bem público” por parte da ANP.

Pode-se dizer que esses bens, no entanto, conquanto afetados ao serviço delegado, são, durante a delegação, **propriedade privada**.³⁹ Essa assertiva, como já ressaltamos,⁴⁰ independe de o bem ter sido afetado ao serviço antes ou depois da delegação, já que, em qualquer hipótese, o regime de sua gestão e eventual disposição pela delegatária é o mesmo. Em qualquer caso, quem aliena (faculdade inerente à propriedade) o bem é a delegatária, e não o Estado, que apenas irá autorizar o negócio.

Também por esse prisma, portanto, não se mostra adequada a proposta normativa debatida. Ainda que o art. 58 da Lei do Petróleo houvesse se referido ao “proprietário das instalações” como o titular do direito de propriedade das estruturas aquaviárias responsáveis pelo transporte de petróleo, derivados e outros biocombustíveis, não poderia a norma regulamentar despojar os grupos responsáveis pela gestão de áreas localizadas em portos organizados do direito de preferência somente em razão de o art. 2º da Lei 12.815/2013 se referir aos portos organizados como “bens públicos”.

Ficou demonstrado acima, em múltiplas exposições doutrinárias, ser plenamente possível que, dentro dos portos organizados, existam estruturas de propriedade dos delegatários – arrendatários ou concessionários – operadores daquelas instalações. Nenhum óbice,

³⁹ ³⁹ O STJ, ao decidir se a Justiça Federal era competente para julgar crime de dano pela destruição de telefone público, considerou que o bem era da concessionária, não da União, sendo competente, portanto, para julgá-lo a Justiça comum (Conflito de Competência nº 37.751/03, Rel. Min. Paulo Medina).

⁴⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 468.

portanto, para que também tenham direito à preferência determinada pelo § 2º do art. 58 da Lei do Petróleo.⁴¹

A mera classificação do porto organizado como bem público, globalmente e como função, não pode afastar a garantia conferida pelo legislador aos arrendatários e concessionários também porque, se descermos ao detalhe da disciplina setorial portuária, também há propriedade privada civilista sobre muitas das instalações portuárias situadas em portos organizados.

Até mesmo em razão disso, deve também ser destacada a confiança legítima dos operadores portuários em portos organizados na manutenção do que previam seus respectivos editais de licitação e contratos administrativos, na condição de atos jurídicos perfeitos.

No caso concreto, a proposta veiculada pela agência, além de violar direito previsto pela Lei do Petróleo, macularia a estabilidade dos contratos de concessão e arrendamento de instalações portuárias localizadas dentro de portos organizados, que, quando de sua celebração, pressupunham o direito de preferência no transporte de cargas próprias, de acordo com o art. 58, § 2º, da lei do Petróleo. Provavelmente, muitas das empresas de óleo e gás que venceram essas licitações em portos organizados talvez nem nela se interessariam se soubessem que não teriam garantida a possibilidade da movimentação dos produtos do seu grupo econômico em regime de preferência.⁴²

⁴¹ Cf. Tópico II.1.

⁴² Como os editais já estabeleciam os modelos de sociedades de propósito específico, já se pressupunha que deveria atuar como empresa de logística, na maioria instrumento do grupo econômico que a criou, com este objetivo.

Tal fato poderia, no limite, levar até mesmo à rescisão de contratos de arrendamento por perda da base, do pressuposto, contratual.⁴³ É preciso atentar para a segurança das relações jurídicas já estabelecidas. A previsão de irretroatividade da norma sobre o que já tiver sido objeto de ato jurídico perfeito restringe temporalmente a atuação regulamentar das agências apenas aos contratos a serem celebrados.

Por derradeiro, teríamos que considerar também que, ainda que toda a doutrina acima transcrita estivesse equivocada, e que realmente a referência a “bem público” pela Nova Lei dos Portos, indicasse não haver qualquer bem privado dentro das áreas de portos organizados (a mera oração já denota o seu absurdo), a Lei do Petróleo, que garante o direito de preferência aos “proprietários” das instalações portuárias, é muito anterior a ela, e deveria, conseqüentemente, ser interpretada à luz da Lei dos Portos então vigente, que não continha essa peculiaridade redacional.

⁴³ “A boa-fé objetiva constitui, no campo contratual – sempre tomando-se o contrato como processo, ou procedimento – norma que deve ser seguida nas várias fases das relações entre as partes” (AZEVEDO, Antônio Junqueira de *apud* COSTA, Judith Martins. *A Boa-Fé no Direito Privado*, Editora RT, 2000, p. 509). A teoria tradicional da Imprevisão não dá mais conta das necessidades econômicas e jurídicas contemporâneas, razão pela qual foram a ela se agregando subteorias visando a dar maior flexibilidade e, conseqüentemente, maiores chances de manutenção dos negócios jurídicos. É assim que se entende que “haverá quebra da base objetiva do negócio, por exemplo, quando houver (...) *onerosidade excessiva* impossibilitando o devedor de cumprir a prestação”, o que “nada tem a ver com ‘imprevisão’ (situação psicológica, subjetiva das partes contratantes), porquanto onerosidade excessiva é aferível de modo objetivo (...)”. “A revisão do contrato pode ocorrer não apenas por situações aferíveis objetivamente (quebra da base objetiva do negócio), como também por imprevisão (CC 478)” (Nery Junior, Nelson e Nery, Rosa Maria Andrade, *Código civil anotado e legislação extravagante*, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, pp. 339-40). Sob a perspectiva da Teoria Geral dos Contratos, é também essencial para a compreensão das novas fronteiras do princípio da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro das concessões, LARENZ, Karl. *Base del Negocio Jurídico y Cumplimiento de los Contratos* [trad. Carlos Fernández Rodríguez], Ed. Comares, Granada, 2002.

Não poderia o ente regulador conferir à expressão “proprietário” interpretação incompatível com o sistema e contexto normativo no qual foi editada a Lei do Petróleo, no qual inexistia a identificação do porto organizado como “bem público”. Essa interpretação histórica e sistemática se encaixa com a interpretação teleológica acima vista, já que, à época, inexistindo a referência legal aos portos organizados como “bens públicos”, a Lei do Petróleo só poderia visar, ao utilizar a palavra “proprietários”, a abranger todos os titulares de terminais, de qualquer espécie.

Devemos lembrar que, como expõe JOSÉ IGNACIO LÓPEZ GONZÁLES, o princípio da proporcionalidade (cf. Tópico III.1) – aplicável também à restrição do direito de preferência apenas aos portos privados – impõe na atividade hermenêutica que, diante de mais de uma interpretação plausível de uma norma, o operador do Direito opte por aquela que menos constranja a liberdade (“Princípio do *favor libertatis*”). “A ‘liberdade’, que a Constituição reconhece como um dos valores supremos do ordenamento jurídico, atua como uma diretriz jurídica material estabelecida principalmente para disciplinar o comportamento dos poderes públicos em relação à integração, aplicação e interpretação do próprio ordenamento jurídico”.⁴⁴

Não por acaso, a Lei de Liberdade econômica, sobre a qual nos debruçaremos no Tópico III.2, estabelece ser “*dever da administração pública (...), no exercício de regulamentação de norma pública pertencente à legislação sobre a qual esta Lei versa, exceto se em estrito cumprimento a previsão explícita em lei, evitar o abuso do poder regulatório*”.

⁴⁴ GONZÁLES, José Ignacio López. *El principio General de Proporcionalidad en el Derecho Administrativo*, Instituto Garcia Oviedo, Universidade de Sevilha, 1988, pp. 78/9.

A exegese acima apresentada decorre inclusive da indispensável defesa dos legítimos interesses daqueles que, confiando na legislação e interpretação estatal, investiram em terminais em portos organizados, tendo plena preferência para utilizá-los. **Grupos empresariais com grandes quantidades de carga própria tenderiam a não investir no seu próprio terminal se fosse para poder usá-lo da mesma forma que quaisquer terceiros, que não se arriscaram com investimentos no terminal, sem possuir, sobre estes, qualquer direito de preferência.**

CASS R. SUNSTEIN⁴⁵ leciona que em casos diversos, “muitos atores do mercado se sentem tentados a se aproveitar da situação (“*free-rider*”), enquanto outros suportam o custo do sistema”. À vista disso, afirma o autor que “a regulação governamental é necessária em casos assim para eliminar o problema do chamado ‘efeito carona’”.

Sendo o acesso a essas estruturas amplo, tanto nos Terminais de Uso Privado, como nos Portos Organizados, não seria razoável restringir o direito de preferência dele decorrente somente aos titulares de terminais privados, uma vez que os concessionários e arrendatários de portos públicos suportam, até mais, todos os encargos relativos às estruturas compartilhadas por eles titularizadas.

45 SUNSTEIN, Cass R. As funções das normas reguladoras. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 1, n. 3, p. 33-65, jul./set. 2003, grifou-se. ALBANESE e VAN FLEET ensinam, de maneira sintética, que “o termo ‘*free-rider*’ refere-se a um membro de um grupo que obtém benefícios da membresia do grupo, porém não suporta um compartilhamento proporcional dos custos de prover tais benefícios” (ALBANESE, R.; VAN FLEET, D. D. Rational behavior in groups: The freeriding tendency. *The Academy of Management Review*, vol.10, 1985, p. 244)

A título ilustrativo, é possível verificar que a mesma lógica justifica outros institutos, como a propriedade intelectual: “das diversas maneiras possíveis para o estímulo ao investimento criativo, a história das economias de mercado optou por um modelo específico, a saber: aquele que atribui ao criador ou investidor um direito de uso exclusivo sobre a solução tecnológica ou sobre a obra do espírito produzida, daí o surgimento da propriedade intelectual”⁴⁶

Em raciocínio perfeitamente transponível ao caso em análise, verifica-se que “sem os DPI, portanto, não haveria estímulo e segurança para grandes investimentos em pesquisas e desenvolvimento de novos produtos e processos bastante benéficos à sociedade”.⁴⁷

Com base em raciocínio análogo decidiu o CADE no célebre caso do compartilhamento do Gasoduto Brasil-Bolívia.⁴⁸ Nas palavras do Conselheiro Relator, especialmente em mercados que, “por razões físicas, não pode ser dado a um número ilimitado de concorrentes, a questão da capacidade disponível é primordial e pode ou não ser uma justificativa razoável para a recusa de acesso a concorrentes. (...) Isso não apenas porque há um elemento de expropriação em se requerer que uma firma conceda acesso de sua propriedade a um competidor, mas também porque a possibilidade de que terceiros possam demandar uma ‘free ride’ nos frutos do investimento de outrem pode dissuadir este último de realizar o próprio investimento (...), tendo-se em mente a necessidade de não desencorajar investimentos”.

