

Audiência Pública perante a Comissão de Infraestrutura do Senado Federal

Discussão sobre a Portaria da SPU nº 404, de 2012



Brasília, 14 de outubro de 2015

FERNANDO JOSÉ DE PÁDUA COSTA FONSECA

Diretor

Portaria 404/2012 – Secretaria de Patrimônio da União

A Portaria 404/12 – SPU/MPOG (1) disciplina normas e procedimentos para cessão de espaços físicos em águas públicas federais e (2) fixa parâmetros para o cálculo de valores como retribuição à União pela construção de estruturas físicas nessa parcela do domínio público

- **Objeto da cobrança:** uso da superfície de águas navegáveis, que, na via marítima, corresponde à área de superfície navegável até o limite de 12 milhas náuticas (cerca de 22 km) da costa.
- **Natureza da cobrança:**
 - (i) não é tributo, tendo em vista que foi fixada por Portaria, e não lei;
 - (ii) não é preço público, porquanto é cobrada independente do uso efetivo, além de não retribuir nenhum serviço prestado;
 - (iii) não é compensação ambiental, visto que não pressupõe dano efetivo nem existe exaurimento do bem
 - (iv) trata-se de remuneração por uso de bem público



Estruturas náuticas objeto de cessão onerosa em águas públicas federais:



Portaria 404/2012 – Secretaria de Patrimônio da União

Questão-guia

É possível cobrar pelo uso de bem público necessário à exploração de serviços públicos e de utilidade pública?

1) CLASSIFICAÇÃO DAS ESTRUTURAS NÁUTICAS

1.1) Estruturas náuticas de interesse público ou social **CESSÃO GRATUITA**

I - de uso público, acesso irrestrito e não oneroso

II - destinadas à habitação de interesse social;

III - utilizadas por comunidades tradicionais

IV - identificadas como o único acesso ao imóvel

V - utilizadas em sua totalidade por entes públicos municipais, estaduais ou federais, em razão de interesse público ou social;

VI - destinadas à infraestrutura e execução de serviços públicos desde que não vinculados a empreendimentos com fins lucrativos;

VII - edificadas por entidades de esportes náuticos (DL 3438/1941)

Dificuldade nº 01: quais áreas e instalações portuárias obedeceriam totalmente a quaisquer um desses critérios?

CLASSIFICAÇÃO DAS ESTRUTURAS NÁUTICAS

2) Estruturas náuticas de interesse econômico ou particular **CESSÃO ONEROSA**

I - destinadas ao desenvolvimento de atividades econômicas comerciais, industriais, de serviços ou de lazer

II - cuja utilização não seja imprescindível ao acesso à terra firme;

III - que agreguem valor a empreendimento, geralmente utilizadas para o lazer;

IV - utilizadas como segunda residência, ou moradia por família não classificada como de baixa renda

Dificuldade nº 02: a exploração portuária pode ser considerada atividade econômica comercial ou industrial de interesse econômico ou particular?



As estruturas náuticas localizadas **dentro dos portos organizados** foram expressamente excluídas do âmbito de aplicação da portaria (art. 4º), de modo que a cessão de uso dessas estruturas, internas à poligonal definida pelo Poder Público Federal, dá-se a título gratuito.

1ª Observação

Fundamentos para a isenção da cobrança das instalações dos portos organizados

A cessão gratuita do espaço físico em águas federais, em favor das áreas e terminais portuários localizados **dentro** dos portos organizados, decorre:

- (i) do **interesse público e social** de que tais estruturas se revestem e
- (ii) dos vínculos de **essencialidade e contiguidade** entre o **uso das águas federais** (bens públicos – art. 20, CF/88) e a **exploração das áreas e instalações portuárias** (atividades públicas – art. 21, XII, “f”, CF/88)

EXISTE DIFERENÇA QUE JUSTIFIQUE HAVER TRATAMENTO DISTINTO À EXPLORAÇÃO PORTUÁRIA FORA DO PORTO ORGANIZADO?

