

PROJETO DE DECRETO LEGISLATIVO Nº 375 , DE 2015

Sustar os efeitos da Portaria Nº 404, de 2012, da Secretaria de Patrimônio da União.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º Fica sustada a Portaria 404, de 28 de dezembro de 2012, da Secretaria de Patrimônio da União nos termos do artigo 49, inciso V, da Constituição Federal.

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

JUSTIFICATIVA

A Portaria n. 404, de 28 de dezembro de 2012, da Secretaria de Patrimônio da União – SPU, estabelece normas e procedimentos para a instrução de processos visando à cessão de espaços físicos em águas públicas e fixa parâmetros para o cálculo do preço público devido, a título de retribuição à União.

A SPU NÃO TEM COMPETÊNCIA SOBRE ÁGUAS PÚBLICAS

A SPU não tem competência sobre águas públicas, conforme consta no Decreto nº 8.189, de 21 de janeiro de 2014, que aprovou a Estrutura Regimental

do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, que fixou, de forma clara e expressa que a competência da SPU é sobre os imóveis da União:

“Art. 41. À Secretaria do Patrimônio da União compete:

*I - administrar o patrimônio **imobiliário** da União e zelar por sua conservação; ...”.* (grifo nosso)

A despeito da farta legislação que dispõe sobre bens imóveis da União, editada a partir do Decreto Lei n.º 9.760, de 1946, em nenhum dos demais diplomas legais se referem à delegação à Secretaria de Patrimônio da União – SPU para normatizar sobre a cessão de espaços físicos em águas públicas e fixar parâmetros para o cálculo do preço público a ser cobrado dos cessionários.

A Lei n. 9.636, de 1998, que, entre outras disposições, tratou do espaço físico em águas públicas, não fixou os parâmetros para o cálculo do preço do serviço, que é matéria reservada à lei, bem como a Presidência da República também se omitiu na regulamentação dessa matéria.

O Decreto n. 3.725, de 2001, que regulamentou a Lei n. 9.636, de 1998, dispõe única e exclusivamente sobre **bens imóveis** da União, sem qualquer menção. Não há nenhuma referência sobre águas públicas.

Segundo o Código Civil de 2002, art. 79, são bens **imóveis**, o solo e tudo quanto se lhe incorpora natural ou artificialmente.

E, ainda, o art. 99 do Código Civil de 2002 define o que são bens públicos:

Art. 99. São bens públicos:

I – os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças:

II – os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias;

III – os dominicais que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades”.

Se houvesse tal delegação, os parâmetros para cobrança deveriam estar estabelecidos em Lei (base de cálculo e percentual), conforme fez o Decreto Lei. n.º 9.760/1946, no art. 101, ao fixar a base de cálculo e o percentual para os aforamentos.

E mais: havendo delegação, a competência para regulamentar a Lei seria, no caso de águas públicas, seu uso e cobrança, seria do Presidente da República por força do art. 84, inciso IV, da Constituição Federal.

Essa exigência decorre do princípio da legalidade administrativa (art. 37 da CF). Tal cobrança deveria ser proporcional aos custos incorridos pelo órgão público na eventual prestação de um serviço.

ÁGUA NÃO É IMÓVEL - “Imóvel”, segundo Plácido e Silva do latim *immobilis* (que não se move), na terminologia jurídica este vocábulo é especialmente empregado para designar os bens imóveis (*res immobilis*), também denominados bens de raiz, *in* “Vocabulário Jurídico”.

Como é óbvio água não é imóvel. O grande pensador Heráclito (535 a.c.) deixou a famosa frase: *“ninguém pode entrar duas vezes no mesmo rio, pois quando nele se entra novamente, não se encontra as mesmas águas, e o próprio ser já se modificou”.*

Os rios e mares constituem patrimônio do povo. Não é bem

dominical. O Estado não pode se apropriar desse bem para fazer receita, exceto se prestar algum serviço.

O que a SPU pretende é apossar-se das águas públicas para cobrar um valor sem causa e sem qualquer prestação de serviços aos terminais.

INEXISTE DELEGAÇÃO À SPU

A Lei nº 9.636/1998, ao tratar do espaço físico em águas públicas, não delegou à SPU a competência para ceder e cobrar pelo referido espaço. Por sua vez, o Decreto n. 3.725, de 2001, que regulamentou a Lei n. 9.636, de 1998, dispõe única e exclusivamente sobre bens imóveis da União, sem qualquer menção. Não há nenhuma referência sobre águas públicas.