⁴⁶ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Propriedade Intelectual. *Revista dos Tribunais*, vol. 907, p. 125, mai. 2011.

⁴⁷ ANDRADE JR, Antonio Carlos Machado de. Política de concorrência e os direitos de propriedade intelectual. *Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*, vol. 9, 2002, p. 9-28.

⁴⁸ CADE, Processo Administrativo nº 08012.002692/200273, Rel. Conselheiro Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, julg. 25.3.2009.

Nessa senda, a própria Lei dos Portos (Lei 12.815/2013), ao prever para a ANTAQ a regulamentação do acesso de terceiros a terminais aquaviários, estabeleceu a excepcionalidade da utilização dessas estruturas por terceiros, sempre assegurando a remuneração adequada e o direito de preferência das empresas do grupo que gerem o porto:

Art. 7º A ANTAQ poderá disciplinar a utilização em caráter excepcional, por qualquer interessado, de instalações portuárias arrendadas ou exploradas pela concessionária, assegurada a remuneração adequada ao titular do contrato.

(...)

Art. 13. A ANTAQ poderá disciplinar as condições de acesso, por qualquer interessado, em caráter excepcional, às instalações portuárias autorizadas, assegurada remuneração adequada ao titular da autorização. (grifamos).

A Resolução ANTAQ nº 3.707/2014 trouxe, em seu anexo, proposta de regulamentação acerca do tema, estabelecendo a ociosidade como requisito para o acesso às áreas portuárias concedidas, arrendadas ou autorizadas. Embora a proposta normativa ainda se encontre sujeita a Audiência Pública, a minuta aprovada pela agência reforça o caráter subsidiário do acesso por terceiros, sempre condicionado à não utilização prioritária dos bens pelo investidor, seja ele concessionário, arrendatário ou autorizatário:

Art. 9º Qualquer interessado, em caráter excepcional, poderá contratar a utilização de áreas e instalações portuárias exploradas pela concessionária, pela arrendatária ou pela

autorizatória, assegurada a remuneração adequada ao titular do contrato.

§ 1º A contratação de que trata o caput será efetivada quando a instalação portuária estiver operando aquém de sua capacidade estática ou dinâmica, sem que haja uma justificativa operacional ou conforme constar no respectivo contrato. (grifamos).

Assim, nos termos da própria legislação setorial, o acesso de terceiros a estruturas portuárias, sejam elas privadas ou delegadas, tem lugar somente quando aquelas se encontrarem ociosas em razão da desnecessidade de seus responsáveis, diretos ou indiretos, já que titulares do direito de preferência, as utilizarem.

No mesmo sentido, o art. 58 da Lei do Petróleo, ao assegurar o direito de preferência, impede que o titular da estrutura prejudique, em abuso de direito, terceiros, inclusive eventuais concorrentes seus. Porém, não obriga aqueles a dar acesso em seu próprio prejuízo, já que têm a preferência.

Por quaisquer fundamentos apresentados, portanto, não se poderia admitir a restrição pretendida pelo art. 31, § 1º, da Proposta de Revisão da Portaria ANP nº 251/2000.

III – ANÁLISE DA VEDAÇÃO DO DIREITO DE PREFERÊNCIA APROVEITAR A EMPRESAS DO MESMO GRUPO ECONÔMICO.

Prosseguindo nossa análise da proposta de revisão da Portaria ANP nº 251/2000, no que tange ao direito de preferência do operador portuário à utilização prioritária de suas próprias estruturas,



passaremos a examinar, nos próximos Subtópicos, a previsão trazida pelo art. 31, § 2º, da proposta de revisão debatida, cujo escopo consiste na limitação da referida garantia apenas à pessoa jurídica formalmente indicada como responsável pela operação portuária, ainda que constituída para fins meramente logísticos instrumentais ao *core business* do seu grupo.

Nos termos do texto proposto, a minuta de revisão da portaria colaciona:

“Art. 31 No terminal situado fora do porto organizado fica assegurado ao carregador proprietário, por meio da utilização da preferência do proprietário, o uso do terminal para a movimentação de seus próprios produtos até que exista encaminhamento para o operador de solicitação de acesso no uso das instalações. (...)

§ 2º Pessoas jurídicas coligadas, subsidiárias ou pertencentes ao mesmo grupo econômico do operador não têm direito à preferência do proprietário”.

Da Nota Técnica nº 11/2019-SIM/ANP infere-se que “a intenção é definir inequivocamente quem é o proprietário, desestimulando que se estabeleçam sociedades e subsidiárias com a finalidade de burla da Lei do Petróleo (acesso obrigatório)”.

Para além de pressupor a má-fé dos regulados, que deveria ser reprimida caso a caso, por meio de sanções casuísticas, e não obstaculizada de forma geral, abstrata e por antecedência para todos (art. 2º, II, da Lei 13.874/2019 – Lei da Liberdade Econômica), a proposta possui uma série de outros problemas jurídicos que analisaremos a seguir.



Tanto para o administrado na sua relação com a Administração Pública, quanto entre contratantes privados, a presunção é que atuem em conformidade com os preceitos de boa-fé. Em obra já clássica, JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ⁴⁹ consigna entendimento esclarecedor acerca da impossibilidade de a Administração Pública presumir a má-fé dos administrados: “Tanto os administrados como os administradores atuarão conforme as exigências da boa-fé, sem esquecer que o Direito nunca deve ser manejado de costas ao seu fundamento ético, que deve ser o fator informante e espiritualizador. Se a Administração Pública não pode exercer as suas potestades fraudando a confiança legítima daqueles que com ela se relacionam, tampouco o administrado pode atuar contra aquelas exigências éticas.”

III.1 – DESPROPORCIONALIDADE DA VEDAÇÃO PROPOSTA.

Examinaremos, no presente Subtópico, a irrazoabilidade da medida debatida, à luz do princípio da proporcionalidade e dos preceitos basilares do direito empresarial que orientam e justificam as diferentes estruturas societárias, destacando a juricidade e os benefícios de um planejamento societário que, com a descentralização do capital social e da administração, é capaz de promover com maior eficiência diversos interesses, públicos e privados.

Como toda medida restritiva de direitos, sobrevém o dever de, primordialmente, submeter a proposta normativa sugerida ao princípio da proporcionalidade.

⁴⁹ *El Principio General de Buena Fé en el Derecho Administrativo*, 3ª edição, Ed. Civitas, Madrid, 1999, pp. 91/2.

Fecundo em todas as searas do Direito e com ampla consagração jurisprudencial, o preceito também possui especial importância na análise do Direito Regulatório, já que este ramo do Direito se dedica basicamente a impor limites aos administrados. Nos termos do art. 2º da Lei de Processo Administrativo Federal (Lei 9.784/1999), “*a Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, **proporcionalidade**, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência*”.

Diante disso, hoje pouco se discute a respeito da incorporação ao nosso Direito do Princípio da Proporcionalidade. Debate-se apenas quanto ao seu fundamento: se é um princípio implícito, ou um preceito de direito natural; se integra o cânone do Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*, CF); se advém do devido processo legal (art. 5º, LIV, CF) ou se é um dos "outros direitos constitucionais" previstos no § 2º do art. 5º da Constituição Federal.

No Direito Econômico, contudo, a discussão não é muito importante porque ele é facilmente inferível dos diversos dispositivos específicos (p. ex., art. 170, Parágrafo único; art. 173, *caput*; e art. 174, *caput, in fine*, todos da Constituição Federal), já tendo sido, nesta seara, diversas vezes aplicado pelo Supremo Tribunal Federal – STF.⁵⁰

Torna-se, então, já intuitiva a necessidade de as restrições à liberdade de estruturação societária para fins do exercício do direito de preferência previsto no art. 58 da Lei do Petróleo serem balizadas

⁵⁰ *Verbi gratia*, ADIN nº 319-DF, RTJ, 149:666/692.

pelo Princípio da Proporcionalidade,⁵¹ em seus três elementos, quais sejam:

– **adequação:** a restrição ao direito de preferência a empresas do mesmo grupo só pode ser admitida se for meio idôneo para alcançar os objetivos constitucionais de preservação da concorrência. Assim, deve se ter redobrado cuidado para que a restrição não afaste grupos empresariais que desejam operar suas próprias estruturas portuárias como forma de maximizar suas operações.

– **necessidade:** entre os meios idôneos para alcançar os objetivos de preservação da concorrência, o Estado deve optar por aqueles que não restrinjam a liberdade empresarial das empresas de se organizarem de forma a maximizar seus legítimos interesses institucionais. Por exemplo, ao invés de vedar o direito de preferência a empresas que constituam subsidiárias ou SPEs com o objetivo de operar as instalações de maneira mais eficiente, estabelecer incentivos aos novos entrantes do setor, ou fiscalizar os casos concretos em que o dano à concorrência venha efetivamente a ocorrer por desrespeito ao direito de amplo acesso àquelas instalações.⁵² HEINRICH SCHOLLER observa que as restrições à liberdade econômica devem "operar apenas

⁵¹ A conciliação entre a concorrência e os demais valores em jogo também tem se dado na União Europeia principalmente à luz do Princípio da Proporcionalidade. Sobre a importância deste princípio na regulação europeia, ver, entre outros, CHÉROT, Jean-Yves. *Droit Public Économique*, Ed. Economica, Paris, 2002, p. 565, e Boscolo, Emanuele. *Le telecomunicazioni in Italia alla Ricerca della Concorrenza*, in *I Servizi a Rete in Europa – Concorrenza tra gli Operatori e Garanzia dei Cittadini* (org. Erminio Ferrari), Raffaello Cortina Editore, Milano, 2000, p. 262.

