

COMPETÊNCIA MUNICIPAL PARA A CRIAÇÃO DE PORTOS DE LAZER*

GILBERTO D'ÁVILA RUFINO
Procurador Geral do Município de Florianópolis

Os portos de recreio como fenômeno jurídico recente

A navegação nos seus primórdios dependia de portos naturais formados no recôncavo abrigado de uma baía ou enseada.

Só mais tarde apareceram as primeiras obras portuárias propriamente ditas, a princípio cais rudimentares que facilitavam o transbordo de mercadorias e só posteriormente os diques que melhoravam a superfície de água abrigada.

Enquanto, durante séculos desenvolveram-se as instalações portuárias, apenas com função comercial, de defesa ou pesqueira, os portos de recreio ou lazer com a vocação específica de permitir a prática dos esportes náuticos são fato recente. Até a pouco tempo o iatismo se praticou na dependência das raras instalações de clubes de regata e vela, e na utilização eventual de cais públicos rudimentares das cidades litorâneas.

Esse fenômeno explica a ausência de um regramento legal próprio à utilização dos espaços marítimos na criação de portos artificiais adequados ao lazer humano.

No entanto, o incremento na construção e a demanda por iates de recreio e turismo exigirá cedo a realização de obras de infra-estrutura para apoio dessa atividade sob pena de prosperarem os fundeios e a estiva anárquica das embarcações.¹

Para as autoridades navais, **marina** "é o conjunto de instalações necessárias aos serviços e comodidades dos usuários de um pequeno porto, destinados a prestar apoio às embarcações de recreio" (item 4.6 da PORTOMARTINST n. 318.301, de 12.7.83, da Diretoria de Portos e Costas, do Ministério da Marinha).

Não é fácil, porém, definir o estatuto jurídico dos portos de recreio, ou marinas, do Direito Brasileiro. Inexiste um conjunto de regras que definam claramente as condições que devam cercar essas utilizações do domínio público marítimo, nem tampouco definição sobre os direitos e obrigações dos usuários.

Como sabido, competências administrativas sobre os espaços litorâneos repartem-se entre os três níveis federativos. Os poderes da União são

* Tese apresentada ao XIV Encontro Nacional de Procuradores Municipais – Florianópolis 27 a 31.3.88.

¹ Sobre os problemas que gera esse tipo de uso desorganizado da orla marítima, vide a **Revista Environnement et Cadre de Vie**, Paris, Ministère de L'Environnement et du Cadre de Vie, n. 10, julho-agosto/80, p. 32.

exercidos notadamente pelas autoridades navais e portuárias bem como pelo Serviço do Patrimônio da União órgão do Ministério da Fazenda ao qual incumbe a gestão dos bens públicos federais. Enquanto isso aos Municípios compete regular a ocupação e uso racional do solo, definindo as zonas construtíveis e os padrões a serem observados pelas edificações, criando outrossim os logradouros públicos necessários para o funcionamento das cidades. Além disso, tem a administração municipal o encargo de promover a preservação ambiental concorrentemente às autoridades estaduais.

Todavia, para determinar o tempo, modo e natureza da intervenção dos Poderes Públicos na criação de portos de lazer na orla marítima, impõe-se não apenas recorrer ao sistema legal vigente, coligindo nas leis esparsas as referências necessárias, mas também é preciso buscar no Direito Comparado algumas indicações sobre os pressupostos das utilizações do domínio público marítimo nesses casos.

O iatismo como objeto do gerenciamento costeiro

A pressão que o iatismo exerce atualmente sobre a orla marítima na América do Norte ou na Europa revela que a vulgarização dos esportes náuticos merece atenção da Administração Pública. Já dissemos alhures que sobre o litoral convergem utilizações freqüentemente conflitantes que o Poder Público tem por missão ordenar². A disputa sobre os espaços litorâneos se dá, p. ex., entre o banhista sequioso por águas límpidas e o pescador que depende das praias para estiva das embarcações e desembarque do pescado ou conserto das redes. O atrativo natural que as regiões costeiras exercem para atividades turísticas, exige de outra parte a preservação de aspectos da paisagem, a conservação de sítios pitorescos, e a defesa da qualidade das águas.

Ora, indubitavelmente a construção de portos de lazer com a alteração do domínio público natural, através da construção de diques e realização de aterros sobre o mar, não deve ocorrer de forma selvagem, sob pena desse conflito potencial entre as atividades humanas na orla marítima eclodir incontroladamente.

