

PROJETO DE DECRETO LEGISLATIVO Nº , DE 2015



Sustar o inciso II do artigo 35, do Decreto n. 8.033, de 2013, e os artigos 6.º e 7.º da Portaria 110, de 02 de Agosto de 2013, da Secretaria de Portos da Presidência da República

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º Ficam sustados o inciso II, do artigo 35, do Decreto n. 8.033, de 2013, e os artigos 6º e 7º da Portaria 110, de 2013, da Secretaria de Portos da Presidência da República, nos termos do artigo 49, inciso V, da Constituição Federal.

Art. 2º Este Decreto Legislativo entra em vigor na data de sua publicação.

JUSTIFICATIVA

O marco legal da exploração portuária em nosso País, além dos preceitos constitucionais incidentes sobre a concessão de obras e serviços públicos, é a Lei nº 12.815/2013, que estabeleceu os parâmetros para a exploração da atividade portuária sob os regimes de concessão, arrendamento e autorização da União.

A lei em comento, em seu artigo 2º, conceitua os tipos de instalações portuárias, à saber:

“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;

II - área do porto organizado: área delimitada por ato do Poder Executivo que compreende as instalações portuárias e a infraestrutura de proteção e de acesso ao porto organizado;

III - instalação portuária: instalação localizada dentro ou fora da área do porto organizado e utilizada em movimentação de passageiros, em movimentação ou armazenagem de mercadorias, destinadas ou provenientes de transporte aquaviário;

IV - terminal de uso privado: instalação portuária explorada mediante autorização e localizada fora da área do porto organizado;

V - estação de transbordo de cargas: instalação portuária explorada mediante autorização, localizada fora da área do porto organizado e utilizada exclusivamente para operação de transbordo de mercadorias em embarcações de navegação interior ou cabotagem;

VI - instalação portuária pública de pequeno porte: instalação portuária explorada mediante autorização, localizada fora do porto organizado e utilizada em movimentação de passageiros ou mercadorias em embarcações de navegação interior;



VII - instalação portuária de turismo: instalação portuária explorada mediante arrendamento ou autorização e utilizada em embarque, desembarque e trânsito de passageiros, tripulantes e bagagens, e de insumos para o provimento e abastecimento de embarcações de turismo;”

Ainda o mesmo artigo discrimina os regimes de exploração portuária, dispondo:

“concessão: cessão onerosa do porto organizado, com vistas à administração e à exploração de sua infraestrutura por prazo determinado;

delegação: transferência, mediante convênio, da administração e da exploração do porto organizado para Municípios ou Estados, ou a consórcio público, nos termos da Lei nº 9.277, de 10 de maio de 1996;

arrendamento: cessão onerosa de área e infraestrutura públicas localizadas dentro do porto organizado, para exploração por prazo determinado;

autorização: outorga de direito à exploração de instalação portuária localizada fora da área do porto organizado e formalizada mediante contrato de adesão”

Frise-se que a referida lei exige, para todas as modalidades de exploração portuária o procedimento licitatório, reportando-se, inclusive, a incidência da Lei nº 8.666/93.

Ao desdobrar a normatização das espécies de exploração portuária, a Lei dá tratamento diferenciado às autorizações estabelecendo que as mesmas dependem da realização de estudos sobre a viabilidade locacional das propostas e sua adequação às diretrizes do planejamento e das políticas do setor portuário“, e ainda, no caso de disputa entre propostas o exame, observados os princípios constitucionais pertinentes, a maior capacidade de movimentação, a menor tarifa ou o menor tempo de movimentação de carga, e outros estabelecidos no edital.

Ainda se estabelece, como requisito para a exploração portuária mediante autorização, que o autorizatório promova os investimentos necessários para a expansão e modernização das instalações portuárias, na forma do regulamento (art. 8º, 2º, II).

Vê-se, portanto, que o espírito da Lei é o de garantir ao explorador da atividade portuária que, observando-se os estudos técnicos, sua atividade se expanda sem comprometer as diretrizes estatais para o setor.

O Decreto Presidencial nº 8.033/2013, exorbitou no seu poder regulamentar ao estabelecer o limite de 25% (vinte e cinco por cento) da área originária, para ampliação da instalação portuária, localizada fora do porto organizado.

Ressalte-se que o limite fixado no decreto não o é para os chamados portos organizados e sim, para as instalações portuárias exploradas pelo regime de autorização.