⁵² No dizer de Vittorio Ottaviano, "uma coisa é proibir uma actividade porque prejudica a utilidade social, e outra prescrever que só se pode desenvolver uma certa actividade se de tal forma se prosseguir a utilidade social" (*apud* Ana Prata, *A Tutela Constitucional da Autonomia Privada*, Ed. Almedina, Coimbra, p. 204).

em um degrau (ou esfera)", passando para a fase seguinte "tão-somente quando uma restrição mais intensa se fizer absolutamente indispensável para a consecução dos fins almejados".⁵³

– **proporcionalidade em sentido estrito:** ainda que determinada limitação à entrada no mercado seja o meio adequado e menos restritivo para assegurar a concorrência, deve ser aferido, em uma relação de custo-benefício razoável, se a limitação "vale a pena" diante dos resultados sociais a serem obtidos com a restrição. Por exemplo, se a restrição ao direito de preferência para empresas do mesmo grupo se justifica mesmo diante da inviabilização do interesse em investir em terminais portuários justamente pelos maiores grupos empresariais do setor de óleo e gás. O crivo deste elemento da proporcionalidade torna-se *in casu* ainda mais problemático em razão de os editais de licitação dos contratos de arrendamento admitirem como licitantes apenas sociedades de propósito específico, sendo meros instrumentos logísticos naquele terminal dos seus respectivos grupos econômicos, estes sim com atividades-fim e cargas próprias (cf. Tópico III.3).

Estes três elementos do Princípio da Proporcionalidade e o mandado de otimização a ser realizado entre os valores em conflito devem inspirar a interpretação do art. 58 da Lei do Petróleo e, conseqüentemente, orientar a produção regulatória da ANP no que tange ao acesso às estruturas portuárias e o direito de preferência do seu titular, de forma que sejam adotadas interpretações mais

⁵³ *O Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional e Administrativo da Alemanha*, trad. Ingo Wolfgang Sarlet, Revista Interesse Público, vol. 2, pp. 102/5.

restritivas à liberdade de iniciativa (de livre estruturação societária) apenas quando elas forem adequadas para a preservação da concorrência e enquanto não houver outras medidas menos restritivas que atinjam, com a mesma satisfação, os objetivos colimados.

Não se afigura ser esse o caso da proposta normativa debatida nas Consulta e Audiência Públicas nº 1/2020. Conforme se depreende do exercício acima, eventual restrição do direito de preferência apenas à pessoa jurídica formalmente instituída como operadora dos terminais aquaviários, amiúde meramente logística, não se coaduna com nenhum dos três elementos da proporcionalidade conforme acima aplicados.

Por outro lado, no que tange à juridicidade de empresas de outros setores da economia constituírem subsidiárias específicas para a operação do porto, revela-se tratar de mecanismo idôneo a promover, dentre outros benefícios, (i) uma maior especialização do quadro administrativo responsável pela gerência de empresa; (ii) maior facilidade de fiscalização das operações relacionadas exclusivamente ao porto; (iii) maior segurança ao agente privado, que, dentro dos limites legais, afeta parte do seu patrimônio àquele fim específico, resguardando-se das eventuais intempéries da atividade.

Conforme aduz MARCELA BLOK,⁵⁴ estruturas societárias como tais são “uma realidade brasileira, tendo distintos objetivos para a sua realização, tais como proporcionar maior desenvolvimento a determinados setores econômicos, admitir novos sócios em um empreendimento específico, resolver um litígio entre os sócios de uma

⁵⁴ BLOK, Marcella. Reestruturações societárias: uma boa solução para empresas em crise?. *Revista dos Tribunais*, vol. 945, p. 117, jul. 2014.



empresa e diminuir os custos de uma estrutura administrativa ou operacional superdimensionada”.

De acordo com DANIEL AMIN FERRAZ, “pode constituir um instrumento adequado para a descentralização, desconcentração ou especialização empresariais, motivadas pelas razões de racionalização econômica ou, inclusive, como consequência da execução de políticas antimonopolísticas. Por meio de uma operação de cisão, uma sociedade pode: Destacar tão somente uma parte de seu patrimônio para constituir uma nova sociedade (cisão criação); Dissolver-se, dividindo todo o seu patrimônio em distintas partes, destinadas à constituição de novas sociedades (cisão dissolução); Ou, inclusive, promover a respectiva fusão com sociedades já existentes (cisão fusão)”.⁵⁵

Todas essas alternativas revelam-se escolhas válidas, a serem definidas pelo agente privado no exercício de sua autonomia de vontade. No setor portuário não é diferente. Conforme abordaremos no Tópico III.3, é prática comum no setor o estabelecimento de empresas meramente logísticas com o fito de operacionalizar as atividades das instalações aquaviárias, inclusive em razão da exigência de constituição de sociedades de propósito específico sistematicamente perpetrada pelos instrumentos convocatórios veiculados pela Administração Pública.

Assim, perante as legítimas alternativas de estruturação societária e, principalmente, ante ao princípio da proporcionalidade, não se poderia homologar a juricidade da medida que viesse a

⁵⁵ FERRAZ, Daniel Amin. Da qualificação jurídica das distintas formas de prestação tecnológica: breve análise do marco regulatório internacional. Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 12, n. 2, 2015.

restringir o direito de acesso prioritário às instalações aquaviárias pelas pessoas jurídicas coligadas, subsidiárias ou pertencentes ao mesmo grupo econômico do operador.

III.2 - PRINCÍPIO DA MENOR INTERVENÇÃO ESTATAL E VIOLAÇÃO DA LEI DE LIBERDADE ECONÔMICA.

Passaremos a examinar, neste Subtópico, a proposta constante do art. 31, § 2º da Minuta de Revisão da Portaria ANP nº 251/2020, à luz do preceito constitucional da livre iniciativa e, em especial, da nova Lei de Liberdade Econômica, que, densificando-o, estabelece normas de proteção à livre iniciativa e ao livre exercício de atividade econômica durante a atuação do Estado como agente normativo e regulador.

A Constituição Federal coloca a liberdade de exercício da atividade econômica privada não como um favor do Estado, mas como um dos próprios fundamentos da República (artigo 1º, IV, da Constituição) e da Ordem Constitucional Econômica (Constituição Federal, artigo 170, *caput*), constituindo requisito do desenvolvimento sustentável da Nação.

Como afirma EROS ROBERTO GRAU, "a livre iniciativa não é tomada, enquanto fundamento da República Federativa do Brasil, como expressão individualista, mas sim no quanto expressa de socialmente valioso".⁵⁶

⁵⁶ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, 4ª edição, Ed. Malheiros, São Paulo, 1988, pp. 222 e 227.

O rol dos direitos fundamentais sempre contemplou direitos de natureza econômica, a exemplo da vetusta "liberdade de indústria e comércio" (*verbi gratia*, a Constituição Imperial Brasileira⁵⁷ e os artigos 4º e 17 da Declaração dos Direitos do Homem, de 26 de agosto de 1789) e do direito de propriedade, base de todos os demais direitos de natureza econômica.

Identificando a liberdade de iniciativa econômica como direito fundamental, GASTÃO ALVES DE TOLEDO afirma "ser preciso assinalar que a livre iniciativa pressupõe a existência de algumas condições de ordem política para o seu exercício, tais como o pluralismo, a democracia e a propriedade privada".⁵⁸

Também para MANUEL AFONSO VAZ "a liberdade de empresa é um direito subjetivo, e não meramente um princípio institucional do sistema econômico. (...) É que, antes de ser uma 'garantia institucional', o direito à livre empresa é um direito subjetivo constitucional diretamente aplicável. As restrições legais a esse 'direito-liberdade' em caso algum podem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial do direito".⁵⁹

Para GASPAR ARIÑO ORTIZ⁶⁰ o direito de livre iniciativa, além de possuir existência autônoma ("sem liberdade, ainda que exista

⁵⁷ Constituição Imperial Brasileira, *artigo 179, XXIV – Nenhum gênero de trabalho, cultura indústria ou comércio pode ser proibido, uma vez que não se oponha aos costumes públicos, à segurança, e à saúde dos cidadãos.*

⁵⁸ TOLEDO, Gastão Alves de. *O Direito Constitucional Econômico e a sua Eficácia*, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2003, p. 176.

⁵⁹ VAZ, Manuel Afonso. *Direito Econômico: a ordem econômica portuguesa*, 4ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1998, pp. 167/8. No mesmo sentido, BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*, 7º Volume. São Paulo: Saraiva, 2ª edição, 2000, pp. 17 e 18.

⁶⁰ ORTIZ, Gaspar Ariño. *Principios de Derecho Público Económico*, Ed. Comares e Fundación de Estudios de Regulación, Granada, 1999, pp. 212/3.

propriedade, não pode existir empresa, mas apenas organização burocrática, estatal ou não"), também é expressão dos direitos de propriedade, de livre escolha da profissão ou ofício, do direito ao trabalho, da liberdade de circulação de bens e pessoas, da liberdade contratual e da dignidade da pessoa humana, por propiciar o "livre desenvolvimento da personalidade".

Buscando garantir o exercício pleno desse direito, foi editada a Medida Provisória 881/2019, posteriormente convertida na Lei 13.874/2019, que, dentre outras medidas, instituiu a chamada Declaração de Direitos de Liberdade Econômica. O diploma, de acordo com seu art. 1º, § 4º, constitui norma geral de direito econômico e deve ser observado inclusive “para todos os atos públicos de liberação da atividade econômica executados pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios”.

No que tange aos objetivos da norma, leciona BERNARDO STRÖBEL GUIMARÃES:

“O que a Lei promove é a afirmação de que para todas as atividades econômicas, a regra é a liberdade. E que para ela ser restringida pelo Estado, **é necessário que sejam apresentadas justificativas concretas que realmente demonstrem que os efeitos sociais pretendidos justifiquem o sacrifício a ser implementado**. A liberdade em direito se marca exatamente pela criação de espaços de autodeterminação, nos quais os sujeitos são livres para eleger e buscar seus objetivos”.⁶¹

⁶¹ GUIMARÃES, Bernardo Ströbel. Abuso do “poder regulador” (o que é e como se controla). In: GOERGEN, Jerônimo (org.). *Liberdade econômica*, 2020, p. 73, grifou-se.

Analisando o ponto trazido à consulta à luz dessa nova disciplina legal, também não seria admissível a limitação do direito de preferência apenas à pessoa jurídica formalmente instituída como operador da área portuária.

Isso porque garante-se uma zona de atuação negativa do Estado sobre a atividade econômica dos entes privados, cujo transpasse seria sempre excepcional e realizado na estrita medida do necessário, conforme também já analisado no Subtópico acima.