O surgimento recente dessa demanda pela construção de marinas, felizmente permite a tempo conceber-se uma política administrativa que possibilite conciliar tanto quanto possível os interesses que se disputam na orla marítima.

Na Europa já foi observado que à pesca artesanal em declínio, sucede, o advento do iatismo de recreio, tendendo ao turismo exercido como atividade sazonal típica, a reanimar tradicionais estações pesqueiras com outro ritmo e aspecto. Esse reencontro das populações urbanas com o mar encontra na França dois milhões de praticantes da navegação de recreio (**navigation de plaisance**) que freqüentam os duzentos e oitenta **ports de plaisance** (dois terços dos quais criados nos últimos dez anos).³ Desses portos, cento e oitenta deles foram construídos mediante

² Gilberto d'Ávila Rufino. **Proteção Jurídica do Litoral**. Ensaio no **Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo, ed. NDS, ano II, março/86 (pp. 186-190).

³ **Guide Touristique du Littoral Français**, Paris, ed. Bordas, 1983, 510 pp (p.27).

concessão de obra pública, feitas na sua maior parte aos próprios municípios (71%). Apenas onze por cento dos portos concedidos, foram realizados por empresas privadas.⁴

Aspectos econômicos e administrativos na criação de marinas públicas

A par de favorecerem o turismo às marinas públicas podem representar uma fonte autônoma de recursos para as municipalidades litorâneas. No departamento francês da Charente-Maritime foi desenvolvido um plano para o lazer náutico com ênfase na criação de portos de recreio. Segundo os responsáveis pelo porto de Boyardville situado na comuna de St. Georges d'Oléron, que conta apenas duzentos e vinte lugares e cuja construção custou 3.07 bilhões de francos, o empreendimento em nada onera os contribuintes, porém proporciona lucro à municipalidade que percebe os direitos de trânsito fixados em quinze francos diários. Na mesma região, no Porto des Minimes que dispõe de 2.500 pontos de atracação, o estacionamento de uma embarcação no período de um ano pode custar até doze mil francos. O plano náutico do departamento prevê, inclusive, o reaproveitamento dos portos de pesca artesanal abandonados (**le Douhet**).⁵ No afã de corretamente ordenar essas atividades é concebida no plano a utilização de abrigos naturais para a prática do "camping" náutico, e a instalação de equipamentos leves como "poitas" ou bóias flutuantes protegidas, e bem assim dispositivos permitindo a estiva a seco das embarcações e locais dotados de instalações sanitárias. Tudo isso comprovando que o nautismo não é mais um lazer de ricos, porém uma preferência: **une question de choix**.

Também a "Marina da Glória" no Rio de Janeiro, foi construída pelo Município no ano de 1979 com esse espírito de popularizar os esportes náuticos, "abrindo aos cariocas uma possibilidade mais barata que as atuais para lançarem seus barcos ao mar" (**Revista Vela Motor**, encarte, fevereiro/79, p.2). A obra deveria ser complementada por mais seis congêneres no Estado, o que atenderia ao desenvolvimento da náutica desportiva no País. Com capacidade para 280 embarcações, admite-se apenas a permanência temporária (três meses renováveis) com intuito de impedir fato semelhante ao que ocorre no late Clube do Rio de Janeiro onde sessenta por cento dos barcos não são usados há mais de dois anos, e alguns chegando "ao absurdo de estarem parados há 20 anos". É sabido, porém, que a subutilização da infraestrutura ligada aos esportes náuticos é um fenômeno mundial que preocupa os construtores de embarcações, os quais para enfrentá-lo sugerem a prática do esporte no regime de copropriedade das embarcações.

De qualquer modo na Marina da Glória uma percentagem de vagas ficou destinada exclusivamente aos navegadores em trânsito que pagam apenas a estadia fixada em valor variável segundo a classificação da embarcação. O acesso público foi assegurado ao longo dos cais e do

⁴ **Revista Environnement et Cadre de Vie**, op. Cit., p.33.

⁵ Op. Cit., idem, p.32.

molhe, bem como em todas as dependências e equipamentos como bar e lanchonete e lojas comerciais.

Esse empreendimento pela sua natureza é indicador válido para um projeto similar que se intente realizar na Ilha de Santa Catarina.