NÃO! OS MESMOS FUNDAMENTOS ESTÃO PRESENTES NA EXPLORAÇÃO DE ÁREAS E INSTALAÇÕES PORTUÁRIAS EXTERNAS AOS PORTOS ORGANIZADOS

2ª OBSERVAÇÃO:
IMPOSSIBILIDADE DO USO DO LUCRO COMO CRITÉRIO DEFINIDOR

O fato de haver lucro no desempenho da atividade não desnatura o interesse público subjacente nem serve de critério para qualificar as estruturas náuticas como “de interesse econômico” ou “de interesse público”: **as atividades portuárias desempenhadas dentro dos portos organizados -- que não sofrem a incidência da cobrança por uso do “espelho d’água” -- ensejam lucro.**

2ª OBSERVAÇÃO:
IMPOSSIBILIDADE DO USO DO LUCRO COMO CRITÉRIO DEFINIDOR

- (1) **quando há exploração direta por outorga legal**, via Companhias Docas, essas sociedades de economia mista -- com capital aberto que, como tal, transacionam valores mobiliários no mercado financeiro e distribuem dividendos entre acionistas – buscar atingir lucro (econômico e contábil) positivo;
- (2) **quando há exploração via arrendamento**, existe legítima expectativa de retorno sobre o capital investido e, em alguns casos, sobre os custos – inclusive o de oportunidade (*surplus*) e o de capital (WACC) – que são remunerados ao arrendatário, que tem direito subjetivo à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, dúvidas não há de que tais empreendimentos ostentam finalidade lucrativa.

Em ambos os casos (exploração via Companhias Docas e exploração via contrato de arrendamento), **as áreas e instalações portuárias, arrendadas ou não, (i) nem são de acesso irrestrito (ii) nem tampouco suas facilidades são utilizadas a título gratuito; não bastasse, (iii) não são utilizadas em sua totalidade por entes públicos federais, estaduais ou municipais**

Daí se verifica a **impropriedade dos critérios de definição das estruturas náuticas de interesse público ou social** e, em especial, da redação do art. 3º, §1º, IV, da Portaria SPU nº 404/2012, o qual afirma que as estruturas náuticas **“destinadas à infraestrutura e execução de serviços públicos”** só serão cedidas gratuitamente **“desde que não vinculados a empreendimentos com fins lucrativos”**.

É um verdadeiro “conjunto vazio”!

1ª CONCLUSÃO:

SE AS ÁREAS E INSTALAÇÕES PORTUÁRIAS DENTRO DO PORTO ORGANIZADO NÃO ATENDEM AOS CRITÉRIOS DE CESSÃO GRATUITA E MESMO ASSIM SÃO ISENTAS DE COBRANÇA, NÃO HÁ, IGUALMENTE, RAZÃO PARA SE COBRAR DE QUEM DESEMPENHA ATIVIDADE PÚBLICA DELEGADA POR AUTORIZAÇÃO, A QUAL PRESSUPÕE, PARA SUA REALIZAÇÃO, USO DE ESPAÇO FÍSICO EM ÁGUAS FEDERAIS.

A PRÓPRIA SECRETARIA DE PATRIMÔNIO DA UNIÃO, EM DOCUMENTO EXPLICATIVO SOBRE A PORTARIA 404/2012, ABALIZA ESSE ENTENDIMENTO...

2ª OBSERVAÇÃO: CONTRADIÇÃO ENTRE TEORIA E PRÁTICA **Nota Explicativa da Portaria 404/2012 – SPU/MPOG:**

MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO.
Secretaria do Patrimônio da União
Diretoria de Destinação Patrimonial
Coordenação Geral de Apoio ao Desenvolvimento Local
Esplanada dos Ministérios, Bloco C, 2º andar, 70.046-900, Brasília/DF
(61) 2020-1915 – spu@planejamento.gov.br

Nota explicativa da Portaria SPU nº 404, de 28 de dezembro de 2012.

A Secretaria do Patrimônio da União – SPU, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, órgão responsável pela gestão dos bens imóveis da União, publicou a Portaria SPU nº 24, de 26 de janeiro de 2011, que estabeleceu normas e procedimentos para a instrução de processos visando à cessão de espaços físicos em águas públicas e fixou parâmetros para o cálculo dos valores devidos a título de retribuição à União.

A proposição teve embasamento legal, em especial, nos artigos 18 e 42 da Lei nº 9.636, de 1998, e no art. 18 do Decreto nº 3.725, de 2001.