A competência da SPU sempre foi como ainda é restrita a bens imóveis da União, a qual insiste em confundir imóvel com água.

Se houvesse tal delegação, os parâmetros para cobrança deveriam estar estabelecidos em Lei (base de cálculo e percentual), conforme fez o Decreto Lei n.º 9.760/1946, no art. 101, ao fixar a base de cálculo e o percentual para os aforamentos.

A COMPETÊNCIA HISTÓRICA PARA AUTORIZAR TERMINAIS SEMPRE FOI DO MINISTÉRIO DOS TRANSPORTES. HOJE É DA SEP E DA ANTAQ.

A Lei nº 11.518, de 2007, que criou a SEP, giza de forma expressa essa competência:

Art. 3º A Seção II do Capítulo I da Lei no 10.683, de 28 de maio de 2003, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 24-A:

Art. 24 - A. À Secretaria Especial de Portos compete assessorar direta e imediatamente o Presidente da República na formulação de políticas e diretrizes para o desenvolvimento e o fomento do setor de portos e terminais portuários marítimos e, especialmente, promover a execução e a avaliação de medidas, programas e projetos de apoio ao desenvolvimento da infraestrutura e da superestrutura dos portos e terminais portuários marítimos, bem como dos outorgados às companhias docas.

.....
.....

§ 2o As competências atribuídas no caput deste artigo à Secretaria Especial de Portos compreendem:

.....
.....

III - a aprovação dos planos de outorgas;

.....
.....

V - o desenvolvimento da infraestrutura e da superestrutura aquaviária dos portos e terminais portuários sob sua esfera de atuação, visando à segurança e à eficiência do transporte aquaviário de cargas e de passageiros.

.....
.....

Por sua vez, a Lei nº 10.233, de 2001, que criou a ANTAQ, alterada pela Lei nº 11.518, de 2007, assim dispõe:

*Art. 14. O disposto no art. 13 aplica-se
segundo as*

diretrizes.....

III – Dependência de autorização:

.....

g) a construção e exploração de Estações de Transbordo de Cargas;

h) a construção e exploração de Instalação Portuária Pública de Pequeno Porte;

.....

..... ” (NR)

Art. 23. Constituem a esfera de atuação da

ANTAQ:

.....

II - os portos organizados e as Instalações Portuárias Públicas de Pequeno Porte;

III - os terminais portuários privativos e as Estações de Transbordo de Cargas;

.....

..... ”

Art. 27. Cabe à ANTAQ em sua esfera de

atuação:

.....

XXII – autorizar a construção e a exploração de terminais portuários de uso privativo, conforme previsto na Lei n. 8.630, de 1993;

.....

..... ”

PROBLEMAS PARA A NAVEGAÇÃO

Sem dúvida a portaria em apreço afeta também a navegação, pois a embarcação em movimento, atracado ou fundeado, estará ocupando um espaço em águas públicas.

Questiona-se se a embarcação terá que pagar pelo espaço que ocupa? Evidente que não, pois o Código de Águas, de 1934, ao tratar do uso da água, já regravava que o uso das águas públicas se deve realizar sem prejuízo da navegação (art. 37 do Decreto 24.643, de 10/7/34).

PORTOS ORGANIZADOS E TERMINAIS PORTUÁRIOS SÃO REGIDOS POR LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA. A LEI N. 12.815 (MARCO REGULATÓRIO DA ATIVIDADE PORTUÁRIA) CONTRARIA A PORTARIA N. 404 DA SPU

Uma portaria, como os demais atos normativos da esfera do Poder Público, pode, no máximo, orientar a atuação dos gestores públicos na execução dos serviços que lhes competem, mas jamais regulamentar uma Lei ou lhe introduzir inovações.

Não sendo Lei, a Portaria não pode criar novas obrigações, segundo direito e garantia fundamental assegurados pela nossa Carta Magna:

Art.5

.....
.....

II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma em virtude de lei;.....”

Se órgãos públicos subordinados ao Poder Executivo tivessem autonomia para legislar ou mesmo regulamentar Leis, criando obrigações e ônus financeiros para os cidadãos, teríamos a desestruturação da hierarquia do arcabouço

legal e o amesquinamento do próprio Direito. Importante também será atentar para o art. 4º da Portaria nº 404 da SPU, que assim determina:

“Esta Portaria não se aplica às estruturas náuticas contidas na poligonal dos portos organizados, que deverão observar legislação específica”.