A competência municipal no ordenamento de atividades portuárias tem fundamento na tutela do uso comum da orla marítima

A lei orgânica dos Municípios do Estado de Santa Catarina (Lei Complementar 5/75), inclui como matéria de peculiar interesse municipal, a construção de cais para a acostagem de embarcações (art. 5º, XIX), atribuindo outrossim às autoridades locais a regulamentação da utilização dos logradouros públicos em geral (inc. XXXVIII do art. 5º).

Esse dispositivo tem fundamento no poder sempre reconhecido às Câmaras Municipais para não só regulamentar e autorizar quaisquer obras particulares sobre o mar sejam aterros, diques ou cais, como também para edificar trapiches e embarcadouros com vistas ao exercício da pesca e da navegação de transporte.

É de se mencionar nesse sentido o Dec. 6.460 de 2.5.44, que facultava aos Municípios a construção e exploração de instalações portuárias rudimentares com finalidade comercial.

Mas também a competência municipal nessa matéria está ancorada no dever de tutelar o uso comum da orla marítima, para garantir que os espaços naturais litorâneos realizem sua utilidade pública inerente.

O uso comum da orla marítima foi preconizado em repetidas Ordens Régias, pelas quais a Coroa Portuguesa, proibindo a apropriação privada do litoral, objetivava tanto a defesa do território conquistado, quanto o livre acesso ao mar para o exercício de atividades navais e pesqueiras.

Essa legislação do período colonial originou o Dec. 4.105 de 22.2.1868 que, além de aperfeiçoar o conceito de terreno de marinha regulando o processo de sua concessão aos particulares, tratou também dos aterros e outras obras particulares sobre o mar e rios navegáveis.

O Dec. 4.105 de 22.2.1868, determinava que quaisquer pedidos de concessão para realização de obras particulares sobre o mar, seriam encaminhados aos Presidentes das Províncias, através das Câmaras Municipais, as quais realizariam exame prévio em face do alinhamento, da regularidade dos cais e edificações, da servidão e logradouros públicos, ou de outros interesses municipais. De acordo com o art. 2º desse Decreto as Câmaras Municipais deveriam informar circunstanciadamente e emitir a sua opinião sobre a possibilidade e vantagens da concessão. Dizia o parágrafo único desse Decreto-lei que "as Câmaras Municipais terão muito em atenção os planos e projetos de obras gerais e municipais ou logradouros públicos estabelecidos ou que seja conveniente estabelecer na localidade".

Mas além do direito das Câmaras sobre fazer objeções em tal sentido, o art. 20 do Dec. 4.105, criou um sistema de controle recíproco dos interesses defendido pelas Capitânicas dos Portos ou pelas Câmaras Municipais, estabelecendo que nenhuma poderia consentir quaisquer construções, aterros e obras sobre o mar, ou sobre os terrenos do

domínio público, sem concessão, ou contra o modo e condições autorizadas nas licenças de outra: "... fazendo-se logo efetivas contra os transgressores as penas de multa e demolição das obras, cominadas no mesmo Regulamento e Posturas".

Aliás, jamais foi legitimadamente contestado o poder de polícia edilício sobre as praias e os terrenos de domínio público hídrico (terrenos de marinha, e seus acrescidos, dunas e mangues), e por isso sempre se entendeu necessária a licença municipal para a construção de trapiches, cais e embarcadouros.

Mas, além disso, sempre ficou ressalvado o poder das Câmaras Municipais para reclamarem os terrenos de marinha necessários para a formação de logradouros públicos, como dispunha o art. 51 da Lei de 15.11.1831 (à Lei 3.348 de 20.10.1887 transferia também às Câmaras Municipais das Províncias o direito de aforar os terrenos de marinha).

É por isso que o direito mais recente, como norma do art. 100, "d" do Dec.-lei 9.760/46, estabelece que o aforamento de terras da União não ocorrerá sem ouvida das Prefeituras Municipais, quando se tratar de terreno situado em zona que esteja sendo urbanizada.

Porquanto, tratando-se de utilização privativa das coisas públicas, incontestavelmente as conveniências municipais sobrepõem-se aos interesses da arrecadação de receita com a alienação do domínio útil (aforamento) desses bens.

Mas a liberalidade da União evidentemente está condicionada pelo uso a que normalmente devam ser destinados os terrenos e espaços aquáticos da orla.

A utilização dos espaços naturais litorâneos, como leito e as margens do mar, está sujeita à polícia do domínio público, exercida de forma concorrente pelas esferas federais, pelas autoridades marítimas, portuárias e fazendárias, e no âmbito local pelas Prefeituras Municipais.

Tratando-se de bens que compõem o domínio público em virtude da sua vocação natural, os terrenos justa-marítimos são em regra insuscetíveis de apropriação individual, e então a rigor não poderiam ser jamais desviados dessa função de utilidade pública, por qualquer ato formal de desclassificação ou desafetação. Marcelo Caetano, mestre do Direito Administrativo, afirmou peremptoriamente que esses espaços "cuja dominialidade resulta do direito eminente de domínio incluído na Soberania e que constituem o que se pode chamar domínio natural, sendo por natureza objeto de fruição comum por todos os homens, não carecem de desafetação e não são suscetíveis de ser desafetados do regime dominial".⁶

Os usos comuns do domínio público podem ser imediatos, ordinários ou extraordinários, predominantes ou acessórios. O trânsito, a navegação, os banhos em águas públicas, são uso comuns ordinários do domínio público, que, inclusive independem de licença. Mas a liberdade de cada um é limitada seja pela natureza da própria coisa, seja pelo respeito que se deve aos direitos dos demais usuários.

⁶ CAETANO, Marcelo. **Princípios Fundamentais de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Forense, 1977, 563 pp. (415)

O uso comum do litoral e sua natureza jurídica

Considera-se que um bem público é de uso comum implica em admitir que possa ser exercido por uma massa suficientemente ampla de pessoas: todos podem ir à praia ou circular pelas ruas (regra de generalidade). Evidentemente que quando a coisa pública não comporta utilização simultânea por vários indivíduos, o direito pertence ao primeiro que a ocupar: a primeira embarcação a atracar (regra da igualdade). Normalmente impera a regra da liberdade do uso das águas públicas, não estando sujeita à autorização, a circulação nas águas públicas e estiva das embarcações de pesca ou lazer sobre as praias (regra da liberdade). Porém, a regra da gratuidade da utilização dos espaços marítimos pode ceder ante à necessidade de disciplinar o uso e por isso como acentua o mestre Marcelo Caetano nada obsta que sejam instituídas taxas: "Também a acostagem de navios aos cais, o estacionamento nas águas de um porto, a colocação de embarcações em rampas ou varadouros, e a própria entrada de pessoas nas áreas dos portos artificiais podem ser sujeitos ao pagamento de taxas".⁷

A atracação permanente de embarcações constitui um uso extraordinário de logradouro público, e por isso deve ser condicionado à maneira permanente, pode assumir a face de um uso extraordinário quando a atracação em trapiches ou a ancoragem nos portos de comércio, ou a amarração em docas por tempo indefinido ou prolongado, implica em embaraço ou modificação da utilização ordinária.

Há uso comum extraordinário sempre que a utilização do domínio pelos particulares tenha o mesmo caráter de uso comum ordinário mas o exceda em intensidade, estando por isso sujeita a um especial regime de polícia e, em regra condicionada por autorização.

Uma coisa pública é suscetível de vários usos comuns, ordinários e extraordinários. Assim a orla marítima serve não apenas à navegação, mas à pesca, à prática de esportes aquáticos e à balneabilidade. Os usos recreativos, cedem evidentemente ante aos imperativos da produção de alimentos através da pesca e da aquacultura.

Enquanto isso, pesca é considerada utilização acessória em relação à navegação, definida como uso predominante. Evidentemente essa hierarquização pode ser modificada no curso do tempo dentre outras coisas, através da evolução dos hábitos e costumes da população bem como pode ser efetuada em situações excepcionais de calamidade, guerra ou então por razões de segurança pública.

Eis porque, na França, a lei que trata do gerenciamento costeiro (Lei 86-2 de 3.1.86, relativa ao ordenamento, proteção e valorização do litoral) determina que as decisões administrativas sobre a utilização do domínio público marítimo devem se pautar pela análise de múltiplos aspectos:

"Art. 25. As decisões sobre a utilização do domínio público marítimo devem considerar a vocação das zonas afetadas e aquelas dos espaços circunvizinhos, como também o imperativo de preservação dos sítios e paisagens do litoral e dos recursos biológicos; com essa finalidade essas

⁷ Idem p. 433.

decisões são coordenadas notadamente com aquelas relativas aos terrenos vizinhos que tenham destinação pública".

"Sob reserva dos textos específicos relativos à defesa nacional e a segurança naval, toda modificação substancial da utilização das zonas do domínio público marítimo está previamente sujeita à consulta pública nos termos da Lei 83-630 de 12.7.83".

Segundo esse enunciado a utilização de espaços do domínio público marítimo para a construção de porto de recreio, subordina-se à possibilidade de harmonizar-se com o seu entorno, não podendo ser nociva à vocação natural do sítio, nem tampouco prejudicar os logradouros e terrenos públicos vizinhos.

Aliás, a lei francesa em outros dispositivos determina expressamente que os portos de recreio devem se integrar nos sítios naturais e citadinos, respeitando os planos urbanísticos e os esquemas de ordenamento do litoral (art. 21), bem como autoriza o poder público a exigir do concessionário a reconstituição da superfície de praia artificial, ou a recuperação do potencial biológico que tenham sido destruídos pelos trabalhos de construção (art. 22).

Nesse contexto cabe indagar a compatibilidade com o nosso sistema jurídico da concessão de porções do leito do mar e das praias para construção de portos de lazer pela iniciativa privada.

No Direito Brasileiro, muito embora a concessão do uso privativo de trechos da orla marítima para a construção de cais ou trapiches particulares não esteja expressamente excluída,⁸ é evidente que essa utilização anormal das coisas públicas é inadmissível quando conflitante com os interesses públicos.

Sobretudo quando se tratem de empreendimentos que produzem alterações substanciais da orla marítima, comprometendo espaços privilegiados e que interferem no funcionamento das cidades, o caráter público dos interesses em questão, determina que a Administração não os conceda senão a título de **exploração** ou **gestão de bens dominiais**.

Com efeito, não se concebe que se realizem alterações nos planos urbanísticos das cidades, e que se modifique o traçado do sistema viário, a pretexto de servir grupos, em detrimento da coletividade.

Por tudo que foi exposto, reassume que não cabe tratar o assunto sob a forma de concessão de uso privativo.

A construção das marinas sob regime de concessão de obra pública

Se a natureza do uso comum dos bens dominiais, é a de um daqueles direitos subjetivos públicos, não políticos, é claro que cada sujeito de direito, seja pescador, navegador ou banhista, tem o poder de obter das autoridades navais ou municipais, as prestações por elas devidas: "Que se cifrem em suportar, sobre as coisas públicas que lhe pertencem, as utilizações dos particulares, e cujo conteúdo não é mera faculdade de agir mas sim, conforme os casos, ou um poder de uso (circulação, navegação)

⁸ A Portomarinstn. 318301, de 12.7.83, é pouco explícita cingindo-se as prescrições técnicas relativas aos equipamentos do porto (vide item 4.6 – "construção e funcionamento de marinas").

ou poder de apropriação de quantidades limitadas de algumas coisas (captação de água, extração de areia)".⁹

Isto significa que ao conceder títulos de uso privativo do domínio público, a Administração tem a mensurar e salvaguardar os interesses públicos em causa, quer pela imposição de deveres e ônus ao particular, quer pela sujeição desde à fiscalização das autoridades competentes. Como no caso das concessões para estações de serviço nas autoestradas, ou de captação de águas públicas para o abastecimento de povoações a Administração não está livre para deixar de impor obrigações ao concessionário como a de utilizar intensivamente a coisa concedida, cujo não cumprimento dá lugar à aplicação de sanções, multa ou rescisão da concessão. Esse uso privativo, ademais nunca é gratuito. Tudo isso porque a outorga do uso privativo sobre uma parcela dominial, tem o grave efeito de excluir qualquer outra pessoa.

Importa primeiro não confundir essas concessões de uso privativo (modalidade da cessão de uso que abrange também as autorizações e permissões), com as concessões de exploração de domínio, mediante as quais a Administração transfere para outrem os seus direitos de gestão de uma parcela do domínio público, como ocorre nas concessões de portos marítimos.

Ensina Marcelo Caetano¹⁰ que o concessionário da exploração do domínio público é um gestor que se encarrega de proporcionar ao público o uso das coisas que lhe estão confiadas, de acordo com a natureza delas.

E esse parece ser o regime adequado para a construção pela iniciativa privada de portos de recreio nas zonas urbanas. Pois o contrato de concessão de obras públicas tem por objeto a delegação, a um particular, da execução e exploração de uma obra ou de interesse público, para uso da coletividade, mediante remuneração.

E assim, obedece aos mesmos princípios da concessão de serviço público, construção de pontes, viadutos, estradas e demais obras necessárias à coletividade.

O regime das concessões portuárias no Brasil

A competência para legislar sobre o regime de exploração de portos, não é uniforme no mundo. Países há em que a União não tem maiores atribuições, competindo aos Estados, e, não raro, às próprias municipalidades disporem sobre o regime de exploração dos portos.¹¹

Em nosso País, todavia, sempre tem sido do Poder Central ou da União a competência para legislar em matéria portuária. O Governo Brasileiro, no tocante à exploração comercial dos portos, adotou, até o momento, regimes diferenciados pela natureza das entidades responsáveis por sua administração pela origem dos recursos empregados na construção das instalações portuárias e pelo caráter de exploração.

⁹ CAETANO, Marcelo, op. cit., p.435.

¹⁰ Ibidem, p. 441.

¹¹ PELIZZER, Hilário. **Uma Introdução à Técnica do Turismo – Transportes**, São Paulo, 1978, ed. Livraria Pioneira, 187 pp. (p.116)

Somente quando a navegação à vapor passou a se desenvolver razoavelmente, o governo tornou-se interessado pela construção de portos. Mas a insuficiência de recursos exigiu que a construção e exploração de portos comerciais ocorresse mediante concessão do privilégio de exploração, até 99 anos, às empresas nacionais ou estrangeiras (Lei 1.746, 13.10.1869). A primeira concessão dada para construção e exploração de um porto comercial foi a de Santos, tendo vencido a concorrência pública a empresa denominada Galfrée & Comp. Porém foi a Lei 907 de dezembro/1902 que constituiu durante muito tempo o arcabouço do regime portuário brasileiro.

A construção dos portos de comércio mediante concessão aos Estados ou à iniciativa privada dependia de autorização legislativa ao Presidente da República.

A Lei Orçamentária 5.991 de 5.1.20, no seu art. 28, inc. X, autorizava o Presidente da República a fazer concessão aos Estados que a requeressem, para a construção e melhoramento de portos situados nas respectivas costas e rios navegáveis do domínio da União (com ônus e vantagens da Lei 1.646 de 13.10.1869, decs. 3.314 de 16.10.1886, 6.368 de 14.2.1907 e mais leis e decretos em vigor).

A lei era necessária porque a concessão implicava desafetação de parcelas do domínio público marítimo natural.¹² A circular 0024/196 da Diretoria de Portos e Costas do Ministério da Marinha, esclarecia quanto à necessidade de lei autorizativa para realizar o aterro sobre o mar:

"Sua execução depende de licença concedida através de ato do Legislativo."

"A Legislação atual não esclarece o processamento a ser seguido pelo interessado em efetuar um aterro. É fora de dúvida, no entanto que...Quando o Ministério da Marinha não se opuser à realização do aterro, o interessado deverá ser bem esclarecido de que isto não representa a licença para efetuar a obra, pois, como acima foi dito, somente o Poder Legislativo poderá fazer tal concessão".

Nesse sentido dispunha o Aviso de 1.10.1861 que declarava nula qualquer concessão não autorizada em lei, pois: "Sendo o mar que banha o litoral do Brasil propriedade nacional, não pode a menor porção dele passar para o domínio exclusivo de ninguém sem lei que o autorize..".

A realização de aterro somente independeu de lei específica, enquanto vigiu o Dec. 4.105/1868, muito embora o Ministério da Marinha tenha entendido que: " O fato de não existir norma legal ou regulamentar versando especificamente sobre o assunto, significa que o aterro de águas da União é coisa excepcional que ela própria executa ou autoriza que outro o faça, em circunstâncias especiais,..." (item 5.1 da PORTOMARINST MAUST 318301).

No entanto, com o advento do Dec.-lei 178/67 tem se entendido que a desafetação do leito do mar pode ocorrer através de ato do Presidente da República.

Mas para inferior o regime jurídico aplicável aos portos de recreio, é preciso reportar-se aos diplomas que trataram das instalações portuárias

¹² Vide RUFINO, Gilberto d'Ávila. **A condição Jurídica dos Aterros das Praias do Mar**, in **Revista da Procuradoria Geral do Estado**, n.1, Florianópolis, 1986, pp. 36-47.

rudimentares (Dec. 6.460, 2.5.44). Essas instalações rudimentares em pequenos portos, poderiam ser construídas pela União, pelos Estados ou Municípios, porém sem qualquer caráter de monopólio, continuando os armadores e embarcadores com a faculdade de construir trapiches próprios nos mesmos, desde que satisfizessem as exigências legais para esse fim.

Todavia as instalações desse tipo, embora construídas pelos Municípios, seriam consideradas, para todos os efeitos, como instalações federais, podendo a União encampa-las em qualquer tempo, para sujeitá-las a outro regime de administração portuária, com a indenização de seu custo. Era previsto que os Estados ou os Municípios pudessem transferir os encargos de conservação e exploração das instalações que construísem, a entidades privadas idôneas, mediante contrato de arrendamento das mesmas.

O regulamento das instalações rudimentares além de implicar no reconhecimento da existência de peculiar interesse municipal na criação da infraestrutura portuária, comprova que a obra não perde o caráter de empreendimento público quando concedida à iniciativa privada.

Cláusulas obrigatórias do contrato de concessão dos portos de lazer

A omissão da legislação brasileira no tangente aos portos de recreio ou marinas, obriga mais uma vez recorrer ao Direito Comparado.

Na França, a criação de portos de recreio está regrada pelas cláusulas de um contrato padrão, cuja fonte é o art. 35 do Código dos Portos Marítimos, e uma circular ministerial n. 69 de 29.12.65.

No sistema francês, portos de recreio são construídos mediante concessão de obra pública, outorgada pelo Estado ou pelos portos de comércio autônomos, às entidades públicas ou privadas. As obras são executadas pelo concessionário que se obriga à manutenção, ficando em contrapartida autorizado a explorar o serviço enquanto durar a concessão. Na França a legislação estipula o prazo de duração da concessão, fixando-o em trinta anos para as pessoas jurídicas de direito privado, e em 50 anos para as pessoas públicas.

Ao término da concessão, o Estado entra na posse de todas as instalações.¹³

Na espécie, de rigor portanto que o prazo do contrato de concessão de obra pública tendo como objeto a construção do porto de recreio seja preestabelecido, ainda que inexista norma vigente no direito interno. Para determiná-lo a administração está constricta a poderar sobre dados como os revelados pelo Plano Nacional do Turismo, segundo o qual a tempo de maturação dos custos de construção de um complexo de lazer que inclui marina e outros atrativos situados na estrada Rio-Santos, pode cair até sete anos.¹⁴

¹³ Espaces Collectifs: Status et Règles d'Usages, publicação do Ministère de L'Environnement et du Cadre de Vie, Service Technique d'Urbanisme, Paris, 1980, 58 pp. (anexo "Création de Port de Plaisance").

¹⁴ Revista Isto É, 30-9-1987, p. 26.

Certamente o prazo da concessão não haverá de ser tão longo quanto o que se pratica nas concessões dos portos comerciais, nem tão exíguo que inviabilize financeiramente o projeto. Mas esse discernimento evidentemente deverá estar amparado em estudos econômicos que permitam também dimensionar a natureza e o porte da marina e dos seus equipamentos complementares, sejam públicos, comunitários ou de caráter comercial. Com base nesses elementos serão fixadas às tarifas a serem pagas pelo uso das vagas reservadas ao público, e a remuneração ou percentagem devida pelo concessionário ao Município sobre os negócios relativos à outorga de título de uso privativo dos pontos de atracação nos trapiches flutuantes.

A duração do prazo da concessão de obra pública é cláusula ligada ao equilíbrio financeiro do contrato.

Ela exprime um dos termos da equação financeira, isto é, o tempo necessário para assegurar o retorno e a remuneração do capital investido pelo concessionário.

Como disse o Min. Aliomar Baleeiro em voto proferido no MS 17.957 impetrado pela Cia. Docas da Bahia contra a União Federal (ac. De 6.12.67): "...o concessionário põe seu dinheiro à disposição do Governo, como empréstimo, para realizar, ele mesmo, determinadas obras e determinados serviços públicos, para adquirir equipamentos, num cálculo, pelo qual através de anuidades, consegue, como pressuposto da previsão do País reaver seu dinheiro a longo prazo. No caso, é de 90 anos".

Porém a determinação desse prazo não pode ser relegada à disputa entre os licitantes, pois seria submeter o interesse público à "vontade despótica das empresas" concorrentes. Hely Lopes Meirelles adverte sobre o descaso freqüente dos Poderes Públicos na elaboração dos contratos de concessão cuja redação fica entregue aos próprios pretendentes "que assim o amoldam às suas conveniências, sem atender ao interesse público e aos direitos dos usuários".¹⁵

O Poder Público concedente não pode abdicar de cláusulas que concernem à regulamentação, fiscalização, revisão e fixação de tarifas na base de uma justa e razoável retribuição do capital. Na concessão de obra pública, retribuída com o direito à exploração do serviço, o concedente deve definir os critérios da indenização no caso de encampação ou resgate, a forma de fiscalização contábil, o acompanhamento dos métodos e práticas da execução do serviço, e a responsabilidade da concessionária pela inexecução ou deficiente execução do serviço, estabelecendo as sanções respectivas. Não é dado prescindir da disposição sobre os direitos e deveres dos usuários para a obtenção e remuneração do serviço enquanto durar a concessão. A legislação francesa reserva para o Estado determinadas prerrogativas segundo o contrato tipo, com a fixação das tarifas a serem pagas pelos usuários (Dec. 70-1114 de 3.12.70).

Ao concessionário obrigatoriamente exige-se também a reserva de espaços destinados ao uso do público.

No caso da "marina" de Port Grimaud, nas proximidades de Saint Tropez, o acesso do público por via marítima e dos velejadores em trânsito ficou

¹⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, ed. RT, 2ª ed., 1966, p.323.

assegurado com a reserva de 155 pontos de amarras sobre um total de 775 lugares (Port Grimaud I). Enquanto isso, não obstante se trate de uma marina implantada sobre um terreno de domínio privado invadido artificialmente pelo mar com a abertura de canais, a circulação do público ficou garantida sobre a metade dos cais edificadas (3.443 m. sobre 6.930).

É que, erigida à condição de direito subjetivo, a liberdade de acesso ao mar, na França encontra amparo na Lei 86-2 de 3.1.86 relativa ao ordenamento, proteção, e valorização do litoral, a qual impõe ao concessionário o ônus de reconstruir uma superfície de praia artificial ou de repor a produtividade potencial das águas para a aquicultura (art. 21). De assinalar que no Brasil em casos tais, consta que o Serviço do Patrimônio da União exige de quem realiza um aterro sobre o mar a reconstrução da orla.

Também as autoridades navais brasileiras cuidam de assegurar, com a disciplina das construções na orla do mar, o acesso do público ao litoral, fazendo aplicação do art. 66, I do CC. A retrocitada PORTOMARINST n. 318301, contém rígidas prescrições que merecem registro. A anuência do Ministério da Marinha aos aforamentos está condicionado ao acesso franco do mar, estando as Capitânicas sob a injunção de: "Considerar que sucessivos aforamentos de pequenas áreas contíguas podem ocasionar uma dificuldade de acesso à praia. Verificar junto à DSPU se as áreas contíguas a que está sendo pretendida não se encontram aforados; caso afirmativo, verificar se a concessão deste não acarretará impedimento de acesso à praia, com largura mínima de cinco (5) metros e em intervalos nunca superiores a cem (100) metros (item 3.233).

No licenciamento de obras, a aprovação do Ministério da Marinha aos projetos apresentados, depende da indicação clara dos acessos públicos às praias (item 4.2.1, a). Os loteamentos situados na faixa de 100 metros ao longo da orla marítima (item 12.2.1, a) que dependem da anuência das autoridades marítimas também será examinado sob o aspecto da existência de vias de acesso público às margens e praias (item 12.2.3).

Conclusões

1. O domínio marítimo do Brasil, é regido por legislação esparsa e incompleta, inexistindo dispositivos específicos sobre a criação de marinas públicas, ou portos de lazer.
2. A demanda gerada pelas atividades náuticas, exige do jurista a elaboração de um sistema normativo adequado, recorrendo-se quando cabível ao Direito Comparado.
3. Na Europa observa-se que a construção desses portos ou cais, tem sido preponderantemente realizada pelas coletividades locais.
4. Em nosso País, já era tradição reconhecer-se às Câmaras Municipais competência para a construção de cais para a acostagem de embarcações, cabendo ademais ao poder local a tutela do uso comum da orla marítima.

5. Por isso, os Municípios devem assumir o controle dos espaços litorâneos para evitar a sua privatização, desenfreada, salvaguardando-se assim o acesso do público ao mar.

6. É admissível a criação pelo Município de portos de recreio mediante o regime das concessões de obra pública.

O estudo sugere as cláusulas mínimas que tais contratos deveriam conter.