A novidade da publicação era uma simplificação para o cálculo da contrapartida devida à União pelo uso privado com exploração econômica de bem público, e ainda a simplificação do rito processual buscando a melhor eficiência do órgão, e não, uma nova taxa ou imposto, uma vez que uma Portaria não tem o condão de trazer inovação legal.

2ª OBSERVAÇÃO: CONTRADIÇÃO ENTRE TEORIA E PRÁTICA

Nota Explicativa da Portaria 404/2012 – SPU/MPOG

II - **de interesse econômico ou particular**, que serão objeto de cessão de uso onerosa, respeitados os procedimentos licitatórios previstos na Lei 8.666, de 1993, sendo aquelas: (i) destinadas ao desenvolvimento de atividades econômicas comerciais, industriais, de serviços ou de lazer; (ii) cuja utilização não seja imprescindível ao acesso à terra firme; (iii) que agreguem valor a empreendimento, geralmente utilizadas para o lazer; (iv) utilizadas como segunda residência, ou moradia por família não classificada como de baixa renda.; ou

III - **de uso misto**, aquelas que possibilitam acesso e uso público, gratuito e irrestrito para circulação, atracação ou ancoragem em apenas parte do empreendimento, serão objeto de cessão em condições especiais, descontando, para fins de cálculo do preço, a área reservada ao uso público.

As áreas da União são estratégicas ao desenvolvimento do País e há diversos órgãos federais responsáveis pelas políticas setoriais. Nestes casos, prioriza-se as destinações a estes órgãos governamentais que, em virtude de regramento próprio, podem não ser alcançadas pela Portaria.

Assim, dadas as peculiaridades relacionadas a atividade portuária pública, regida por legislação específica, a Portaria não se aplica às estruturas náuticas contidas na poligonal dos portos organizados.

2ª OBSERVAÇÃO: CONTRADIÇÃO ENTRE TEORIA E PRÁTICA **Nota Explicativa da Portaria 404/2012 – SPU/MPOG**

Folha 3/4 da Nota Explicativa Portaria SPU nº 404.

Da mesma forma, em relação às áreas necessárias à execução de serviços públicos sob regime de autorização, concessão ou permissão ou de atividades que constituam monopólio da União, deverá ser observado o disposto na legislação específica.

Já os espaços físicos em águas públicas necessários à prestação de serviços públicos de responsabilidade de estados e municípios serão destinados, preferencialmente, à estes entes, nos termos da Portaria 404.

Uma crítica que se tinha à Portaria 24 era quanto a definição da área a ser cedida (e cobrada). O novo texto estabelece que os limites da cessão circunscreve ao perímetro do uso privativo, em geral composto pela estrutura propriamente dita e berços de atracação, às vezes, incluídas áreas de circulação, quando o acesso a estas for exclusivo.

A Lei nº 12.815/2013, ao disciplinar o art. 21, XII, “f” da Constituição Federal, torna necessário o uso do espaço físico em água também para a exploração portuária sob regime de autorização: *“art. 1º, § 2º A exploração indireta das instalações portuárias localizadas fora da área do porto organizado ocorrerá mediante autorização, nos termos desta Lei.”*

2ª OBSERVAÇÃO: CONTRADIÇÃO ENTRE TEORIA E PRÁTICA
Nota Explicativa da Portaria 404/2012 – SPU/MPOG:

2ª CONCLUSÃO

A exploração das áreas necessárias à execução de serviços públicos sob regime de autorização deverá observar o disposto na legislação específica, que, no caso, é a Lei nº 12.815/2013 e, nesse sentido, não há qualquer diferença na lei entre as áreas internas ou externas aos portos organizados.

3ª OBSERVAÇÃO

CORRETA CARACTERIZAÇÃO JURÍDICA DAS ESTRUTURAS NÁUTICAS EXPLORADAS FORA DOS PORTOS ORGANIZADOS

As áreas e instalações utilizadas na exploração portuária realizada **fora** dos portos organizados não devem ser consideradas, *a priori*, “estruturas náuticas de interesse econômico” voltadas ao lucro pois são “**estruturas náuticas de interesse público**”, exploradas por delegação do Poder Público

Áreas e Instalações **dentro** do Porto Organizado

Remuneradas pelo **usuário**, que paga tarifa

Garantia de indenização de ativos não amortizados

Áreas e Instalações **fora** do Porto Organizado

Investimento privado, por sua conta e risco

Título precário - Inexistência de garantia

Resolução-ANTAQ nº 3.290

"Art. 44 O autorizatório deve observar as disposições legais e regulamentares da ANTAQ, notadamente as relativas à execução da operação portuária, à modicidade e publicidade das tarifas e preços praticados, à prestação de serviço adequado e à efetividade dos direitos dos usuários, assim como os termos e as condições expressas ou decorrentes do contrato de adesão, sob pena de seu descumprimento implicar a cominação de sanções administrativas, nos termos da norma que disciplina o processo administrativo sancionador da ANTAQ."