O artigo 15, a Lei nº 12.815/2013, delegou ao Presidente da República, a fixação das áreas portuárias, assim dispondo:

“Art. 15. Ato do Presidente da República disporá sobre a definição da área dos portos organizados, a partir de proposta da Secretaria de Portos da Presidência da República.

Parágrafo único. A delimitação da área deverá considerar a adequação dos acessos marítimos e terrestres, os ganhos de eficiência e competitividade decorrente da escala das operações e as instalações portuárias já existentes. ”

Por sua vez, o inciso IX, do artigo 5º do mesmo diploma legal, elenca como cláusula essencial do contrato de concessão e arrendamento, a previsão de alteração e expansão da atividade e consequente modernização, aperfeiçoamento e ampliação das instalações.

Contudo, como já dito, não se trata de expansão de portos organizados, estes com áreas definidas por ato do Presidente da República. Trata o Decreto em análise, de áreas portuárias fora do porto organizado, exploradas por autorização.

Este regime, o da autorização, como vimos, admite a ampliação da

área portuária desde que não se comprometa as diretrizes estatais para o setor e, obviamente, desde que haja viabilidade econômica e ainda, desde que não haja comprometimento ambiental.

Assim, a lei exige o estudo de caso sendo completamente descabido a fixação de um parâmetro apriorístico, arbitrário.

Através do Decreto nº 8.033, art. 35, § único, inciso II, o governo introduziu severas restrições à expansão dos terminais privados localizados fora da área do porto organizado.

“Art. 35. Não dependerão da celebração de novo contrato de adesão, bastando a aprovação pelo poder concedente:

I

.....

II

.....

Parágrafo único. Sem prejuízo do disposto no caput, o poder concedente poderá, conforme disciplinado em ato do Ministro de Estado Chefe da Secretaria de Portos da Presidência da República, dispensar a emissão de nova autorização nas hipóteses de:

I.....

.....

II - a ampliação da área da instalação portuária, localizada fora do porto organizado, que não exceda a vinte e cinco por cento da área original, desde que haja viabilidade locacional. “ (grifo nosso).

Como se vê, é flagrante a restrição imposta no inciso II, do art. 35 acima, tendo em vista que a Lei n. 12.815 não estabelece nenhum limite para a

expansão de terminais, bem ao contrário, o objetivo da lei é estimular: a expansão e construção de novos terminais. Não há lógica alguma ao estabelecer que se a expansão da área original for acima do limite de 25%, a empresa titular do terminal deverá se submeter aos procedimentos no art. 8 e seguintes da Lei n. 12.815 (anúncio público da expansão, garantia do próprio empreendimento, etc.), como se terminal novo fosse.

A lei, ao contrário do que estabelece o Decreto, exige que a Autoridade Concedente, proceda, no caso das autorizações, para a apreciação da ampliação da área portuária, o exame acurado tais possibilidades técnicas e econômicas de tal pleito.

Portanto, o Decreto fere os princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade ao fixar um limite arbitrário para a possibilidade da expansão portuária realizada mediante o regime de autorização, que por sua natureza se desenvolve em área de propriedade privada, e exorbita do poder regulamentar pois estabelece condição não prevista na lei e nem dela decorrente.

Por sua vez, a Portaria SEP nº 110, de 2013, em seu artigo 6º. reiterou a restrição (de até 25%) contida no Decreto nº 8.033/13 para os terminais localizados fora da área do porto organizado, mas foi mais longe, ou seja pelo artigo 7º. vedou, ao arrepio da lei, a expansão dos terminais privados localizados dentro da área do porto organizado, *verbis*:

“Art. 6. Os requerimentos de ampliação das áreas das instalações portuárias, localizadas fora da área do porto organizado, que excedam a 25 % (vinte e cinco por cento) das áreas originais, deverão ser processados de acordo com as disposições contidas nos arts. 27 a 34 do Decreto no 8.033, de 27 de junho de 2013.

Art. 7. É vedada a ampliação da área de instalações portuárias localizadas dentro da área do porto organizado” (grifo nosso).

A ilegalidade do dispositivo não alcança os terminais anteriores à lei, pois estaria atingido direito adquirido, como para os novos e futuros terminais. Não há fundamento utilizado para propor o percentual de dos 25%.