A ”legislação específica” mencionada pela Portaria é constituída pela Lei n.º 10.233, de 2001, que criou a ANTAQ, pela Lei n.º 11.518, de 2007, que criou a SEP; e pela Lei n.º 12.815, de 2013, que regula a exploração e a instalação dos portos organizados e das instalações portuárias privadas.

Ora, conforme um dos princípios da hermenêutica jurídica, “se a Lei pode o mais, pode o menos”. Ou seja, se a existência de legislação específica determinou a exclusão do porto organizado, que é o mais, do escopo da portaria da SPU, o terminal portuário, que é o menos, também deve ser excluído.

Sem economizar na confusão regulatória que a SPU promoveu, é válido observar que no seu § único do art. 19 da Portaria n. 404/12, excluí todas as instalações portuárias, arrendadas ou autorizadas de sua incidência, conforme abaixo:

“Art. 19.....

*Parágrafo Único. Em se tratando de áreas destinadas 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**”.*(grifo nosso)

Está claro que a SPU excluiu os portos e as demais áreas, das disposições da referida Portaria n. 404/12, a saber: o art. 4 e § único do art. 19.

Importantíssimo destacar que a Lei n. 12.815/2013, principal marco regulatório do setor portuário, em seu artigo 11, § Único, desconsidera a Portaria 404 da SPU, exige do interessado apenas o que se segue:

“Art. 11. 11.

.....
.....

Parágrafo Único: O interessado em autorização de instalação portuária deverá apresentar título de propriedade, inscrição de ocupação, certidão de aforamento, cessão de direito real ou outro instrumento jurídico que assegure o direito de uso e fruição do respectivo terreno, além de outros documentos previstos no instrumento de abertura”.

Portanto, qualquer exigência do contrato de cessão de espaços físicos em águas públicas referido na Portaria n.º 404, é ilegal.

NEM O PRESIDENTE DA REPÚBLICA TEM COMPETÊNCIA, ATRAVÉS DE DECRETO, PARA ALTERAR LEI, CRIAR DIREITOS OU OBRIGAÇÕES, OU INOVAR O DIREITO.

Segundo o art. 84 da Constituição Federal, que trata das atribuições do Presidente da República, assim redigido:

“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;...”.

Este preceito constitucional determina que o Presidente, ao publicar um decreto, deve subordinar-se integralmente à Lei, não podendo alterá-la e nem lhe agregar inovações. Se incidir nesse erro o Presidente estará exorbitando do seu poder regulamentador.

Quando isso ocorre, e se ocorrer, o Congresso Nacional tem competência para sustar atos presidenciais que exorbitem do poder de regulamentar, conforme dita o artigo 49, inciso V, da Constituição Brasileira:

“Art.49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

.....
.....
V – sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa;...”

É o caso presente. E com maior razão, dado que o ato normativo partiu de uma Secretaria. **PORTARIA NÃO É LEI!** Constitui-se em mero ato normativo para transmitir instruções de um órgão público aos respectivos servidores, e jamais poderá colidir com Leis e Decretos ou criar obrigações pecuniárias.

A ORDEM ECONÔMICA REQUER SEGURANÇA JURÍDICA

É mais do que sabido que os Regulamentos infra legais não podem inovar, contrariar Leis, nem impor restrições que não tenham sido nelas previstas.

A Administração Pública não tem competência para legislar sobre matéria que constitucionalmente compete ao Congresso Nacional. Trata-se da chamada Reserva da Lei, que requer lei formal para certas matérias, ou seja, ato normativo emanado do Congresso Nacional elaborado de acordo com o processo legislativo, especialmente nas questões que envolvem a livre iniciativa, direito de propriedade, criação de encargos, etc.

No caso em tela, além da notória ilegalidade dos dispositivos

apontados, evidencia-se uma contradição clara entre os propósitos da Lei e as restrições impostas pela Portaria. A segurança jurídica é princípio fundamental e indispensável para um Estado Democrático de Direito.

A constante mudança dos marcos regulatório das atividades econômicas e o desrespeito à hierarquia das Leis geram insegurança nos negócios. Este estado de incertezas e de surpresas acarreta a elevação dos custos, aumentam os passivos, as desvantagens competitivas, as perdas de postos de trabalho, a diminuição na arrecadação de tributos e afastam os investimentos que tanto o Brasil necessita.

Isto posto e em face da flagrante ilegalidade da norma, é imperioso sustar a Portaria n. 404, de 28 de dezembro de 2012 da Secretaria de Patrimônio da União, bem como seus efeitos.

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 a preservação da ordem constitucional.

Sala das Sessões,

Senador **RICARDO FERRAÇO**

(À Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania)