



AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS

Parecer Técnico nº 68/2021/GRP/SRG

Assunto: Item 3.6 da Agenda Regulatória biênio 2020-2021. Análise e Diagnóstico acerca do Espelho D'água nos portos organizados. Resultado final da instrução técnica

1. INTRODUÇÃO

1. Este documento tem por objetivo trazer uma visão sistemática da análise das contribuições da sociedade no âmbito da Audiência Pública nº 17/2021, ora avaliadas individualmente no Relatório nº 12/2021/GRP/SRG (SEI 1443588).
2. Contempla também a recomendação final técnica e conclusiva para o cumprimento do item 3.6 da Agenda Regulatória Biênio 2020-2021.
3. Lembrando que o escopo do supracitado item não era uma normatização da matéria, apenas uma análise e diagnóstico do problema, listando possíveis soluções.

2. DA SÍNTESE DAS CONTRIBUIÇÕES DA PRÉVIA PARTICIPAÇÃO SOCIAL

4. No Relatório nº 12/2021/GRP/SRG (SEI nº 1443588) montamos a análise individual das contribuições resultantes da Consulta e Audiência Públicas nº 17/2021, iniciada no dia 26/07/2021, com término no dia 17/09/2021.
5. De forma mais resumida e sintética, é possível identificar diversas alegações comuns, quais sejam:

- I - ilegalidade da cobrança, em face de inconstitucionalidade, dentro ou fora do porto organizado, segundo alegações que o espelho d'água é um bem de uso comum do povo;
- II - dúvidas sobre a jurisdição da Secretaria de Patrimônio da União (SPU) sobre o espelho de água dentro do porto organizado;
- III - potenciais reflexos para os contratos de arrendamento vigentes no porto organizado;
- IV - possibilidade da existência um *bis in idem* na cobrança;
- V - cuidados para que as operações e a segurança do transporte não sejam afetados;
- VI - possibilidade de investimentos serem pactuados com a autoridade portuária para viabilizar a exploração do espelho d'água.

6. É o breve relatório.

3. DISCUSSÃO DOS RESULTADOS DAS CONTRIBUIÇÕES

3.1. **Papel da autoridade portuária, Legalidade da cobrança. Natureza do bens envolvidos. Divisibilidade da cobrança**

7. A questão da legalidade da cobrança já havia sido avaliada no Relatório de AIR 21 (SEI 1203446), mas cabe aqui um complemento, em face das novas alegações trazidas pela Consulta Pública. Lembrando que a AIR inclusive analisou a inaplicabilidade das normas da Secretaria de Patrimônio da União ao caso.

8. Sendo assim, não pode prosperar essa tese, em face das questões abordadas a seguir.

3.1.1. *Publicatio*

9. Do ponto de vista constitucional, eloquente a Emenda nº 46/2005, no art. 20 da Carta da República, *in verbis*:

Art. 20. São bens da União:

(...)

IV - as ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países; as praias marítimas; as ilhas oceânicas e as costeiras, excluídas, destas, as que contenham a sede de Municípios, **exceto aquelas áreas afetadas ao serviço público e a unidade ambiental federal**, e as referidas no art. 26, II; [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 46, de 2005\)](#).

10. O texto original do constituinte da década de 1980 não fazia menção às áreas afetadas ao serviço público, agora integrantes desse rol de bens da União. A Constituição, entretanto, foi além da mera propriedade desses bens, conferindo direitos de guarda (incluindo a tutela e a exploração econômica) e o poder de polícia sobre eles.

11. Segundo a melhor doutrina de Eros Grau (2008), nem tudo que foi reservado pela Constituição ao Estado (chamado por ele de *publicatio*) é, evidentemente, serviço público. O art. 20 da Carta Maior apenas indicaria, para ele, a titularidade estatal, que poderá ser exercida pelo privado, pois não são reservadas à administração pública. É o caso do setor portuário. Não há qualquer lei ou regulamento que expresse a vontade do poder público em elevar a gestão da atividade portuária como serviço público.

12. A [Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001](#), pelo contrário, definiu o transporte aquaviário como de relevante interesse coletivo, ao ditar os princípios gerais e criar a ANTAQ. Vejamos trechos pertinentes:

Art. 11. O gerenciamento da infra-estrutura e a operação dos transportes aquaviário e terrestre serão regidos pelos seguintes princípios gerais:

I – **preservar o interesse nacional** e promover o desenvolvimento econômico e social;

II – assegurar a unidade nacional e a integração regional;

(...)

Art. 20. São objetivos das Agências Nacionais de Regulação dos Transportes Terrestre e Aquaviário:

(...)

II – regular ou supervisionar, em suas respectivas esferas e atribuições, **as atividades de prestação de serviços** e de exploração da infra-estrutura de transportes, exercidas por terceiros, com vistas a:

a) garantir a movimentação de pessoas e bens, em cumprimento a padrões de eficiência, segurança, conforto, regularidade, pontualidade e modicidade nos fretes e tarifas;

b) harmonizar, **preservado o interesse público**, os objetivos dos usuários, das empresas concessionárias, permissionárias, autorizadas e arrendatárias, e de entidades delegadas, arbitrando conflitos de interesses e impedindo situações que configurem competição imperfeita ou infração da ordem econômica. (grifo nosso)

13. A Lei de criação da ANTAQ é deveras convincente ao prescrever caber à Agência regular "as atividade de prestação de serviços ... exercidos por terceiros", sem qualquer menção à "serviço público". Ora, terceiros não prestam serviço público - são prestados pelo próprio Estado, direta ou indiretamente (por delegação aos concessionários e permissionários). E não sendo serviços públicos, não seriam

remunerados pelos tributos, isto é, não são "gratuitos" - serão onerosos, ou franqueados pelo prestador estatal (excepcionalmente, de alguma maneira subsidiada).

14. De fato, concordamos que a área do porto organizado é um bem público, como visto logo no art. 2º, I da [Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013](#):

Art. 2º 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; (grifo nosso)

15. A recente qualificação, porém, não outorgou propriedade ao Estado, nem delegou serviço público ou garantiu gratuidades no uso do patrimônio estatal. Ela APENAS reforça a dicotomia histórica (desde 1822, quando Dom João VI abriu os portos às nações amigas) entre o porto estatal e porto privado, pois o bem público, assim qualificado, no porto estatal, só se pode destinar ao uso "não-privativo" ou alinhado "com o interesse coletivo" – vale dizer, ao "uso público"-, implicando a impossibilidade da exploração puramente sob ótica privada (ou mesmo desalinhada de uma função social ou das políticas públicas federais) das instalações nele situadas. O bem público do art. 2º, I da Nova Lei dos Portos revela, acima de tudo, o papel do Estado na cadeia de transporte aquaviário e o posicionamento estatal frente aos seus cidadãos.

16. Na verdade, em tal caracterização, numa interpretação mais sistemática e teleológica, cabem duas visões que se complementam mutuamente. Se tomada em um sentido econômico, significa que o porto organizado consiste em um conjunto de elementos fixos (bens de capital) que realizam uma finalidade de interesse coletivo, necessárias à produção de um serviço e mercadorias. Assim, ainda que composto por bens integrantes do patrimônio particular do ponto de vista do Direito Societário (das entidades estatais de direito privado), o porto organizado teria uma destinação pública maior (justificando, portanto, os subsídios da cabotagem pelo longo curso, por exemplo). Se tomada em sentido do direito público, se extrai que não podem e não devem ser afastados os princípios republicanos que cercam a coisa pública e os direitos dos usuários dessa utilidade, tais como o de não receber tratamento discriminatório, de igualdade de oportunidades e condições, transparência, previsibilidade, preservação do meio ambiente, zelo pela integridade do bem público, continuidade e regularidade, seleção isonômica e ainda o direito ao livre acesso (desde que remunerado).

3.1.2. ***Res communes e a Res publicae***

17. Já no Direito Romano se fazia referência aos bens públicos. Falava-se, então, em *res nullius*, como *extra commercium* (fora do comércio) e *res derelictae* (coisas abandonadas), dentro as quais se incluíam as *res communes* (o ar, mares, estuários e rios, disponíveis constantemente para usufruto da comunidade), ou seja, insuscetíveis de apropriação privada, inalienáveis, embora sujeitos à regras de uso (geralmente bens que eram, pela sua natureza, incapazes de apropriação, isto é, exclusão de uso por mecanismos de preços, por exemplo). Fazia contraponto com as *res publicae* (terras novas ou recém descobertas, os objetos tomados dos inimigos em guerra e animais selvagens) e *res universitatis* (fóruns, ruas e praças).

18. Sabemos que os bens públicos, de acordo com o art. 99 da [Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 \(Código Civil\)](#), se revelam sob três formas básicas:

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.

19. Descabido aqui um debate retórico sobre natureza de cada tipologia. Todos são de titularidade estatal, mas, nitidamente, *in casu*, não estamos diante da *res communes*. Dentro da área do porto organizado, o espelho de água não pode ser apropriado privativamente, mas também não pertence a todos e não é de uso universal. A autoridade portuária, por outro lado, tem o direito de guarda (incluindo a exploração) desse bem, exercendo a função de supervisão e gestão.

20. Na verdade, em breve aparte dentro desta Nota Técnica, é bastante descabida essas figuras do mundo jurídico tradicional para o caso em questão. Vigora no setor portuário o Modelo *Landlord Port*, desde 1934. A autoridade portuária não é dona dos bens públicos associados, não tem a propriedade. Ela tem sim o *directum dominiun*, isto é, um direito de senhorio das áreas, de domínio sobre as terras e aquavias, incluindo a possibilidade de arrendá-las (*dominium utile*) ou mesmo de operar diretamente.

21. Esse entendimento alinha-se com parecer da Advocacia Geral da União, em consulta formulada pela Secretária de Políticas Portuárias à Assessoria Jurídica junto à Secretaria de Portos:

Parecer n. 00158/2015/ASJUR-SEO/CGU/AGU

"31. Importante esclarecer, quanto ao ponto, que existe a possibilidade de um terreno privado estar incluído na poligonal, desde que o direito de exploração do mesmo esteja regularizado em nome da União, Administração Portuária, ou demais entes delegatários. Isso porque, conforme já salientado linhas atrás, é a destinação do bem ao serviço público que irá determinar sua sujeição ao regime público, não sendo essencial para a inclusão do bem na poligonal que o mesmo seja de propriedade da União, Administração Portuária, ou demais entes delegatários. Ou seja, é possível haver desapropriação da área, entretanto essa não é a única forma de inclusão regular de imóvel privado dentro da poligonal.

32. Nesse contexto, primeiro a União, Administração portuária, ou demais entes delegatários devem ter o direito de explorar o bem, para só então incluir a área dentro dos limites da poligonal."

22. Nesse modelo, a Autoridade Portuária DEVE explorar a área do porto organizado, maximizando seu uso econômico, aumentando a sua vantagem para a sociedade. A isenção de cobrança, nesse panorama, é fortemente atípica. A Nova Lei dos Portos aponta nesse sentido logo no seu início e continua no art. 17, II e IV:

Art. 1º Esta Lei regula a exploração pela União, direta ou indiretamente, dos portos e instalações portuárias e as atividades desempenhadas pelos operadores portuários.

(...)

Art. 17. A administração do porto é exercida diretamente pela União, pela delegatária ou pela entidade concessionária do porto organizado.

§ 1º Compete à administração do porto organizado, denominada autoridade portuária:

(...)