Mas, as restrições e complexidades desestimuladoras aos empreendedores não terminam aí. O investidor terá, ainda, que aguardar a análise da SEP sobre uma alegada “*viabilidade locacional da proposta de expansão e sua adequação às diretrizes do planejamento e das políticas do setor portuário*” (art. 30, § único, do Decreto n. 8.033/13). Não existe uma explicação técnica, ou lógica, que esclareça a tal “viabilidade locacional”, uma vez que o investimento privado é que assume os resultados da viabilidade do seu próprio empreendimento.

Isto significa, por exemplo, que uma empresa que tenha um fábrica com terminal portuário próprio que necessite expandir suas instalações de terra e/ou do terminal acima de 25%, estará sujeita a disputar com terceiros o seu direito de aumentar o seu próprio complexo industrial-portuário.

É importante que se diga que, em se tratando de terminal privado, a empresa é titular do imóvel e das instalações de terra e do terminal. A restrição à expansão não se limita somente ao terminal, mas também às instalações de terra (fábrica, armazéns, etc). Com efeito e sem dúvida que a restrição em tela afeta diretamente o direito de propriedade do cidadão ou da empresa, o qual encontra-se garantido pela Constituição Brasileira, no seu art.170, inciso II.

A SEP, que é a responsável pela política de desenvolvimento dos portos, procedeu ao contrário de suas atribuições, pois não satisfeita com a restrição do Decreto, também inovou indo além da lei e do decreto. Com efeito, conforme consta no art. 7º. acima, proibiu qualquer expansão de terminal privado localizado dentro da área do porto organizado. Com essa medida, diga-se também, ilegal, a SEP usurpou não só a competência do Poder Executivo, a quem cabe regulamentar a lei (art. 84, IV, CF), mas também do próprio Congresso Nacional.

Mantida essa proibição, os terminais privados localizados dentro da área portuária, estarão fadados, entre outras desvantagens, a não poderem prorrogar o prazo de suas respectivas autorizações. É que o § 2º., do art. 8º., da Lei n. 12.815, estabelece que para ter direito a prorrogação por mais de 25 anos, o terminal terá que estar operando e que o autorizatário “*promova investimentos*

necessários para a expansão e modernização das instalações...”. Como investir e expandir os terminais se existem as duas restrições: até 25% se fora da área portuária e vedação total, se dentro da referida área.

Tais restrições configuram abuso de poder regulamentar, ao inovarem o regime jurídico disciplinado pela Lei n. 12.815, atentar contra o direito de propriedade e o de livre iniciativa, assegurados pela Constituição Brasileira. E mais contrariam, de forma expressa, os elevados propósitos da dita lei, conforme explicitados na Exposição de Motivos que acompanhou a Medida Provisória n. 595. Em seu item 2, a MP nº 595, convertida na Lei n. 12.815, asseverava que *“é importante aprimorar o marco regulatório...”*, e que estaria *“lançando novas bases para o desenvolvimento do setor portuário nacional, calcadas em regras claras e precisas, que promovam a participação da iniciativa privada com o Estado ...”*

Os dois dispositivos em apreço, não atentaram também o item 14 da MP, o qual ao referir-se aos terminais assinalou que *“... a proposta de Medida Provisória estabelece regras de direito intertemporal no capítulo destinado às disposições finais e transitórias, com vistas a garantir novos investimentos e conferir segurança jurídica aos contratos de arrendamento, contratos de adesão e aos termos de autorização. ”*

Ao ser convertida na Lei n. 12.815, o Congresso Nacional ratificou o objetivo de incentivar a expansão dos portos e terminais portuários com forte participação da iniciativa privada.

“Art. 3. 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;

II

.....

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;

IV -

.....
V - estímulo à concorrência, incentivando a participação do setor privado e assegurando o amplo acesso aos portos organizados, instalações e atividades portuárias”

E a lei teve o cuidado de preservar, também, como não poderia deixar de ser, todos os direitos dos terminais privados localizados na área do porto organizado:

“Art. 59. As instalações portuárias enumeradas nos incisos I a IV do caput do art.8o, localizadas dentro da área do porto organizado, terão assegurada a continuidade das suas atividades, desde que realizada a adaptação nos termos do art. 58”.

Os terminais privados se constituem em atividades-meio de processos produtivos e/ou de logística. A atividade-fim, ou principal, está concentrada em terra, onde se localizam todas as instalações produtivas e/ou de logística que demandam o transporte aquaviário e dos demais modais de transporte. Isto significa que a instalação de um terminal privado se processa em paralelo à montagem de unidades produtivas e/ou de logística. Quando um terminal privado se expande é para atender as necessidades geradas pela expansão dessas instalações de terra. A restrição ou proibição de expansão afetará também as unidades de terra.

Os terminais privados são proprietários ou detentores do domínio útil do terreno que ocupam, razão pela qual não podem ter o seu direito de expansão cerceado, independentemente de se localizarem dentro ou fora da área

do porto organizado.

A Constituição Federal, em seu art. 84 dá competência privativa ao Presidente da República para expedir decretos para a fiel execução da lei, estando-lhe, no entanto, vedado promover qualquer inovação ou restrição não constante da lei. A Constituição Brasileira estabelece de forma muito clara esse limite, que dispensa qualquer esforço de interpretação para o seu entendimento:

“Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

.....
.....
IV – sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;

Se assim não fosse, estariam comprometidos a competência do Congresso Nacional e o próprio Estado de Direito. Teríamos a transgressão e a ruptura da hierarquia do arcabouço legal, dado que decretos poderiam alterar leis aprovadas após todo um processo de tramitação pelo Congresso Nacional.

No caso presente, não há que se falar em “Decreto Autônomo”, ou seja, aquele editado pelo Presidente da República independentemente de lei, o qual não é admitido na nossa Constituição Federal.

Por sua vez, o Ministro dos Portos, a despeito de sua competência atribuída pelo artigo 87, II, Constituição Federal, ao expedir a Portaria n. 110, de 2013, da SEP, também exorbitou do seu poder regulamentar ao proibir a expansão dos terminais privados localizados dentro da área do porto organizado. Como a Presidente da República regulamentou a lei em apreço, através do Decreto n. 8.033, de 2013, não caberia ao Ministro dos Portos inovar o regulamento, impondo a vedação à ampliação dos terminais localizados dentro da área do porto organizado.

Por isso, é inquestionável a ilegalidade das restrições impostas pelo Decreto e pela Portaria aos terminais privados. No direito brasileiro, o poder regulamentar destina-se a explicitar o teor das leis para a sua fiel execução, *mas jamais o decreto pode operar contra legem, ultra legem ou praeter legem.*

No Brasil, não se admite mais a delegação legislativa, exceto nos casos de leis delegadas ou de medidas provisórias, prevalecendo, portanto, a primazia da lei sobre o regulamento ou outras normas infralegais se constitui em princípio, o qual fortalece a competência normativa do Congresso Nacional.

Em seu artigo 5, inciso II, a Constituição Federal estabelece que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Consequentemente, é permitido aos cidadãos e às empresas tudo aquilo que não for proibido por lei.

A situação é inversa para os agentes públicos. Estes só podem atuar previamente autorizados por lei. E a lei a que nos referimos é no sentido estrito, isto é, a norma jurídica escrita emanada do Congresso Nacional, debatida através do processo legislativo, com caráter de generalidade e obrigatoriedade. Nesse sentido decretos e portarias não inovam nada da ordem jurídica vigente, razão pela qual não podem proibir ou restringir aquilo que a lei assegura para as pessoas e empresas.

De acordo com o arcabouço jurídico brasileiro, somente a lei pode inovar o Direito, bem como obrigar alguém a fazer ou deixar de fazer, criar ou modificar direitos e obrigações, enquanto o decreto, não. A este cabe, apenas, regulamentar a lei, sem inovar a lei.

Em relação à competência do Congresso Nacional de sustar atos normativos do poder executivo, o Supremo Tribunal Federal proferiu:

“O abuso do poder regulamentar, especialmente nos casos em que o Estado atua contra legem ou praeter legem, não só expõe o ato transgressor ao controle jurisdicional, mas viabiliza, até mesmo, tal a gravidade desse comportamento governamental, o exercício, pelo Congresso Nacional, da competência extraordinária que lhe confere o art. 49, V, da Constituição da República e que lhe permite ‘sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar (...)’. Doutrina. Precedentes (RE 318.873-AgR/SC, rel. min. Celso de

Mello, v.g.). Plausibilidade jurídica da impugnação à validade constitucional da Instrução Normativa STN 01/2005." (AC 1.033-AgR-QO, rel. min. Celso de Mello, julgamento em 25-5-2006, Plenário, DJ de 16-6-2006).

Por todas essas razões expostas e em respeito aos Direito, à hierarquia das leis e à competência privativa dos Poderes, impõem-se a sustação dos dispositivos acima referidos como medida necessária para o bem do Sistema Portuário Nacional.

Sala das Sessões,

Senador **RICARDO FERRAÇO**