CONCLUSÃO: Os autorizatórios desempenham atividade pública delegada, voltada à realização do interesse público. O produto da arrecadação dos preços que praticam e o possível lucro não é fundamento para qualquer distinção, visto que também existe resultado econômico (e lucro) na exploração, direta e indireta, dos portos organizados.

3ª CONCLUSÃO

As atividades desenvolvidas no âmbito dos terminais de uso privado não podem ser consideradas apenas como atividades econômicas em sentido estrito: são competências públicas de titularidade da União (art. 21, XII, “f”, CF/88) exploradas, indiretamente, por delegação via autorização, em prol de realizar interesses, direitos e valores públicos, ainda que se valendo de institutos do direito privado, de modo instrumental.

4ª OBSERVAÇÃO:

4.1) FUNDAMENTO LEGAL PARA NÃO-CARACTERIZAÇÃO DAS INSTALAÇÕES FORA DA ÁREA DO PORTO ORGANIZADO COMO INSTALAÇÕES DE INTERESSE ECONÔMICO OU PARTICULAR , MAS SIM INSTALAÇÕES DE INTERESSE PÚBLICO

Por força mesmo do **art. 76 do Decreto-Lei nº 9.760/1946**, diploma que dispõe sobre bens imóveis da União, considera-se o espaço em água utilizado para construção de instalações e melhoramentos em terminais privados é bem utilizado em serviço público (lato sensu).

CONCLUSÃO: Por isso, o uso do espaço físico em águas federais deve ser interpretado como uso de bem **“utilizado por serviço federal”**.

4ª OBSERVAÇÃO:

4.2) FUNDAMENTO LEGAL PARA NÃO-CARACTERIZAÇÃO DAS INSTALAÇÕES FORA DA ÁREA DO PORTO ORGANIZADO COMO INSTALAÇÕES DE INTERESSE ECONÔMICO OU PARTICULAR , MAS SIM INSTALAÇÕES DE INTERESSE PÚBLICO

Por sua vez, o art. 18, II da Lei nº 9.636, de 15 de maio de 1998, autoriza a cessão gratuita de bens do domínio imobiliário federal – como é o caso do espaço físico em água -- “*em se tratando de interesse público ou social ou de aproveitamento econômico de interesse nacional*” -- como é o caso da exploração portuária, feita dentro ou fora dos portos organizados;

CONCLUSÃO: O espaço físico em águas federais, necessário à exploração portuária, destina-se a aproveitamento econômico de interesse nacional e, portanto, deve ser cedido a título gratuito.

4ª OBSERVAÇÃO:

4.3) FUNDAMENTO LEGAL PARA NÃO-CARACTERIZAÇÃO DAS INSTALAÇÕES FORA DA ÁREA DO PORTO ORGANIZADO COMO INSTALAÇÕES DE INTERESSE ECONÔMICO OU PARTICULAR , MAS SIM INSTALAÇÕES DE INTERESSE PÚBLICO

O art. 5º do Decreto-Lei nº 2.398, de 21 de dezembro de 1987 considera de interesse do serviço público **todo imóvel necessário ao desenvolvimento de projetos públicos, sociais ou econômicos de interesse nacional, independentemente de se encontrar situado em zona declarada de interesse do serviço público.**

CONCLUSÃO: O espaço físico em águas federais é bem imóvel de interesse do serviço público.

4ª CONCLUSÃO

O espaço físico em águas federais necessários à exploração portuária em empreendimentos autorizados deve ser considerado como sendo (i) utilizado por serviço federal, (ii) de *aproveitamento econômico de interesse nacional* e (iii) necessário ao desenvolvimento de projetos públicos, sociais ou econômicos de interesse nacional, razão pela qual descabe sua caracterização como “estrutura náutica de interesse econômico ou particular”

5ª OBSERVAÇÃO:

JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES SOBRE IMPOSSIBILIDADE DE COBRANÇA POR EXPLORAÇÃO DE BENS E SERVIÇOS DE DOMÍNIO PÚBLICO UTILIZADOS NA EXECUÇÃO DE COMPETÊNCIAS PÚBLICAS

A ocupação e a exploração de bens e serviços correlatos ao domínio público, quando necessárias à exploração de competências públicas, devem ser feitas a título gratuito.

5ª OBSERVAÇÃO:

JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES SOBRE IMPOSSIBILIDADE DE COBRANÇA POR EXPLORAÇÃO DE BENS E SERVIÇOS DE DOMÍNIO PÚBLICO UTILIZADOS NA EXECUÇÃO DE COMPETÊNCIAS PÚBLICAS

Supremo Tribunal Federal (RE 581.947/RO, Rel. Min. Eros Grau):

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RETRIBUIÇÃO PECUNIÁRIA. COBRANÇA. TAXA DE USO E OCUPAÇÃO DE SOLO E ESPAÇO AÉREO. CONCESSIONÁRIAS DE SERVIÇO PÚBLICO. DEVER-PODER E PODER-DEVER. INSTALAÇÃO DE EQUIPAMENTOS NECESSÁRIOS À PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO EM BEM PÚBLICO. LEI MUNICIPAL 1.199/2002. INCONSTITUCIONALIDADE. VIOLAÇÃO. ARTIGOS 21 E 22 DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.

“1. Às empresas prestadoras de serviço público incumbe o dever-poder de prestar o serviço público. Para tanto a elas é atribuído, pelo poder concedente, o também dever-poder de usar o domínio público necessário à execução do serviço, bem como de promover desapropriações e constituir servidões de áreas por ele, poder concedente, declaradas de utilidade pública.

2. As faixas de domínio público de vias públicas constituem bem público, inserido na categoria dos bens de uso comum do povo. [MESMA SITUAÇÃO DAS ÁGUAS PÚBLICAS FEDERAIS]

3. Os bens de uso comum do povo são entendidos como propriedade pública. **Tamanha é a intensidade da participação do bem de uso comum do povo na atividade administrativa que ele constitui, em si, o próprio serviço público [objeto de atividade administrativa] prestado pela Administração.**
4. Ainda que **os bens do domínio público** e do patrimônio administrativo não tolerem o gravame das servidões, **sujeitam-se**, na situação a que respeitam os autos, **aos efeitos da restrição decorrente da instalação, no solo, de equipamentos necessários à prestação de serviço público.** A imposição dessa restrição não conduzindo à extinção de direitos, dela não decorre dever de indenizar.”
(...)

5ª Conclusão

A ocupação e a exploração de bens e serviços correlatos ao domínio público, quando necessárias à exploração de competências públicas, devem ser feitas a título gratuito.

Se é verdade que Estados e Municípios devem tolerar gratuitamente a realização de serviços públicos federais que demandem a utilização do espaço físico de seus territórios, com muito mais razão a própria União não deveria cobrar pela exploração de suas próprias competências.

6ª Observação:

A Portaria - SPU nº 404/2012 aumenta a burocratização

A Portaria 404/2012 da SPU enseja duplicação de custos de transação: em vez de se processar e se cobrar a (supostamente devida) exação por cessão de espaço físico em água no mesmo processo voltado ao pagamento dos valores devidos à União pelo aforamento do terreno de marinha – tão necessário à construção do empreendimento quanto as instalações náuticas em águas federais --, procede-se à cobrança em outro momento, com distintos (nem sempre céleres) processos.

7ª Observação:
A Portaria - SPU nº 404/2012 onera de modo injustificado a exploração portuária

A cobrança por cessão de espaço físico em água implica (a.) a redução da competitividade do Brasil a nível mundial, em razão da oneração de custos da exploração portuária e do transporte aquaviário, aliada à (b.) inexistência de uma contraprestação de natureza comercial ou industrial da União ou de custos a justificarem a cobrança.

Obrigado



FERNANDO JOSÉ DE PÁDUA COSTA FONSECA
DIRETOR

fernando.fonseca@antaq.gov.br