II - assegurar o gozo das vantagens decorrentes do melhoramento e aparelhamento do porto ao comércio e à navegação;

(...)

IV - arrecadar os valores das tarifas relativas às suas atividades;

23. O conceito de *Landlord Port* nasceu nos países de tradição hanseática, cujos portos se desenvolveram baseados numa figura de autoridade pública (*port authority*) atuando apenas na oferta de instalações comerciais para o segmento privado, com influência regional ou local, visando atrair negócios e atividades econômicas para a sua área de atendimento, ordenando, assim, o uso do solo de sua propriedade. A titularidade é pública (no Brasil, da União, por força a CF88, art. 22, XII, "f"), e áreas operacionais e não afetas à operação podem ser atribuídas para o setor privado por meio de contratos administrativos (que possuem uma natureza híbrida, isto, público e privado). A função da autoridade pública dentro do porto organizado é, principalmente, de supervisão e coordenação local, provendo a infraestrutura menos sujeita à possibilidade de exclusão, como a aquaviária e a terrestre. Nesse modelo, há uma estreita parceria entre o público e o privado. A exploração privativa de parcelas da "área do porto

organizado”, permanecendo o Poder Público como gestor da grande área condominial e dos acessos comuns, a chamada “administração portuária” de cada porto. Além disso, é pessoa jurídica de direito privado. **É o Estado na função de empresário (não aquele provedor de bens comuns), atuando onde os mercados são incompletos** (vide conceito de mercado incompleto na teoria econômica).

24. Tal enquadramento está em linha com o modelo desenhado pelo Banco Mundial (WORLD BANK, 2012) para um porto Público-Privado, conforme o quadro a seguir.

Quadro 1 - Modelos de exploração portuária, conforme a atividade

Modelo Portuário	Regulamentação e Supervisão	Gestão de Áreas Comuns	Gestão de Áreas de Uso Restrito	Operação Portuária
Público	Pública	Pública	Não há	Pública
Quase-Público	Pública	Pública	Não há	Privada
Público-Privado	Pública	Pública	Privada	Privada
Quase-Privado	Pública	Privada	Privada	Privada
Privado	Privada	Privada	Privada	Privada

25. Nesse cenário, administração portuária não presta serviço público - é mera atividade econômica de relevante interesse coletivo, conforme nos ensina o art. 173 da Constituição Federal:

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

26. Retomando a análise da legalidade, o critério utilizado pelo Código Civil é o da destinação ou afetação dos bens: a primeira categoria é destinada, por natureza ou por lei, ao uso coletivo. O da segunda, ao uso da Administração, para consecução dos seus objetivos, como os imóveis onde estão instaladas as repartições públicas; os da terceira não tem destinação pública definida, razão pela qual podem ser aplicadas para obtenção de renda (é o caso das terras devolutas, e dos terrenos de marinha) (DI PIETRO, pg. 817).

27. No entanto, pelo parágrafo único do art. 99 do Código Civil de 2002:

Parágrafo único. Não dispondo a lei em contrário, consideram-se dominicais os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado.

28. A redação do dispositivo permite concluir que, nesse caso, a destinação do bem é irrelevante, a menos que a lei disponha em sentido contrário. Vale dizer que a lei instituidora da pessoa jurídica pode estabelecer a categoria dos bens, consoante a sua destinação. Nesses, existe o domínio privado do Estado, abrangendo os bens dominicais. Tradicionalmente, os bens dominicais comportam uma função patrimonial ou financeira, porque se destina a assegurar rendas ao Estado, em oposição aos demais bens públicos, que são afetados para uma destinação de interesse geral; a consequência disso é que a gestão dos bens dominicais não é considerada serviço público, mas uma atividade privada da Administração. Claro que os bens dominicais, em uma perspectiva mais ampla, também atendem a fins de interesse geral e são administrados no benefício de todos, mas, podem ser cedidos a particulares para fins alinhados ao interesse público (o comércio internacional, por exemplo, gerador de muitos tributos aduaneiros).

29. Veja, mesmo que o espelho d’água fosse bem de uso comum do povo (hipótese colocada aqui apenas para argumentar), caberia cobrança, como consta do art. 103 do Código Civil:

Art. 103. O uso comum dos bens públicos pode ser gratuito ou retribuído, conforme for estabelecido legalmente pela entidade a cuja administração pertencerem.

30. Por outro lado, para além do art. 2º, I da Nova Lei dos Portos, extraímos uma conclusão maior: os bens de entidades da Administração Indireta nem sempre serão públicos. Em algumas situações, há bens estatais privados, ainda que inseridos em um regime diferenciado (domínio público impróprio). É essa a situação dos bens de certas empresas estatais que – por desvio histórico, pode-se dizer – assumiram serviços ou exercício de poder de polícia (no lugar das autarquias).

31. Ainda no tocante à redação do Código Civil atual (art. 99, II), houve uma sutil, porém, relevante alteração redacional quanto às disposições do Código Civil de 1916 (art. 66, II). Enquanto a legislação passada se referia a bens de uso especial como aqueles “*aplicados*” em serviço ou estabelecimento da Administração Pública federal, estadual, territorial ou municipal, incluindo as autarquias, na legislação em vigor se faz menção a bens “*destinados*” a serviço ou estabelecimento. Aparentemente, a leve modificação textual estendeu o conceito de bens de uso especial para abarcar objetos que ainda não estejam sendo efetivamente aplicados em serviço ou estabelecimento, mas tenham sido direcionados para tanto. Se existe um bem destinado a serviço ou estabelecimento e devidamente afetado a tanto, o fato de o bem ainda não ter sido realmente empregado não permite que a entidade proprietária possa tratá-lo como um bem público de uso comum. Bastará a afetação ao serviço ou ao estabelecimento, a despeito do uso administrativo ter-se iniciado, para que o objeto entre em regime protetivo e seja considerado bem de uso especial.

32. Por fim, para além desse debate, o fato de o Código Civil ter dividido a categoria dos bens públicos em três tipos distintos suscita uma indagação: seria possível enquadrar um mesmo bem em mais de uma categoria? Um bem poderia ser afetado ao uso comum, ao uso especial e dominical simultaneamente? Parece ser esse o nosso caso, condição que não afasta a cobrança, como vimos no art. 103 do Código Civil.

33. Aliás, ao contrário, [Lei nº 10.233, de 2001](#), é clara: os usuários devem pagar pelos serviços, pelo menos os custos:

Art. 11. O gerenciamento da infra-estrutura e a operação dos transportes aquaviário e terrestre serão regidos pelos seguintes princípios gerais:

(...)

IV – assegurar, sempre que possível, que os usuários **paguem pelos custos dos serviços** prestados em regime de eficiência;

3.1.3. **Serviços *ut singuli* e *ut universi***

34. O espelho de água, para os efeitos destes estudos, não é todo o mar navegável. Nesse ponto faço retificação ao parágrafo 2.2 do Relatório de AIR. Trata-se de pequena parcela da área do porto organizado, área não terrestre.

35. A própria Nova Lei dos Portos não limita a tipologia de superfície, seca ou molhada. Diz assim:

Art. 2º Para os fins desta Lei, consideram-se:

(...)

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;

36. Ressalto a menção expressa à área (superfície delimitada por pontos geográficos), instalações e infraestrutura, incluindo acesso.

37. Nessa ótica, por comparação e analogia, é razoável a cobrança apartada do espelho, desde que específica e divisível, já que a tarifa portuária não possui natureza de taxa (PINHEIRO & MONTEIRO, 2021). Aliás, no contexto portuário, o preço, ao contrário da taxa, sempre se refere a um serviço efetivamente prestado e usufruído a qualquer título, isto é, depende de uma contraprestação efetiva. É serviço específico e divisível, prestado ao usuário mediante remuneração justa e razoável, pagamento de tarifa ou de preço.

38. Simplificadamente, no direito comparado e nos termos dos arts. 77 e 79 do [Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 \(Código Tributário Nacional\)](#), a tarifa ou preço pode existir quando:

- I - é possível identificar o usuário (ou grupo) do serviço público, de forma quantificável;
- II - serviço pode ser individualizado, ou seja, quando um cidadão utiliza de forma separada dos outros.

39. Não pode ser cobrado, via tarifa portuária, por exemplo, o fornecimento de guarda portuária, porque não seria específica e divisível. Todos se beneficiam de forma não quantificável ou individualizada. Nesse caso, o serviço deve ser financiado por todos, proporcionalmente, pois está associado a um custo indireto. Não é o caso do espelho de água.

40. Ademais, as tarifas portuárias, aquelas das administrações portuárias, dada a natureza de preço público (não de taxa), em tese, são facultativas¹, isto é, em relação a elas, prevalece a autonomia da vontade².

41. O requisito da divisibilidade defendido por Hely Lopes Meirelles (2002) endossa a visão clássica, expressa nos normativos da ANTAQ, que existem serviços *ut singuli* e os *ut universi*. Divisível (*ut singuli*) é o serviço com usuário determinado, que pode ser dividido em unidades autônomas de beneficiários. Nessa linha, divisível é aquele serviço de interesse imediato do indivíduo, pois, se o benefício é da coletividade, deveria ser remunerado de outra maneira. É o caso do espelho de água.

3.2. Inexistência de dupla cobrança e de prejuízos operacionais. Aplicabilidade imediata da RN 32/2019 e da Res. 48/2021

42. Não deve prosperar também qualquer hipótese relativa a uma potencial dupla cobrança, isto é, pelos mesmos fatos geradores.

43. A [Resolução Normativa ANTAQ nº 32, de 9 de maio de 2019](#) torna claro os fatos geradores das Tabelas I (Acesso Aquaviário) e II (Acostagem), não se confundindo com a matéria em tela. Há uma repartição inclusive de custos e obrigações da administração portuária em face do art. 17 e art. 18 da [Lei nº 12.815, de 2013](#).

44. Temos diante do Regulador um fato gerador distinto, embora equivalente à ocupação de área de fundeio: uso de áreas para operação. Quem paga a Tabela I e II é o armador. Quem pagará o Espelho D'água é o operador ou o requisitante da infraestrutura, como, por exemplos, os navio de regaseificação, que poderiam deixar de estar cobertos pela norma de Registro e serem convolados como nova modalidade de exploração em espelho de água (a [Resolução Normativa ANTAQ nº 13, de 10 de outubro de 2016](#), se presta mais às instalações precárias, de baixo investimento e pouco maquinário, ao contrário dessas operações, que são de maior vulto econômico).

45. Na [Resolução Normativa ANTAQ nº 32, de 2019](#), o espelho de água encontra previsão nas Tabelas 6 e 7, conforme o Anexo I da norma (vide abaixo).

Quadro 2: Anexo I da RN 32/2019
ANEXO I - NOMES PADRONIZADOS DOS GRUPOS TARIFÁRIOS

Grupo	Nome Padronizado	Tabela	Produtos Relacionados
1	Infraestrutura de Acesso Aquaviário	I	Aquavias, abrigos, áreas de fundeio, canais e bacias de evolução, balizamento, sinalização e gerenciamento do acesso dentro da área do porto organizado.
2	Instalações de Acostagem	II	Terminais, cais, píeres, pontes de atracação, boias de amarração, dolphins e a infraestrutura acessória ou contígua.
3	Infraestrutura Operacional ou Terrestre	III	Estradas, rodovias e ferrovias, incluindo o arruamento, pavimentação, sinalização e iluminação, acessos e áreas de estacionamento.

Grupo	Nome Padronizado	Tabela	Produtos Relacionados
4	Movimentação de Cargas	IV	Transporte vertical ou horizontal de carga dentro da área do porto organizado, incluindo recebimento, conferência, condução interna, abertura de volumes para conferência aduaneira, manipulação, arrumação e entrega, bem como o carregamento ou descarga de embarcações.
5	Utilização de Armazéns	V	Uso de áreas livres ou construídas para armazenagem, além dos serviços de guarda e conservação de mercadorias importadas, a exportar ou em trânsito, depositadas sob sua responsabilidade, incluindo o recebimento, abertura para conferência aduaneira, pesagem das mercadorias avariadas
6	Utilização de Equipamentos	VI	Aluguel ou requisição de uso de aparatos ou dispositivos operacionais.
7	Diversos Padronizados	VII	Transações de natureza diversa não enquadráveis nas tabelas anteriores, padronizadas, ligadas à atividade portuária.
8	Uso Temporário e Arrendamento Realizado com Base em Estudos Simplificados	VIII	Tarifa devida pelos contratos de uso temporário e arrendamentos realizados com base em estudos simplificados.
9	Complementares	IX	Transações de natureza diversa não enquadráveis nas tabelas anteriores, não padronizadas pela Antaq, porém ligadas à atividade portuária.

46. Na inexistência de um equipamento (Tabela VI) próprio da autoridade portuária (um ancorador ou um flutuante, por exemplo), aplica-se, do Anexo II da [Resolução Normativa ANTAQ nº 32, de 2019](#), a Tabela VII, conforme abaixo.

Quadro 3: Anexo II da RN 32/2019

Tabela VII - Diversos Padronizados*	
Devido pelo requisitante	
ITEM	FORMA DE INCIDÊNCIA
1	Pela entrega de água potável, através de tubulação, à embarcação ou consumidor instalado na área do porto, por m ³ por mês ou fração.
2	Pela entrega de energia elétrica:
2.1	à embarcação ou consumidor instalado na área do porto, por kWh por mês ou fração;
2.2	para contêiner refrigerado ou para unidade refrigeradora tipo <i>clip-on</i> , por dia ou fração.
3	Pelo carregamento ou descarga de mercadoria em veículo de terceiros, por tonelada de carga.
4	Pela pesagem de mercadoria carregada em veículo de terceiros, por veículo de transporte.
5	Pela pesagem de tara de veículos de terceiros, por veículo de transporte.
6	Pela pesagem de mercadorias carregadas em vagões ou outros veículos, por tonelada ou fração.
7	Pelo controle, conferência, termo de vistoria ou verificação de peso no recebimento ou na entrega de mercadoria ou carga, por tonelada ou fração.
8	Pela retirada de amostra no recebimento na entrega de mercadoria ou carga, por amostra.
9	Pela consolidação ou desconsolidação de contêiner, por unidade.
10	Pela utilização de área em armazéns com fins diversos à armazenagem, por m ² , por dia.
11	Pela utilização de área em pátios, por m ² , por dia
12	Pelo fornecimento de certidões ou certificados, por unidade.
13	Pelo cadastramento de veículos de transporte, para trânsito na área do porto organizado, por veículo.
14	Pela utilização de área coberta em caráter temporário e precário para o atendimento ou apoio à operação portuária, por m ² , por dia.
15	Pela utilização de área descoberta em caráter temporário e precário para o atendimento ou apoio à operação portuária, por m ² , por dia.
16	Guarda como fiel depositário de mercadorias em áreas arrendadas ou públicas, por dia.

Tabela VII - Diversos Padronizados*	
17	Guarda como fiel depositário de mercadorias em áreas arrendadas ou públicos, por % do valor CIF da mercadoria.
18	Pelos serviços de amarração e desamarração de embarcações, por embarcação atracada e por manobra
19	Pela inspeção não invasiva de cargas containerizadas, por contêiner inspecionado.
20	Pela retirada de resíduos sólidos não perigosos do cais, por hora.

*As tarifas desta tabela remuneram os atendimentos prestados pela Administração do Porto no fornecimento de água e de energia elétrica, na atracação, desatracação e deslocamento das embarcações ao longo do local de acostagem e, ainda, quaisquer prêmios de natureza diversa ou não enquadrados nas tabelas anteriores.

47. A modalidade 15 da Tabela VIII, destacada em amarelo, se presta ao caso de espelho de água. A autoridade portuária poderia segmentar o item 15, esmiuçando em submodalidade, até o quarto nível, se desejar. Uma submodalidade para áreas descobertas em terra, e outra para áreas descobertas em água. Exemplo:

Quadro 4: Exemplo hipotético para um porto genérico

Tabela VII - Diversos Padronizados	
Devido pelo requisitante	
ITEM	FORMA DE INCIDÊNCIA
15	Pela utilização de área descoberta em caráter temporário e precário para o atendimento ou apoio à operação portuária, por m ² , por dia.
15.1	Em terra
15.1.1	nas áreas primárias
15.1.2	nas retroáreas
15.2	Em espelho d'água
15.2.1	para cargas originadas no longo curso
15.2.2	para cargas originadas na cabotagem

48. As demais modalidades da Tabela VII também se aplicariam ao espelho de água, pois não se limitam à área terrestre.

49. Supondo que a ANTAQ proceda com a regulamentação da exploração via contratos, poderemos inserir novas modalidades para ocupação de áreas na Tabela VIII (Anexo II da [Resolução Normativa ANTAQ nº 32, de 2019](#)). Até lá, podemos aplicar, como referência, as métricas constantes das modalidades dos itens 1 e 3, conforme abaixo.

Quadro 5: Anexo II da RN 32/2019

Tabela VIII - Uso Temporário e Arrendamento Realizado com Base em Estudos Simplificados	
Devido pelo contratado	
ITEM	FORMA DE INCIDÊNCIA
1	Pelo uso temporário de área para movimentação ou armazenagem de cargas não consolidadas, por m ² , por mês ou fração.
2	Pelo uso temporário de área para movimentação ou armazenagem de cargas destinadas à plataforma <i>offshore</i> , por m ² , por mês ou fração
3	Pelo uso de área para movimentação ou armazenagem de cargas, por m ² , por mês ou fração.
3.1	Áreas primárias (com acesso à berço)
3.1.1	Sítio padrão
3.1.2	Sítio padrão positivo
3.1.3	Sítio padrão negativo
3.2	Retroáreas (sem acesso à berço)
3.2.1	Sítio padrão
3.2.2	Sítio padrão positivo
3.2.3	Sítio padrão negativo

50. De qualquer forma, todas essas modalidades servem tanto para áreas operacionais como não operacionais. A RN 32/2019 aplica-se para todas as áreas comuns do porto.

51. A segurança jurídica para investimentos em área comum do porto organizado, preocupação do setor manifestada na Consulta Pública, é garantida pelo aproveitamento dos modelos econômicos previstos pela ANTAQ, quais sejam:

I - **revisão tarifária extraordinária** (art. 15, I, "b" da [Resolução Normativa ANTAQ nº 32, de 2019](#)): oportunidade de repactuação de custos diretos e novos investimentos na expansão da infraestrutura portuária de uso comum, com a aquisição ou construção de ativos, a serem remunerados pelo incremento de receita tarifária; e

II - **antecipação de receitas tarifárias** (art. 3º da Resolução ANTAQ nº 48, de 13 de julho de 2021): acordo firmado com os beneficiários, para fins de realização de investimentos imediatos na infraestrutura custeada pela tarifa.

52. Esse entendimento alinha-se ao recente precedente da Agência materializado no **Acórdão Nº 492-2021-ANTAQ** (SEI 1422490), ao analisar caso concreto no Porto de Itaguaí / RJ, conforme abaixo:

"I - responder à consulta formulada pela Companhia Docas do Rio de Janeiro (CDRJ), por meio da Carta 78/2020/SUPGAB-CDRJ/DIRPRE-CDRJ, nos seguintes termos:

a) cabe a implantação e operação de terminal flutuante "*ship-to-ship*", para operações de transbordo de petróleo na área de fundeio do Porto de Itaguaí/RJ, na modalidade de uso público, mediante cobrança pela utilização da infraestrutura portuária;

b) os investimentos podem ser realizados com recursos obtidos por meio da antecipação de receitas tarifárias, desde que observado o disposto no artigo 42-B do Decreto 8.033/2013 e demais dispositivos normativos aplicáveis;

c) a regulação do uso de espelho d'água nos portos organizados integra a agenda regulatória 2020/2021 da ANTAQ (Processo nº 50300.022366/2020-85), cuja Análise de Impacto Regulatório foi concluída e atualmente encontra-se em fase de consulta e audiência pública, havendo proposta de edição de ato normativo para regulamentar o uso de espelhos d'água nos portos organizados para atividades operacionais e não operacionais;"

3.3. Nova forma de ocupação e exploração

53. Primeiramente, é preciso reafirmar que estamos tratando exclusivamente de uma matéria relacionada aos portos organizados, sem qualquer reflexo em ambiente diverso. Essa ressalva já existe no Relatório de AIR 21 (SEI 1203446).

54. Ademais, acrescento e deixo claro que a regulação em tela não tem como alvo os contratos existentes, isto é, a remuneração pactuada em contratos não será modificada em função da análise desta questão. É dizer, a priori, o arrendamento de berços já inclui o espelho d'água adjacente. Descabida a cobrança adicional à título de espelho d'água nos portos organizados para os existentes contratos de exploração de áreas, desde que incluída na equação econômica-financeira dos projetos e no valor de arrendamento os berços e as respectivas áreas molhadas adjacentes, como, em geral, está.

55. Nesse contexto, a [Lei nº 12.815, de 2013](#), a Nova Lei dos Portos, prevê expressamente as seguintes formas de exploração:

I - Portos organizados: contratos de concessão, arrendamento e de uso temporário;

II - Fora do porto organizado: contratos de adesão, autorizando o terminal de uso privado, a estação de transbordo de cargas, a instalação portuária pública de pequeno porte mais a instalação portuária de turismo.

56. A exploração de áreas não afetas à operação encontra abrigo no marco setorial:

[Lei nº 12.815, de 2013](#)

Art. 19. A administração do porto poderá, a critério do poder concedente, explorar direta ou indiretamente áreas não afetadas às operações portuárias, observado o disposto no respectivo Plano de Desenvolvimento e Zoneamento do Porto.

57. A exploração de áreas não operacionais está igualmente prevista no art. 25 do Decreto do Portos ([Decreto nº 8.033, de 27 de junho de 2013](#)):

Art. 25. As áreas não afetadas às operações portuárias e suas destinações serão previstas no plano de desenvolvimento e zoneamento do porto.

§ 1º Para a exploração indireta das áreas referidas no **caput**, a administração do porto submeterá à aprovação do poder concedente a proposta de uso da área. ([Incluído pelo Decreto nº 9.048, de 2017](#)).

58. Por outro lado, fato importante é a inovação promovida pela [Lei nº 14.047, de 23 de agosto de 2020](#), ao incrementar as competências da ANTAQ na [Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001](#), a saber:

Art. 27. Cabe à ANTAQ, em sua esfera de atuação:

(...)

XXIX - regulamentar outras formas de ocupação e exploração de áreas e instalações portuárias não previstas na legislação específica.

59. O uso temporário nasceu de uma iniciativa da ANTAQ, posteriormente incorporado na Nova Lei dos Portos.

60. Na [Resolução Normativa ANTAQ nº 7, de 31 de maio de 2016](#), para além da Nova Lei dos Portos, temos ainda, nos portos organizados, o Contrato de Transição (subespécie de contrato emergencial, porém, com a mesma natureza de um arrendamento), o contrato de passagem (que possui a natureza de cessão de servidão), a cessão de uso onerosa (para áreas não operacionais) e cessão de uso não onerosa (para entidades governamentais ou paraestatais). Na [Resolução Normativa ANTAQ nº 13, de 2016](#), temos o registro de instalações portuárias de apoio (fora do porto organizado), cuja quantidade, em 2021, superou os títulos autorizativos.

61. Nítido o papel exercido pelo Órgão Regulador na ampliação de novas oportunidades de ocupação portuária, colaborando com o desenvolvimento nacional mediante a geração de renda pela atividade de transporte aquaviário, com reconhecidas externalidades positivas para a sociedade. Desde que a ANTAQ foi criada, o setor portuário cresce sempre acima do PIB anual, em termos percentuais. O setor bate recorde constantemente. Desde a edição da Nova Lei dos Portos, quando a ANTAQ ganhou novas prerrogativas de fiscalização, a produtividade, a qualidade e a competitividade do setor portuário crescem.

62. A ocupação do espelho d'água está inserida nesse contexto maior. Nos portos organizados, tende a constituir nova forma de exploração portuária, a ser regulamentada pela ANTAQ na [Resolução Normativa ANTAQ nº 7, de 2016](#) (ou a norma que lhe substituir) visando ocupação privativa de áreas de espelho d'água, mediante a pactuação de contratos com a administração portuária. Nada obstante, o esforço dessa produção normativa está além do escopo da presente Agenda Regulatória Biênio 2020-2021, sendo necessária nova rodada de estudos e oitavas com o mercado.

63. Sem querer impedir novos negócios, até que fique aprovado o regulamento dessa nova forma de exploração portuária mediante contratos, a Superintendência de Outorgas da ANTAQ poderá apreciar casos concretos, a serem aprovados previamente pela Diretoria. Sugere-se, nesse interregno, tomar como referência a normatização aplicada aos contratos de uso temporário, exceto o prazo contratual (não haveria o limite de vigência 48 meses, já que tal restrição deveria estar na lei ou em regulamento próprio) e a natureza da carga (não haveria o limite de carga não consolidada, podendo servir a qualquer perfil e demanda de carga, inclusive passageiros).

64. A aplicabilidade transitória da norma de uso temporário é adequada, inclusive sob os aspectos contemporâneos, desburocratizantes e garantidores da isonomia na escolha do contratado. A ANTAQ pode aprovar uma tarifa para constar na estrutura tarifária do porto, dispensando os EVTEAs. Outros aspectos sobre investimentos, dispensa de licitação, anuência do poder concedente, cláusulas contratuais mínimas, planejamento prévio (PDZ), previsibilidade aos interessados (com divulgação de áreas previstas) e chamamento público. Essa solução libera os investimentos imediatos e represados ora existentes, com segurança jurídica.

65. Sugere-se, provisoriamente, que o novo instituto chame-se **Contrato de Superfície em Águas** ou **Contrato de Espaço Molhado**.

4. CONCLUSÕES

66. Assim, concluindo o mérito, compreende-se que as contribuições não apresentaram informações suficientes para alterar a solução apontada inicialmente. Nada obstante, a solução apontada pela setorial técnica atende aos princípios da legalidade, da proporcionalidade, da razoabilidade, da motivação, da segurança jurídica, da eficiência e especialmente do interesse público e coletivo.

67. Após a apreciação das contribuições da participação social, recomenda-se manter inalterada a conclusão prévia desta setorial. O Relatório de AIR 21 (SEI 1203446) não precisa de alteração ou complemento, já que a Consulta não gerou novas alternativas. A solução proposta pelo AIR maximiza o bem-estar social e o interesse público e coletivo.

68. Lembrando que o presente item da Agenda Regulatória não se propunha a apresentar normativos para a matéria, mera análise e diagnósticos:

Item 3.6 da Agenda Regulatória Biênio 2020-2021: Análise e diagnóstico da necessidade de regulação acerca da cobrança, pela Autoridade Portuária, para o uso do “Espelho D’água” localizado nas áreas dos portos organizados.

69. Em síntese, o diagnóstico técnico indica:

I - A presença de fundamentos legais e fatos geradores correspondentes à cobrança específica e divisível sob o título de ocupação do espelho d’água nos portos organizados, dado que esse bem está sob domínio da autoridade portuária, afetado e destinado à atividade econômica delegada à autoridade portuária, sujeito à rivalidade e exclusão. Há evidente compatibilidade com o ordenamento jurídico e com o usos e costumes;

II - Inaplicáveis as portarias da Secretaria de Patrimônio da União, no tocante ao espelho de água dentro da área do porto organizado. Competências exclusivas da Agência Nacional de Transportes Aquaviários como regulador da atividade e na tutela dos respectivos bens;

III - A exploração do espelho d’água nos portos organizados é atividade regulada e fiscalizada pela ANTAQ, podendo ocorrer mediante o regime de uso público ou de contratos para uso exclusivo, privativo, em área operacionais ou não afetas à operação, respeitado o Plano de Desenvolvimento e Zoneamento, desde que não impacte negativamente a logística da operação portuária e a segurança do transporte aquaviário;

IV - Nos portos organizados, não há impedimentos, desde já, para a ocupação do espelho d’água com vistas à exploração de área em regime de uso público, mediante a cobrança de tarifa portuária, a ser aprovada previamente pela ANTAQ, desde que seja obedecida a estrutura padronizada, as respectivas modalidades tarifárias e os procedimentos e regras que constam na [Resolução Normativa ANTAQ nº 32, de 2019](#);

V - As autoridades portuárias poderão apresentar projetos de investimentos na área comuns dos portos organizados para viabilizar a exploração em regime público,

para aprovação da ANTAQ, mediante o pleito de revisão tarifária extraordinária ou de antecipação de receitas tarifárias, nos termos das normas específicas da Agência;

VI - Nos portos organizados, constitui-se potencialmente como nova forma de exploração portuária, a ser regulamentada pela ANTAQ na [Resolução Normativa ANTAQ nº 7, de 2016](#), visando ocupação privativa de áreas de espelho d'água, mediante a pactuação de contratos firmados com a administração portuária. Sugere-se, provisoriamente, que o novo instituto chame-se Contrato de Superfície em Águas ou Contrato de Espaço Molhado;

VII - Até que fique aprovado o regulamento da nova forma de exploração portuária mediante contratos, em autos apartados, a ANTAQ poderá apreciar e aprovar previamente os casos concretos, tomando como referência a normatização aplicada aos contratos de uso temporário, exceto os limites de prazo e de tipologia de carga, dispensada a licitação; e

VIII - comunicar ao Ministério da Infraestrutura a respeito da decisão.

5. ENCAMINHAMENTOS

70. Com esse entendimento, retornamos os autos para consideração superior, reiterando as conclusões técnicas anteriores.

71. Encaminho os documentos que fazem parte desta instrução:

I - Relatório de AIR 21 (SEI nº 1203446), aos moldes do [Decreto nº 10.411, de 30 de junho de 2020](#);

II - Exploração de Motivos SEI nº 1203056;

III - Relatório nº 12/2021/GRP/SRG (SEI nº 1443588) contendo análises das contribuições da Consulta e Audiência Públicas nº 17/2021;

IV - Parecer Técnico nº 68/2021/GRP/SRG (SEI nº 1445532), contendo a proposta final para a agenda.

72. Por fim, após a aprovação, recomenda-se dar como cumprido o item da Agenda supracitado.

73. É o parecer.

NOTAS e REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. [STA 710 MC, rel. min. presidente **Joaquim Barbosa**, dec. monocrática, j. 31-5-2013, DJE 106 de 6-6-2013.] A Súmula 545 está atrelada às constituições precedentes que previam o princípio da anualidade, não repetido na Constituição de 1988. A facultatividade caracterizadora de tarifas ou de preços públicos é o regime jurídico à qual a exação está sujeita, isto é, se se trata de serviço público primário e de prestação obrigatória pelo Estado (ou exercício de poder de polícia, e.g., na forma de fiscalização), trata-se de tributo (cf., e.g., o AI 531.529 AgR, rel. min. **Joaquim Barbosa**, Segunda Turma, DJe de 07.10.2010 e o RE 181.475, rel. min. Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ de 25.06.1999). Os próprios precedentes citados na inicial, sobre o Adicional de Tarifa Portuária - ATP, confirmam essa assertiva (a ATP foi caracterizada invariavelmente como tributo, ora da espécie contribuição de domínio econômico, ora como taxa).

2. [ADI 800, rel. min. **Teori Zavascki**, P, j. 11-6-2014, DJE 125 de 19-7-2014.] 6. Segundo a jurisprudência firmada nessa Corte, o elemento nuclear para identificar e distinguir taxa e preço público é o da compulsoriedade, presente na primeira e ausente na segunda espécie, como faz certo, aliás, a Súmula 545: "Preços de serviços públicos e taxas não se confundem, porque estas, diferentemente daqueles, são compulsórias e têm sua cobrança condicionada à prévia autorização orçamentária, em relação à lei que as instituiu". Esse foi o critério para determinar, por exemplo, que o fornecimento de água é serviço remunerado por preço público (...). Em suma, no atual estágio normativo constitucional, o pedágio cobrado pela efetiva utilização de rodovias não tem natureza tributária, mas sim de preço

público, não estando, consequentemente, sujeita ao princípio da legalidade estrita. 8. Ante o exposto, julgo improcedente o pedido formulado nesta ação direta de inconstitucionalidade.

3. WORLD BANK, The. **Port Reform Took Kit PPIAF - Module 6: Port Regulation: Overseeing the Economic Public Interest in Ports**. 2ª edition. 2012. Disponível em: <https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/library/port-reform-toolkit-ppiaf-world-bank-2nd-edition>. Acesso em 18/08/2021.

4. GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. Editora Malheiros, 2008.

5. PINHEIRO, Bruno de Oliveira. MONTEIRO, Sandro José. **“Regulação tarifária e expansão das autorizações: dois avanços, lado a lado, da Lei no 10.233, de 2001”** in Direito e Infraestrutura: Portos e Transporte Aquaviário - 20 anos da Lei nº 10.233/2001”. Editor Fórum. 1ª Edição. 2021. Disponível em <https://digital.editoraforum.com.br/livro/direito-e-infraestrutura-4251/1>.

5. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 29ª edição. Rio de Janeiro. Editora Forense, 2016.

7. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 27ª edição, atualizada por Eurico de Andrade Azevedo. São Paulo, Editora Malheiros, 2002.



Documento assinado eletronicamente por **Sandro Jose Monteiro, Especialista em Regulação de Serviços de Transporte Aquaviários**, em 08/10/2021, às 12:09, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no § 1º, art. 6º, do Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015.



Documento assinado eletronicamente por **Fabiane Santos de Mello, Especialista em Regulação de Serviços de Transporte Aquaviários**, em 08/10/2021, às 12:12, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no § 1º, art. 6º, do Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015.



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site <http://www.antaq.gov.br/>, informando o código verificador **1445532** e o código CRC **95CA8F8E**.