Conforme MARCELO VIEIRA RECHTMAN, “mapear cada uma das milhares de normas espalhadas pelo país que atentam contra a liberdade econômica e paralisam o empresário seria uma missão inglória, principalmente se notarmos que a maioria dessas normas são de ordem infralegal (e.g. portarias, resoluções, instruções, circulares e atos de órgãos da Administração Pública em geral)”.⁶²

Assim, nas palavras do autor, “a solução encontrada foi a criação de um rol de princípios, direitos e garantias com espectro abrangente, que atuariam em favor da liberdade econômica e promoveriam uma revogação ou flexibilização tácita de normas específicas contrárias”.⁶³

Nos termos do art. 2º da Lei 13.874/2019, esses princípios norteadores do diploma e, conseqüentemente, da própria atuação da Administração Pública, seriam, *in verbis*:

62 RECHTMAN, Marcelo Vieira. A nova Lei da Liberdade Econômica. In: HANSZMANN, Felipe. Atualidade em direito societário e mercado de capitais, vol. IV. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 622.

63 RECHTMAN, Marcelo Vieira. A nova Lei da Liberdade Econômica. In: HANSZMANN, Felipe. Atualidade em direito societário e mercado de capitais, vol. IV. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 622.

I - a liberdade como uma garantia no exercício de atividades econômicas;

II - a boa-fé do particular perante o poder público;

III - a intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas; e

IV - o reconhecimento da vulnerabilidade do particular perante o Estado.

Ao tratarem especificamente do preceito insculpido no inciso III, ARMANDO ROVAI e PAULO SÉRGIO SALLES JÚNIOR aduzem que, “pela primeira vez, de maneira vanguardista, o ordenamento jurídico traz a previsão de uma intervenção mínima do Estado na regulação das atividades econômicas, de maneira mais liberal do que o outrora disposto na Carta Magna Brasileira de 1988”.⁶⁴

Com o referido preceito, a Administração Pública, tal qual Ulysses, estabeleceu um mecanismo de autocontenção, conferindo aos atores privados um amplo espectro autonômico para o desenvolvimento de suas atividades empresariais.

Conforme leciona FERNANDO ALBINO DE OLIVEIRA, o próprio termo “intervenção” já indicaria a necessidade de adoção dessa lógica. Nas palavras do autor, “Intervir, basicamente, significa agir de modo excepcional. Isto é, trata-se de uma ação que não é normal, comum, corriqueira. Ao contrário, é ação incomum, especial, temporária”.⁶⁵

⁶⁴ ROVAI, Armando Luiz; SALLES JÚNIOR, Paulo Sérgio. Expectativas de desenvolvimento e crescimento sustentável. In: GOERGEN, Jerônimo (org.). *Liberdade econômica*, 2020, p. 133.

⁶⁵ OLIVEIRA, Fernando A. Albino de. Limites e modalidades da intervenção do estado no domínio econômico. In: Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional, vol. 6, mai. 2011, p. 448.

Na esteira do que já mencionamos, o acesso às instalações portuárias, fundamental para o desenvolvimento de diversos setores da economia, dentre eles, o petrolífero, justificou a política regulatória levada a cabo pelo legislador no sentido de conferir aos terceiros interessados na utilização daquelas estruturas a prerrogativa de acesso.

A restrição à liberdade negocial do operador portuário e o seu consequente direito de preferência, no entanto, conforme evidenciado no Tópico II, encontram suas molduras na Lei que os estabelece. Cabe à ANP apenas o exercício da regulamentação, detalhando-os, mas jamais amputando-os, sobretudo em termos capazes de esvaziá-los por completo em relação às empresas do mesmo grupo econômico.⁶⁶

A nova Lei de Liberdade Econômica e, em especial, o princípio da menor intervenção estatal sobre o exercício de atividades econômicas privadas, veio corroborar essa lógica, tornando ainda mais latente a inviabilidade jurídica da vedação ora debatida. Não sendo a proposta adequada, necessária ou mesmo proporcional em sentido estrito, conforme estabelecido no Subtópico III.1, não pode o Estado, por mais fortes razões, ir de encontro às diretrizes previstas pelo legislador na Lei em comento.

Ilustrando a necessidade concreta de uma intervenção estatal contida, FRANCISCO ZARDO⁶⁷ relata caso ocorrido em 2014 na cidade de Curitiba. Na ocasião, a Prefeitura municipal, sem qualquer esteio legal, multou taxistas por atenderem passageiros via aplicativo de

⁶⁶ Cf. Tópico III.3.

⁶⁷ ZARDO, Francisco. A Lei de Liberdade Econômica e alguns reflexos sobre o direito administrativo. In: GOERGEN, Jerônimo (org.). *Liberdade econômica*, 2020, p. 59.

celular com base na ausência de autorização para o uso dos aplicativos.

Muito embora, em seguida, tenha a municipalidade recuado, destaca-se que, ressalvadas as devidas proporções, tanto no exemplo acima, como na proposta de restrição do direito de preferência às pessoas jurídicas coligadas, subsidiárias ou pertencentes ao mesmo grupo econômico do operador, “vela o vezo de certas autoridades em vislumbrar o exercício de qualquer atividade econômica como um beneplácito do Estado”.⁶⁸

Com o objetivo de delinear um limite para a atuação estatal, a Lei de Liberdade econômica também estabeleceu a já mencionada vedação ao abuso do poder regulatório por parte da Administração Pública. Em seu texto, o diploma estabelece, dentre outras vedações, que:

Art. 4º É dever da administração pública e das demais entidades que se vinculam a esta Lei, no exercício de regulamentação de norma pública pertencente à legislação sobre a qual esta Lei versa, exceto se em estrito cumprimento a previsão explícita em lei, evitar o abuso do poder regulatório de maneira a, indevidamente:

(...)

IV - redigir enunciados que impeçam ou retardem a inovação e a adoção de novas tecnologias, processos ou modelos de negócios, ressalvadas as situações consideradas em regulamento como de alto risco;

⁶⁸ ZARDO, Francisco. A Lei de Liberdade Econômica e alguns reflexos sobre o direito administrativo. In: GOERGEN, Jerônimo (org.). *Liberdade econômica*, 2020, p. 59.

(...)

VII - *introduzir limites à livre formação de sociedades empresariais ou de atividades econômicas;*

Conforme ensina ROBERTO ROSAS,⁶⁹ “a noção de abuso do poder recolheu os princípios correntes na noção de abuso de direito para caracterizar o uso indevido do poder”. Nas palavras do professor, “no abuso de poder e no de direito há uma violação a um direito alheio ou pelo menos um esbulho, porque não foi exercitado dentro dos limites legais da atividade humana, para não ferir o direito de outrem, atingindo não o mero direito objetivo, mas o direito que o outro indivíduo, por sua vez poderia exercitar”.

Assim como sua expressão no direito privado, o abuso cometido pelo Poder Público independe de dolo ou culpa.⁷⁰ Como requisito, basta que o ato público extrapole a moldura prevista pelo legislador ordinário. Verificada a conduta contrária aos limites legalmente pré-estabelecidos, estaremos diante, pois, “de um vício objetivo, posto que o que importa não é se o agente pretendeu ou não discrepar da finalidade legal, mas se efetivamente dela discrepou”.⁷¹

⁶⁹ ROSAS, Roberto. Do abuso do direito ao abuso do poder. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, vol. 22, p. 910, jul./dez. 2008.

⁷⁰ “O parâmetro instituído no Código Civil está em que o sujeito de um direito subjetivo não o pode exercer em afronta à finalidade econômica ou social dele, ou contrariando o princípio da boa-fé ou os bons costumes. Não *importa*, na caracterização do uso ilícito do direito, a deliberação de malfazer – *animus nocendi*. É suficiente determinar que, independentemente desta indagação subjetiva, abusa de seu direito aquele que leva o seu exercício ao extremo de convertê-lo em prejuízo para outrem. O propósito de causar dano não requer apuração de intenção íntima do titular” (PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 565).

⁷¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 996.

Alexandre Santos de Aragão

A nova Lei de Liberdade econômica traça esses limites, especificamente para o poder administrativo de regular, em um rol não exaustivo, conforme acima transcrito.

Assim, ao limitar o direito de preferência às pessoas jurídicas primariamente responsáveis pela gestão portuária, a medida proposta pela ANP restringe a liberdade organizacional dos agentes distribuidores e limita o exercício de uma atividade econômica bastante relevante, além de levar à ablação do direito de preferência previsto na Lei do Petróleo. De igual maneira, afasta os investimentos e retarda, ainda que indiretamente, a inovação e as melhorias no setor, sendo, portanto, inadmissível também com base na vedação ao abuso de poder regulatório.

Com vistas a obstar tais incorreções da Administração Pública, portanto, é preciso opor-se a medidas como a inculpada no art. 31, § 2º, da minuta de revisão da PANP 251/2000, por suas próprias razões incompatível com o princípio da livre iniciativa densificado pela nova lei de Liberdade Econômica.

A escolha de uma estrutura societária descentralizada, sem que a opção gere a perda de direitos (de preferência) previstos em Lei, é legítima do ponto de vista da livre escolha dos meios para o exercício de atividades econômicas, elemento ínsito ao direito de iniciativa privada.



III.3 - MEDIDA NA PRÁTICA TORNARIA LETRA MORTA O DIREITO DE PREFERÊNCIA.

O presente Subtópico tem como objeto analisar a juridicidade da proposta em discussão no ponto da vedação do exercício do direito de preferência por empresas do mesmo grupo, à luz das suas potenciais consequências práticas, principalmente no que diz respeito à farta existência de empresas exclusivamente logísticas, constituídas com o fim específico e exclusivo de gerenciar as instalações portuárias.

Muito embora não se pretenda elaborar uma análise exaustiva do temaneste parecer, muito menos conferir à consulta o *status* de uma AIR, cuja necessidade de realização será abordada no Tópico V, cumpre-nos apresentar uma prognose acerca das consequências fáticas que a exclusão do direito de preferência às pessoas jurídicas coligadas ao operador portuário poderia gerar a este setor.

Verifica-se, contemporaneamente, um movimento geral da teoria e da metodologia do Direito; uma tendência inclusive jurisprudencial⁷² conducente à adoção do consequentialismo como método de legitimação das normas.

72 A título ilustrativo, destaca-se a célebre decisão que asseverou a penhorabilidade do bem de família do fiador em face da necessidade de garantias ao mercado de locação. Em suas razões, o Min. Relator Cesar Peluso afirmou: “O Estado pode concretizar, conformar esse direito de moradia com várias modalidades de prestações, inclusive a de uma prestação de tipo normativo como essa, ou seja de estabelecer uma exceção à impenhorabilidade do bem de família num caso em que se exige garantia como condição de acesso ao mercado de locação. À medida que restringirmos o conceito de direito de moradia, iremos restringir o acesso de muitas pessoas ao mercado de moradia, mediante locação, porque os locadores – como sabemos, e isso é fato público e notório – não dão em locação sem garantia, ou, então, exigem garantias que sobrecarregam essa classe, que é a grande classe dos despossuídos” (STF, T.P., RE. 407.688/SP, Rel. Min Cesar Peluso, Data de Julgamento: 08.02.2016).

No caso da proposta normativa erigida pelo art. 31, §2º da minuta de revisão da PANP 251/2000, podemos aventar com grande razoabilidade que a exclusão do direito de preferência das pessoas jurídicas pertencentes ao mesmo grupo econômico do operador formalmente instituído vá, na prática, esvaziar indelevelmente o direito expressamente previsto pela Lei do Petróleo.

Em linha com o que estabelecemos na primeira parte do parecer, o direito de preferência legalmente previsto inclui em sua esfera de incidência, sob o aspecto objetivo, em primeiro lugar as áreas em portos organizados delegadas à iniciativa privada, e, sob o aspecto subjetivo, todas as pessoas jurídicas integrantes do grupo econômico da arrendatária ou autorizatária. Visa, nesse aspecto, justamente à proteção dos investidores que detém as cargas a serem transportadas.

Como é de conhecimento geral, é comum no setor de petróleo a constituição de sociedades empresariais meramente logísticas cujo único objeto social é a operação dos portos, o mesmo se dando em outros setores igualmente intensivamente dependentes da logística de transportes, como o minerário.

Em relação à PETROBRAS, maior empresa de óleo e gás do País, a própria Lei do Petróleo prevê a obrigação de constituição de uma subsidiária, à parte naturalmente da pessoa jurídica matriz, responsável por sua logística de transporte:

*“Art. 65. A PETROBRÁS **deverá constituir uma subsidiária** com atribuições específicas de operar e construir seus dutos, **terminais marítimos** e embarcações para transporte de petróleo, seus derivados e gás natural, ficando facultado a essa*

subsidiária associar-se, majoritária ou minoritariamente, a outras empresas”. (grifos nossos)

Ademais, no âmbito dos Portos Organizados, ilustrativamente, a própria Resolução Normativa ANTAQ nº 07/2016 estabelece a obrigatoriedade de constituição de sociedade de propósito e patrimônio específicos para a celebração de contratos de arrendamento com a União, *in verbis*:

“Art. 14. Como condição para a assinatura do contrato, deverá o licitante vencedor, nacional ou estrangeiro, constituir Sociedade de Propósito Específico (SPE), com prazo de duração indeterminado, patrimônio próprio e objeto social específico e exclusivo para a execução do objeto do arrendamento, bem como previamente exibir seu acordo de quotistas ou acionistas ou declaração de sua inexistência, firmada pelo representante legal do consórcio ou da empresa licitante”.

Conforme asseverou a própria Agência Nacional de Transportes Aquaviários, no âmbito da decisão de impugnação ao edital de arrendamento de área e infraestrutura pública para a movimentação, armazenagem e distribuição de granéis líquidos, especialmente combustíveis, **“o mecanismo de exigência de constituição de Sociedade de Propósito Específico - SPE para o licitante vencedor passou a ser a regra nos leilões portuários, somente sendo afastada excepcionalmente, em ato devidamente justificado”**.⁷³

⁷³ ANTAQ, Decisão de impugnação ao edital, Processo nº 50300.011172/2017-59, grifou-se

Ilustrando a situação descrita, MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO, alude que no caso do arrendamento do Terminal de Contêineres do Porto de Santos, considerado o maior complexo portuário da América Latina, “intencionou-se que o grupo vencedor, formado por no mínimo três empresas distintas, **constituísse uma sociedade de propósito específico (SPE)** para a execução do contrato, cujo prazo foi de vinte anos, com possibilidade de prorrogação”.⁷⁴

A SPE, que teve sua origem no Direito Norte-americano, com a chamada *Special Purpose Entity*, pode ser conceituada, em termos resumidos como “uma figura jurídica especial que compreende negócios que, tendo acionistas diversos e normalmente atuantes em setores análogos, constituem uma sociedade cujos ativos, funcionamento e gestão são completamente independentes e, também, determinados com objetivos específicos”.⁷⁵

Podendo optar por qualquer tipo societário existente no sistema brasileiro, exceto quando o edital ou a legislação estabelecerem em contrário, as SPEs possuem o condão de, ao especificar seu patrimônio e administração, conferir maior segurança ao ente privado, uma vez que apenas parte do seu patrimônio fica afetado ao empreendimento ou atividade desenvolvidos, o que, por via transversa, acaba inclusive fomentando investimentos privados.

Não somente, em linha com o que já fora evidenciado no Tópico III.1, as SPEs, assim como outras empresas subsidiárias à *holding*,

⁷⁴ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Desestatização, privatização, concessões, terceirizações e regulação*. 4ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 267, grifou-se;

⁷⁵ MATIAS, Alberto Borges. *Finanças corporativas de longo prazo: criação de valor com sustentabilidade financeira*. São Paulo: Atlas, 2007. 2 v. p. 45.

podem contribuir para uma administração bem mais técnica e próxima da atividade desempenhada, uma vez que os administradores dessas sociedades de propósito específico, indicados pela empresa mãe, atuante em outros setores da economia, podem se manter atentos apenas às atividades portuárias empreendidas.

Nas palavras de DANIEL DE AVILA VIO, “a repartição da atividade empresarial em múltiplas sociedades pode certamente facilitar a sua gestão, uma vez adquirida certa dimensão extraordinária. Ela permite que o empreendedor se valha de mecanismos definidos pela própria lei para compartimentar as suas atividades. Ou seja, evita que o empresário tenha de riscar linhas divisórias já solidamente traçadas pelo Direito Positivo”.⁷⁶

Por essa razão as estruturas societárias descentralizadas podem contribuir também para fins eminentemente públicos. Seja no âmbito das SPEs ou de outras empresas constituídas com fins meramente logísticos, um objeto social bem delimitado provoca, naturalmente, maior especificação das atividades empresariais, tornando mais fácil a atividade fiscalizatória inclusive por parte das agências reguladoras.

Eventual alteração normativa que buscasse tolher destas controladoras ou das empresas do mesmo grupo econômico o inerente direito de preferência ao uso das estruturas que, em última análise, são também suas, na prática esvaziaria quase por completo o direito insculpido no art. 58, §2º da Lei do Petróleo. Isso porque **os editais de licitação dos contratos de arrendamento admitem como licitantes apenas sociedades de propósito específico, que são**

⁷⁶ VIO, Daniel de Ávila. *Grupos Societários: ensaio sobre os grupos de subordinação, de direito e de fato no direito societário brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2016, p. 75



meros instrumentos logísticos dos seus respectivos grupos econômicos, estes sim com atividades-fim e cargas próprias.

Bastam os fatos, acima já detalhados, de ser necessária a constituição de sociedade de propósito específico para o operador e, sobretudo, de que grande parte das maiores empresas do setor de óleo e gás possuem, dentro da sua liberdade de organização empresarial, sociedades específicas para sua logística, sendo que a maior delas – a PETROBRAS – até por determinação legal é obrigada a tanto (art. 65, Lei do Petróleo).

Assim, ou o setor em grande parte se veria desprovido do direito de preferência assegurado legalmente, ou seria obrigado a reconcentrar as suas atividades, o que iria de encontro ao seu direito de iniciativa privada de organização empresarial e às necessidades fiscalizatórias do Estado, inclusive concorrenciais, já que o exercício de todas as atividades pela mesma pessoa jurídica dificultaria a constatação de eventuais autobenefícios na competição com outros agentes do mercado. Justamente o oposto do que a ANP parece pretender com a revisão da legislação de acesso portuário.

Ainda que não fosse mandatória a constituição de sociedade de propósito específico para a gestão do porto, a proposta normativa seria insustentável. Conforme o art. 37 da própria proposta normativa, é vedado ao operador do terminal, salvo em casos excepcionais, a compra e venda de produtos:

Art. 37 O operador prestará os serviços, nos termos da Autorização de Operação concedida pela ANP, respeitando as seguintes obrigações específicas:

I - não comprar produtos, exceto para uso próprio na operação do terminal, para o caso previsto no § 2º, alínea d, ou para reposição a carregadores por perdas ou contaminações, conforme previsto no CGST;

II - não vender produtos, exceto para o caso previsto no art. 26 ou para o caso previsto no § 2º, alínea d; e

III - não importar ou exportar produtos, exceto para o caso previsto no § 2º, alínea d.

Dessa maneira, **ao propor restringir o direito de preferência apenas ao responsável direto pelo terminal, que, por força da mesma medida, não poderia comprar, vender, importar ou exportar quaisquer produtos, a ANP esvaziaria completamente o direito de preferência expressamente previsto no art. 58 da Lei do Petróleo.**

III.4 - VIOLAÇÃO DA OBRIGAÇÃO DE OTIMIZAÇÃO DA UTILIZAÇÃO DAS INSTALAÇÕES PORTUÁRIAS ESTABELECIDADA PELO ART. 58 DA LEI DO PETRÓLEO.

Finalmente, investigaremos, no presente Subtópico, as repercussões da exclusão do direito de preferência às sociedades controladoras ou pertencentes ao mesmo grupo econômico sob a ótica do dever legal de otimização das estruturas aquaviárias de transporte de granéis líquidos.

O ponto é sensível, não apenas por uma análise consequencialista, acima já iniciada, como também para atendimento da Lei do Petróleo, já que essa consequência é expressamente por ela imposta ao prever o direito de preferência.

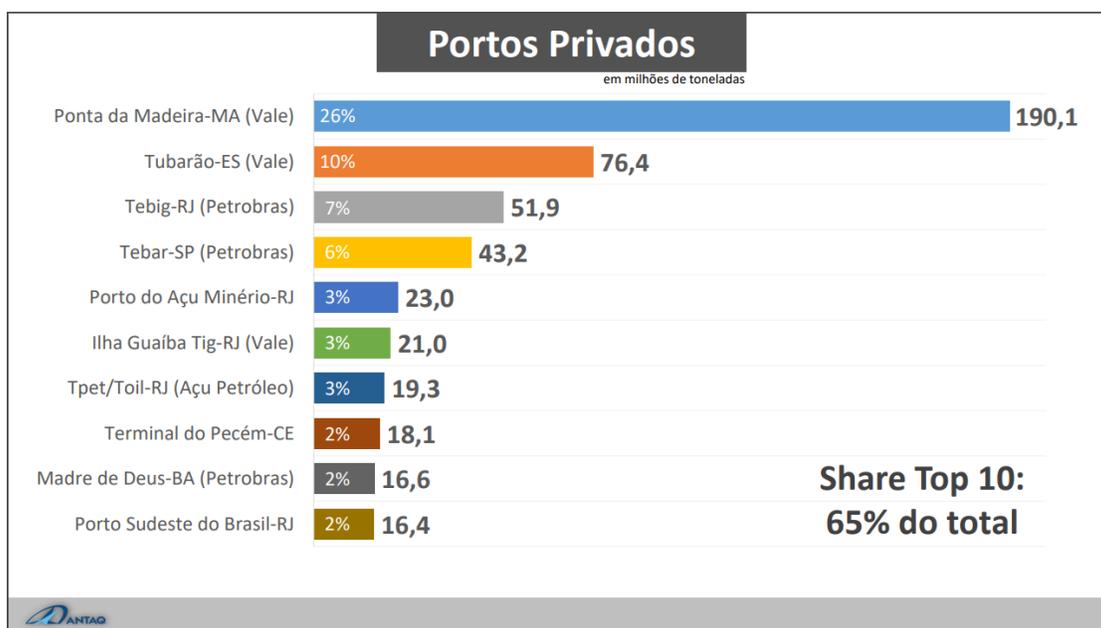
Conforme já reportado, o art. 58 da Lei do Petróleo, em seu segundo parágrafo estatuiu que a “ANP regulará a **preferência a ser atribuída ao proprietário das instalações para movimentação de seus próprios produtos, com o objetivo de promover a máxima utilização da capacidade de transporte pelos meios disponíveis**”. (grifamos)

Essa aspiração, vinculante para todas as iniciativas relativas ao acesso de terceiros às estruturas aquaviárias de transporte e do direito de preferência a ela conexo, deve, em linha com o que expusemos no Tópico II, ter maior peso em qualquer ponderação relativa ao tema inclusive no âmbito regulamentar da agência.

Conforme se depreende do Anuário Estatístico de 2019 da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ),⁷⁷ dos dez portos privados com maior movimentação durante o último ano, sete eram geridos por *holdings* dos setores petrolífero e minerário. Vejamos:

⁷⁷ Disponível em <http://portal.antaq.gov.br/wp-content/uploads/2020/02/Anu%C3%A1rio-2019-vFinal-revisado.pdf>, acessado em 06.03.2020.

Alexandre Santos de Aragão



Como grandes agentes nos seus setores, essas empresas, gestoras de grupos econômicos complexos, são responsáveis por grande parte da movimentação portuária nacional. Por certo, valem-se dos terminais aquaviários como instrumentos imprescindíveis às atividades de exportação, importação e distribuição interna de seus produtos, frequentemente operacionalizadas pelos seus variados braços societários.

O direito de preferência conferido ao grupo econômico quando na utilização de instalações portuárias por ele geridas permite que atores importantes do setor, em perfeita consonância com o ordenamento jurídico, otimizem suas operações e, conseqüentemente, a própria utilização das estruturas aquaviárias de transporte de petróleo, gás e outros biocombustíveis.

Nos termos apresentados no Tópico II, o objetivo precípua do art. 58, medular para o debate ora empreendido, mais que a própria defesa da concorrência, é a maximização da utilização nos terminais e dutos



de transporte. Caso se venha a abolir o direito de preferência para as empresas do mesmo grupo, prejudicar-se-iam as atividades justamente daqueles agentes verdadeiramente capazes de retirar das estruturas aquaviárias o máximo que elas podem de fato oferecer, inclusive por já disporem em seus próprios portos da estrutura operacional necessária para a realização ótima da atividade de transporte e pelo volume das cargas que transportam.

Além de se tratar de uma obrigação prevista na Lei do Petróleo, a necessidade de se promover a utilização ótima das estruturas portuárias se insere nos objetivos gerais do setor portuário, previsto na Lei dos Portos.

Nos termos do art. 3º da Lei 12.815/2013, a exploração de instalações portuárias deve seguir as seguintes diretrizes: “expansão, modernização e **otimização da infraestrutura e superestrutura que integram os portos organizados e instalações portuárias**” (inciso I) e, também, “estímulo à modernização e ao aprimoramento da gestão dos portos organizados e instalações portuárias, à valorização e à qualificação da mão de obra portuária e à eficiência das atividades prestadas” (inciso III).

O incentivo e a proteção aos investimentos, refletidos diretamente na otimização da utilização das estruturas são pressupostos necessários para a realização desses objetivos – que se colocam tanto para os terminais privados, como – ou até mais – para os públicos. Desse modo, importante que a regulamentação acerca do acesso de terceiros também dialogue com esses propósitos.

Em linha com o exposto e exemplificando a importância de o direito de preferência aproveitar os investidores que têm cargas a



movimentar, remetemos aos leilões portuários recentemente realizados pela ANTAQ, dos quais, em vários destes certames, somente participaram empresas que possuíam cargas próprias.⁷⁸

Esvaziando-se o direito de preferência, insculpido na Lei por um motivo claro, qual seja, justificar os investimentos privados nas áreas portuárias, não haverá qualquer incentivo para que tais agentes continuem a investir no setor.

Assim, assentadas as razões pelas quais não seria admissível a abolição do direito de preferência para as pessoas jurídicas coligadas, subsidiárias ou pertencentes ao mesmo grupo econômico do operador, passemos a uma outra temática, a da análise da juridicidade de determinadas atribuições de poder bastante amplas presentes na proposta normativa sugerida.

IV - IMPOSSIBILIDADE DE DELEGAÇÕES EM BRANCO PARA ATOS CONCRETOS DA AGÊNCIA LIMITAREM DIREITOS PREVISTOS EM LEI.

No presente Tópico, abordaremos a proposta de revisão objeto das Consulta e Audiência Públicas nº 1/2020 sob o prisma do princípio da determinabilidade mínima das normas e da consequente necessidade de os atos normativos estabelecerem *standards* para a atuação *in concreto* das entidades encarregadas da sua aplicação.

⁷⁸ Isso, como informado pelo Consultante, ocorreu, exemplificativamente, nos Leilões de Cabedelo, Vitória e Belém.

Conforme se depreende da minuta de normativa em discussão na ANP, alguns dispositivos, em razão de sua redação extremamente ampla, acabam conferindo à ANP uma “carta branca” na determinação dos direitos de acesso e de preferência previstos pela Lei do Petróleo.

Dentre eles, destacam-se os arts. 10, § 2º, e 34 da minuta em referência, os quais pedimos vênua para transcrever:

“Art. 10. (...) § 2º A ANP pode exigir mudanças nas cláusulas contratuais dos contratos, mediante fundamentação em processo administrativo próprio”.

“Art. 34. A ANP poderá revisar, motivadamente, a preferência do proprietário a qualquer tempo, considerando as solicitações de acesso e negativas de acesso”.

Não se nega que as normas regulamentares, quando exaradas em consonância ao ordenamento jurídico que lhes é anterior, tenham o condão de conferir à Administração Pública determinadas prerrogativas aptas a promover os fins regulatórios desejados. Nas palavras de SÉRGIO GUERRA, “a função regulamentar é por natureza discricionária, seja no regulamento de execução, seja no regulamento dito autônomo”.⁷⁹

No entanto, assim como na delegação legislativa, o regulamento que venha a outorgar poderes aos entes administrativos, autorizando-os por exemplo a proceder durante o seu exercício regulatório, deve, sempre, ser balizado por molduras claras.

⁷⁹ GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade, regulação e reflexividade*: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 109.

Mister se faz que haja princípios, finalidades, políticas públicas ou *standards* aptos a propiciar previsibilidade aos regulados e o controle das atividades administrativas (*intelligible principles doctrine*), já que a atribuição de poderes amplos sem que se estabeleçam quaisquer parâmetros para o seu exercício não se coadunaria com o Estado Democrático de Direito, que pressupõe a possibilidade de controle de todos os atos estatais.

Esse dever é ainda mais relevante nos casos em que se trata de norma que veicula medida de restrição estatal aos agentes regulados e aos direitos a eles previstos em lei. Restrições tais pressupõem a observância ao princípio da legalidade/juridicidade (além da proporcionalidade já analisada), demandando, portanto, uma precisa regulamentação quanto à forma de seu exercício para que ocorra de forma lícita. Com efeito, o art. 5º, II, da CF, ao prever que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer nada senão em virtude de lei, fortalece ainda mais a exigência de base e obediência legal quando a Administração Pública pretender restringir ou regulamentar direitos, no caso o direito de preferência previsto no art. 58 da lei do Petróleo.⁸⁰

Sob o ponto de vista legislativo, o Tribunal Constitucional Federal Alemão, conjuntamente com a doutrina, criou a figura da *Bestimmtheitsgebot*. Em raciocínio plenamente aplicável a produção normativa regulamentar, estabeleceu-se a “exigência de uma determinabilidade que a lei deve satisfazer para evitar autorizações excessivamente genéricas ou que transfiram ao Executivo uma

⁸⁰ BARROSO, Luís Roberto. “Apontamentos sobre o Princípio da Legalidade (Delegações legislativas, poder regulamentar e repartição constitucional das competências legislativas)”, in *Temas de Direito Constitucional*, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2001, p. 169.

competência normativa sem limites do ponto de vista finalístico (uma ‘carta-branca’).⁸¹

No mesmo sentido, afirma-se também na doutrina nacional não ser possível que "seja tão sumária que sua complementação possa conduzir a um resultado qualquer. Preocupada com a proliferação de leis de baixíssima densidade normativa, a doutrina construiu o conceito de conteúdo essencial (*contenu essentiel, wesentlichkeitstheorie*). Tais leis devem expressar, na lição de GARCÍA DE ENTERRÍA, uma diretiva legislativa precisa, sem supor uma cessão formal ou em branco de poder normativo".⁸²

A definição da densidade normativa mínima que os *standards* devem possuir para possibilitar o controle, no entanto, não é uma questão fácil. Nas palavras de ANDRÉ CYRINO, “não há resposta exata e completa para que, juridicamente, se avalie o quanto de densidade normativa é bastante”.⁸³ A juridicidade de uma delegação de poderes, seja ela legal ou regulamentar, só pode ser aferida casuisticamente.

Note-se que o imperativo não decorre apenas da relação lei formal – atuação administrativa, mas também da relação lei material (qualquer norma geral e abstrata, editada pelo legislador ou pela Administração Pública) – ato concreto de sua aplicação (aí sim um ato necessariamente administrativo). A assertiva decorre do fato de serem **as normas gerais e abstratas, ainda que de sede administrativa, que conferem previsibilidade às consequências das ações dos**

⁸¹ ROMANO, Maria Chiara. Principio di Legalità e Regolamenti in Germania, in *Amministrazione e Legalità – Fonti Normativi e Ordinamenti (Atti del Convegno*, Macerata, 21 e 22 maggio 1999), Giuffrè Editore, Milano, 2000, p. 226.

⁸² PESSOA, Robertônio Santos. *Administração e Regulação*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2003, p. 145.

⁸³ CYRINO, André. *Delegações legislativas, regulamentos e Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 249.

administrados, e que, no caso das agências reguladoras, têm um processo prévio de discussão pública.

De acordo com RAFAEL VALIM, “quanto ao aspecto da *densidade*, requer-se que o legislador⁸⁴ atribua competências à Administração de modo expresse e específico, com a correspondente outorga de poderes concretos e específicos para cumprimento de fins também específicos e concretos”. Prossegue o autor ao inferir que “ao legislador não é lícito outorgar competências excessivamente amplas ou ‘em branco’ ao administrador, autorizando-lhe a agir conforme seus humores”.⁸⁵

No mesmo contexto, leciona que, “a par do imperativo da densidade, impõe-se, ademais, que as normas habilitadoras de competências administrativas sejam claras, inteligíveis e coerentes, de molde a que os administrados possam orientar sua conduta segundo o conhecimento prévio de seus direitos e deveres perante a Administração Pública”.⁸⁶

Diante das considerações acima, as disposições constantes também dos arts. 10, § 2º, e 34 da minuta de revisão não nos parecem possuir a densidade normativa mínima suficiente. Ambas bastante amplas, conferem à ANP, de maneira genérica, prerrogativas extremamente sensíveis para o setor regulado, sem que, em contrapartida, sejam previstos paradigmas para o exercício daquelas competências.

⁸⁴ Podendo ser entendido em sentido amplo, incluindo o legislador regulamentar.

⁸⁵ VALIM, Rafael. *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 84.

⁸⁶ VALIM, Rafael. *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 85.

No segundo caso, por exemplo, delega à agência reguladora a possibilidade de, caso a caso, “revisar” (*sic*) o direito de preferência assegurado em lei e na própria normativa proposta, ainda que com todos os problemas já levantados. A proposta do art. 34 apenas disporia que tal “revisão” deve ser motivada, o que já é uma exigência para qualquer ato administrativo cf. *caput* do art. 37 da CF, e que deve se dar à luz dos pedidos de acesso feitos, sem especificar nada do que pode acontecer em relação a eles para que cheguem ao ponto de rever um direito assegurado por lei.

A possibilidade ampla de revisar as cláusulas dos contratos celebrados entre os operadores portuários e terceiros interessados na utilização das suas estruturas, bem como o próprio direito de preferência que aproveita ao responsável pelas instalações, pode provocar grande insegurança jurídica ao setor.

De maneira pragmática, tomando mais uma vez como exemplo o disposto no art. 34 da minuta em discussão: a proposta normativa discutida não faz referência a qualquer conduta da empresa, fomentada ou proibida, passível de ser adotada pelo operador portuário com vistas a não ter seu direito de preferência revisto.

Embora não caiba, para os fins do presente parecer, o exaurimento do tema, cumpre-nos destacar que um dos mecanismos mais eficientes de preservação da independência da agência reguladora é justamente o estabelecimento de balizas normativas prévias, aptas a garantir uma atuação independente e isonômica por parte dos entes reguladores.

A menos que houvesse um “regulamento do regulamento”, portanto, tudo o que restaria ao agente privado seria a indeterminação



das normas debatidas e, conseqüentemente, a incerteza acerca dos seus padrões de atuação; enquanto, à ANP, sobejaria uma ilimitada discricionariedade, ilegítima em razão dos próprios fundamentos do Estado Democrático de Direito.

V – NECESSIDADE DE PRÉVIA E ADEQUADA ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO – AIR.

Conforme já evidenciamos em outras ocasiões,⁸⁷ a regulação pode gerar efeitos negativos no desenvolvimento da economia, especialmente se aumentar desproporcionalmente os custos e a burocracia necessária à exploração das atividades econômicas ou desincentivar os investimentos a serem nelas realizados.

Os procedimentos de análise de impactos regulatórios são justamente o instrumento atualmente mais hábil para obrigar os agentes públicos a previamente – antes que eventual prejuízo oriundo de norma seja consumado – demonstrarem a razoabilidade de suas decisões, os seus prováveis custos diretos e indiretos, os benefícios esperados e a razão pela qual não foram escolhidos outros meios para atingir o mesmo propósito.

Trata-se, portanto, de um procedimento prévio de análise da proporcionalidade da eventual futura regulação, acima por nós já tratada em termos materiais, com a necessária participação dos administrados, em linha com o consequencialista art. 20, recentemente incluído na LINDB pela Lei nº. 13.655/18, cuja redação previu que “nas

⁸⁷ *Verbi gratia*, ARAGÃO, Alexandre. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 668.

*esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”.*⁸⁸

Nesse sentido, RAFAEL CARVALHO REZENDE OLIVEIRA, enumera os fundamentos da análise de impacto regulatório, destacando como tais (i) o princípio da eficiência; (ii) o pluralismo jurídico e visão sistêmica do direito; e (iii) a legitimidade democrática.⁸⁹

Na mesma linha, RAFAEL FREITAS e SERGIO GUERRA aduzem que a AIR “por avaliar as consequências atuais e futuras da regulação, tem fundamento nos princípios da eficiência e economicidade (artigos 70 da CFRB), estando em consonância, também, com o atual conceito de Administração de Resultados”.⁹⁰

No âmbito da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico – OCDE, a análise de impacto regulatório é adotada desde 1974, em formatos variados. Seguindo recomendação dessa organização, o Governo Federal, em 2007, instituiu, por meio do Decreto n. 6.062/2007, o Programa para o Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação – PRO-REG.

⁸⁸ Nesse mesmo sentido, fixou o parágrafo único do dispositivo que “a motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas”.

⁸⁹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Governança e Análise de Impacto Regulatório. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 9, n. 36, p. 173-203, out./dez. 2011

⁹⁰ FREITAS, Rafael Vêras de; GUERRA, Sérgio. O modelo institucional do Setor portuário: os institutos da Análise de Impacto Regulatório (AIR) e da Conferência de Serviços como mecanismos de equalização do controle político sobre as agências reguladoras. In: RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGESON, Bruno; FREITAS, Rafael Vêras de (Coord.). *A nova regulação da infraestrutura e da mineração: portos: aeroportos: ferrovias: rodovias*. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 95-119.

Com o referido Programa, buscou-se fortalecer o sistema regulatório de modo a facilitar o pleno exercício de funções por parte de todos os atores; robustecer a capacidade de formulação e análise de políticas públicas em setores regulados; aperfeiçoar a coordenação e o alinhamento estratégico entre políticas setoriais e processo regulatório; ampliar a autonomia, a transparência e o desempenho das agências reguladoras; e desenvolver e aperfeiçoar mecanismos para o exercício do controle social e transparência no âmbito do processo regulatório (art. 2º).

No âmbito do PRO-REG, novas previsões normativas que lastreiam a necessidade de observância da AIR pelos órgãos e entidades do Estado foram surgindo. Em 2018, o Comitê Interministerial de Governança (CIG), criado pelo Decreto 9.203, de 22/11/2017, aprovou o Guia Orientativo para Elaboração de análise de impacto regulatório – AIR e respectivas diretrizes, recomendando sua utilização por toda a Administração Pública Federal.

Especificamente em relação às agências reguladoras, a sua lei geral, a Lei nº 13.848/2019, previu, em seu art. 6º, a necessária precedência do estudo, inclusive em relação às propostas de alteração de atos normativos, colacionando que:

Art. 6º A adoção e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados serão, nos termos de regulamento, precedidas da realização de Análise de Impacto Regulatório (AIR), que conterá informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo.

Conforme se verifica, a nova Lei das Agências Reguladoras fixou, de maneira expressa, que a avaliação quanto aos efeitos da proposta de norma exige a realização de AIR e a avaliação de todas as consequências e externalidades, positivas e negativas, da proposta de norma.

Muito embora o § 1º do dispositivo preveja que posterior regulamentação poderá prever as hipóteses de dispensa dessa análise, a ausência de norma subsidiária disciplinando o tema torna a exigência, mais que uma boa prática regulatória, uma imposição legal. Trata-se de uma regra de eficácia plena e imediata, apenas restringível no futuro, caso seja editada alguma norma nesse sentido.

De maneira sintética, a AIR deve ser operacionalizada por um estudo detalhado por meio do qual (i) identifica-se um problema; (ii) verifica-se a (in)existência de política regulatória hábil a solucioná-lo; (iii) levantam-se as alternativas regulatórias para a consecução deste objetivo; (iv) verifica-se qual das alternativas levantadas imporá o menor ônus ao administrado; e (v) pondera-se os diferentes interesses envolvidos para, ao fim, decidir pela implementação ou não de determinada política.

Todas as etapas, devem ser devidamente motivadas. Não basta que, ao percorrer o caminho acima traçado, o regulador decida em um sentido ou outro. É necessário que reúna e apresente fundamentos suficientes para lastrear seu veredito.

A AIR, conforme já expusemos em outra oportunidade,⁹¹ não se confunde com outros instrumentos utilizados pelos agentes

⁹¹ Sobre o tema, cf. ARAGÃO, Alexandre Santos de. Análise de Impacto Regulatório na Lei de Liberdade Econômica. In: SALOMÃO, Luís Felipe; CUEVA, Ricardo Villas



regulatórios na definição de políticas setoriais. As Notas Técnicas e meros Pareceres exarados pelas entidades da Administração Pública indireta, por exemplo, não são verdadeiras análises de impacto regulatório.

No caso em análise, a ANP apresentou uma série de movimentações, majoritariamente internas, na Nota Técnica nº 11/2019-SIM/ANP, muito embora não tenham sido mencionados quaisquer estudos aprofundados nos termos acima descritos acerca das possíveis consequências decorrentes da virtual nova redação da Portaria nº 251.

Fato é que, conforme exaustivamente exposto ao longo deste parecer, os potenciais impactos norma regulatória ora examinada, podem, de fato, ser extremamente prejudiciais para os investidores e objetivos dos marcos regulatórios setoriais.

VI - RESPOSTA AOS QUESITOS.

Com base em todo o exposto, passamos sucinta e objetivamente a responder aos quesitos que nos foram apresentados, sem que isso prescindia, naturalmente, do conjunto integral do restante do parecer:

- 1) *A minuta de resolução proposta, ao restringir a aplicação do direito de preferência aos terminais aquaviários situados fora dos portos organizados (art. 2º, XXII e art. 31 da minuta de resolução proposta), é compatível com o art. 58 da Lei do Petróleo?*

Bôas; FRAZÃO, Ana (coord.). *Lei de liberdade econômica e seus impactos no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 371-381.

- a. Não. A despeito da natureza jurídica dos terminais aquaviários ou de seus operadores, o artigo 58 da Lei do Petróleo traz disciplina geral, aplicável a toda infraestrutura portuária hábil a promover o transporte de combustíveis em território nacional.
- b. Como contraponto axiomático à obrigação de permitir o acesso de terceiros, o legislador previu de maneira também expressa o chamado direito de preferência, ou seja, a prerrogativa que aproveita ao operador portuário e seu grupo econômico, na qualidade de gestores diretos e indiretos dos bens e responsáveis pelos custos deles decorrentes, que lhes assegura a utilização prioritária das estruturas portuárias sob sua administração para a movimentação de seus próprios produtos, em detrimento de terceiros eventualmente interessados.
- c. Muito embora prescreva a Lei que cabe à ANP regular a prioridade conferida ao operador, à agência é conferido o poder meramente regulamentar de detalhar o direito de preferência previsto no art. 58, sem, contudo, mitigá-lo. *In casu*, ao contrário do que em outros dispositivos ocorre, a Lei não delegou à agência reguladora a tarefa de estabelecer direitos conexos à obrigação de permitir o acesso, como o direito de preferência. No caso, a própria Lei já estabeleceu – ela própria – o direito de preferência, não havendo discricionariedade da agência para conferir-lhe em maior ou em menor proporção, ou de excluir parte dos terminais portuários de sua incidência. A sua função é viabilizar, não restringir o direito já fixado por Lei.
- d. O direito de acesso, quando existente, é conferido de forma conexa e incidível ao direito de preferência, até mesmo em

razão de os parágrafos de um dispositivo serem meros prolongamentos do que fora estabelecido em seu *caput*. Se no *caput* está previsto o direito de acesso, no § 2º está o respectivo direito de preferência. Dessa maneira, em relação aos portos organizados, se não há direito de preferência, também não poderia haver direito de acesso; e, reversamente, se há direito de acesso, não tem como não haver também o direito de preferência.

- e. Nos termos da própria legislação setorial, o acesso de terceiros a estruturas portuárias, sejam elas privadas ou delegadas, tem lugar somente quando aquelas se encontrarem ociosas em razão da desnecessidade de seus responsáveis, diretos ou indiretos, já que titulares do direito de preferência, as utilizarem. Assim, ao assegurar o direito de preferência, o legislador impede que o titular da estrutura prejudique, em abuso de direito, terceiros, inclusive eventuais concorrentes seus. Porém, não obriga aqueles a conceder acesso em seu próprio prejuízo, já que têm a preferência.
- f. Não pode a ANP, portanto, no exercício de seu poder normativo regulamentar, mostrar-se desatenta à teleologia da norma, especialmente quando, valendo-se de uma interpretação literal e indiferente ao contexto normativo da época, tornar inexistentes direitos de seus regulados previstos em lei.
- g. À época, inexistindo a referência legal aos portos organizados como “bens públicos”, a Lei do Petróleo só poderia visar, ao utilizar a palavra “proprietários”, a abranger todos os titulares de terminais, de qualquer espécie.

- h. A referência pela Nova Lei dos Portos aos portos organizados como “bens públicos” deve ser interpretada de forma adequada. O desenho da poligonal dos portos organizados não conduz à modificação da natureza jurídica de uma série de bens nela incluídos. Os bens do delegatário, operador daquela área concedida ou arrendada continuam fazendo parte de seu patrimônio, pelo menos até eventual reversão, muito embora estejam vinculados ao serviço desempenhado. E o reverso também é verdadeiro. Na maioria das vezes, os terminais marítimos privados, fora dos portos organizados, estão pelo menos parcialmente (e em sua área mais relevante, a dos ancoradouros) em terrenos de marinha, que são bens da União.
- i. Grupos empresariais com grandes quantidades de carga própria tenderiam a não investir no seu próprio terminal se fosse para poder usá-lo da mesma forma que quaisquer terceiros, que não se arriscaram com investimentos no terminal, sem possuir sobre estes qualquer direito de preferência
- j. Assim, há dentro dos portos organizados estruturas de propriedade dos delegatários – arrendatários ou concessionários – operadores daquelas instalações, não havendo nenhum óbice, portanto, para que também tenham direito à preferência determinada pelo § 2º do art. 58 da Lei do Petróleo.

2) A Limitação do exercício do direito de preferência apenas ao operador da instalação portuária, excluídas as pessoas jurídicas coligadas, subsidiárias ou pertencentes ao mesmo grupo econômico (art. 30, § 2º, da minuta de resolução proposta), viola o art. 58 da Lei do Petróleo e o princípio da menor intervenção estatal da Lei de Liberdade Econômica?

- a. Além de pressupor a má-fé dos regulados, que deveria ser reprimida caso a caso, não obstaculizada de forma geral, abstrata e por antecedência para todos, a proposta realmente possui alguns óbices jurídicos.
- b. Como qualquer medida restritiva de direito, as restrições à liberdade de estruturação societária para fins do exercício do direito de preferência previsto no art. 58 da Lei do Petróleo devem encontrar esteio no Princípio da Proporcionalidade. No entanto, Perante as legítimas alternativas de estruturação societária, a vedação do direito de preferência às pessoas jurídicas coligadas, subsidiárias ou pertencentes ao mesmo grupo econômico do operador, não se mostraria adequada, necessária ou mesmo proporcional em sentido estrito quando buscasse promover o escopo proposta.
- c. Também à luz do preceito constitucional da livre iniciativa e, em especial, da nova Lei de Liberdade Econômica, que estabelece normas de proteção à livre iniciativa e ao livre exercício de atividade econômica durante a atuação do Estado como agente normativo e regulador, se mostraria inválida a proposta do art. 31, §2º.
- d. Também não se mostraria adequada a proposta em face da realidade fática do setor portuário, principalmente no que diz respeito à farta existência de empresas meramente logísticas, constituídas com o fim específico e exclusivo de gerenciar as instalações aquaviárias e movimentar cargas de terceiros.

- e. Eventual alteração normativa que buscasse tolher do grupo econômico responsável pela sociedade operadora o inerente direito de preferência ao uso das estruturas que, em última análise, são também suas, esvaziaria a garantia insculpida no art. 58, §2º da Lei do Petróleo, não sendo cabível, portanto, também em razão do cenário fático do setor portuário e da necessária preservação do direito legal.
- f. Sob a ótica do dever legal de otimização das estruturas aquaviárias de transporte de granéis líquidos, eventual restrição ao direito de preferência conferido a empresas do mesmo grupo também se mostraria ilegítima, posto ser capaz de prejudicar as atividades mercantis daqueles agentes, verdadeiramente capazes de retirar das estruturas aquaviárias petrolíferas o máximo que elas podem oferecer, inclusive por já disporem em algumas áreas portuárias a estrutura operacional necessária para a realização ótima da atividade de transporte.
- g. Ou o setor em grande parte se veria desprovido do direito de preferência assegurado legalmente, ou seria obrigada a reconcentrar as suas atividades, o que iria de encontro ao seu direito de iniciativa privada de organização empresarial e às necessidades fiscalizatórias do Estado, inclusive concorrenciais, já que o exercício de todas as atividades pela mesma pessoa jurídica dificultaria a constatação de eventuais autobenefícios na competição com outros agentes do mercado.

3) É lícito resolução atribuir a agência reguladora poderes limitadores de direitos, como nos arts. 10, § 2º, e 34, ambos da minuta proposta, sem a fixação de parâmetros ou standards

minimamente determináveis, como uma delegação em branco para atos concretos da Agência?

- a. Mister se faz que qualquer norma estabeleça finalidades ou *standards* que propiciem o controle das atividades administrativas (*intelligible principles doctrine*), já que a atribuição de poderes amplos sem que se estabeleçam quaisquer parâmetros para o seu exercício não se coadunaria com o Estado Democrático de Direito, que pressupõe a possibilidade de controle de todos os atos estatais.
- b. É a norma geral e abstrata, ainda que de sede administrativa, que confere previsibilidade às consequências das ações dos administrados, e, no caso das agências reguladoras, ainda possuem um processo prévio de discussão pública.
- c. A possibilidade ampla de revisar as cláusulas dos contratos celebrados entre os operadores portuários e terceiros interessados na utilização das suas estruturas, bem como o próprio direito de preferência que aproveita ao responsável pelas instalações pode legitimar provocar grande insegurança jurídica no setor.
- d. Especificamente o art. 34 proposto delega à agência reguladora a possibilidade de, caso a caso, “revisar” (*sic*) o direito de preferência assegurado em lei e na própria normativa proposta, ainda que com todos os problemas já levantados. A proposta de art. 34 apenas disporia que tal “revisão” deve ser motivada, o que já é uma exigência para qualquer ato administrativo cf. *caput* do art. 37 da CF, e que deve se dar à luz dos pedidos de acesso feitos, sem especificar nada do que pode acontecer em relação

Alexandre Santos de Aragão

a eles para que cheguem ao ponto de rever um direito assegurado por lei. A proposta normativa discutida não faz referência a qualquer conduta da empresa, fomentada ou proibida, passível de ser adotada pelo operador portuário com vistas a não ter seu direito de preferência revisto.

- e. Assim, caso as previsões normativas constantes nos arts. 10, § 2º, e 34 da minuta de revisão da PANP 251/2000 prosperassem, sobejaria à ANP uma ilimitada discricionariedade, ilegítima, portanto, em razão dos próprios fundamentos do Estado Democrático de Direito.
- f. Outra injuridicidade da proposta normativa decorre da ausência de realização de prévia e adequada análise de impacto regulatório, nos termos do art. 6º da Lei Geral das Agências Reguladoras (Lei nº 13.848/2019).

É o parecer.

Rio de Janeiro, 29 de junho de 2020.


ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO

Professor Titular de Direito Administrativo da UERJ
Professor de Direito do Petróleo do Doutorado da UERJ
Doutor em Direito do Estado pela USP