

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

DANIEL DOS SANTOS GONÇALVES

RESOLUÇÃO NORMATIVA 01/15 DA ANTAQ E O AFRETAMENTO DE
EMBARCAÇÃO ESTRANGEIRA NA NAVEGAÇÃO DE CABOTAGEM: ANÁLISE À
LUZ DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Rio de Janeiro

2016

Daniel dos Santos Gonçalves

RESOLUÇÃO NORMATIVA 01/15 DA ANTAQ E O AFRETAMENTO DE
EMBARCAÇÃO ESTRANGEIRA NA NAVEGAÇÃO DE CABOTAGEM: ANÁLISE À
LUZ DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

"Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Escola de Ciências
Jurídicas da Universidade Federal do
Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO)
como requisito parcial à obtenção do
grau de Bacharel em Direito".

Orientador: Prof. Ricardo Sichel

Rio de Janeiro, 2016.

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho à minha família por toda confiança e expectativa sempre depositadas, bem como aos docentes da Escola de Direito da UNIRIO, fontes de inspiração e exemplo a seguir.

“Nasceste no lar que precisavas, vestiste o corpo físico que merecias, moras onde melhor Deus te proporcionou, de acordo com teu adiantamento.

Possuis os recursos financeiros coerentes com as tuas necessidades, nem mais, nem menos, mas o justo para as tuas lutas terrenas.

Teu ambiente de trabalho é o que elegeste espontaneamente para a tua realização.

Teus parentes e amigos são as almas que atraíste, com tua própria afinidade.

Portanto, teu destino está constantemente sobre teu controle.

Tu escolhes, recolhes, eleges, atraís, buscas, expulsas, e modificas tudo aquilo que te rodeia a existência.

Teus pensamentos e vontades são a chave de teus atos e atitudes, são as fontes de atração e repulsão na tua jornada e vivência.

Não reclames nem te faças de vítima.

Antes de tudo, analisa e observa.

A mudança está em tuas mãos.

Reprograma tua meta, busca o bem e viverás melhor.

Embora ninguém possa voltar atrás e fazer um novo começo, qualquer um pode começar agora e fazer um novo fim”.

(Francisco Cândido Xavier)

RESUMO

O presente trabalho teve como objetivo a análise da resolução normativa 01/15 da ANTAQ sob a perspectiva jurídica, política e econômica no Brasil, especificamente sobre o afretamento de embarcações estrangeiras na navegação de cabotagem, bem como sua adequação à previsão constitucional e à lei 9.432/97, que dispõe sobre a ordenação do transporte aquaviário. Diante de uma política clara de desestatização e migração do Estado de Providência para um Estado Regulador, Neo-Liberal, analisou-se a constitucionalidade do poder regulador delegado às agências reguladoras, em especial a ANTAQ, bem como suas atribuições, objetivos e limites no tangente ao seu poder normativo. Dada a importância da reserva de mercado na navegação de cabotagem presente não só na legislação brasileira, mas em todo o mundo, foram analisadas as principais leis e normas da agência em questão presentes na RN 01/15 sobre o afretamento de embarcações estrangeiras neste setor. Foi analisada vasta bibliografia especializada, teorias como a da “deslegalização”, da “captura” e legitimidade das agências reguladoras, bem como as consequências da resolução em tela também foram abordadas. Isto porque influenciam diretamente a política de desenvolvimento da indústria naval brasileira e as empresas do mercado da navegação, em especial, dos armadores brasileiros. Assim, apontou-se a flagrante ilegalidade da RN 01/15 da ANTAQ, uma vez que não respeita os parâmetros legais existentes na lei 9.432/97 e limites impostos na lei 10.233/01 de criação da agência em questão. Identificou-se também indícios de favorecimento de determinadas empresas em detrimento de outras e a fragilização da reserva de mercado na navegação de cabotagem através da RN 01/15 – ANTAQ. O estudo apontou que os atos normativos expedidos pela ANTAQ, em que pesem, também gerais e abstratos como a lei 9.432/97, devem restringir-se a questões pontuais e essencialmente técnicas, e circunscreverem-se aos exatos limites destas leis permissivas. Essa também é a melhor interpretação a fim de harmonizar os dispositivos dos artigos 21, XI e 177, § 2º, III com o art. 84, IV, todos da Constituição Federal.

ABSTRACT

The purpose of this study was to analyze ANTAQ 's normative resolution 01/15 from a juridical, political and economical perspective in Brazil, specifically on the chartering of foreign vessels in cabotage navigation, as well as its adequacy to the constitutional provision and the law 9.432 / 97, which provides for the arrangement of water transports. In view of a clear policy of privatization and migration from the State of Providence to a Neo-Liberal Regulatory State, it was analyzed the constitutionality of the regulatory power delegated to regulatory agencies, especially ANTAQ, as well as its attributions, objectives and limits relative to its normative power. Given the importance of the market reserve in cabotage navigation present not only in Brazilian legislation, but throughout the world, the main laws and regulations of the agency in question in RN 01/15 on the chartering of foreign vessels in this sector were analyzed. A wide range of specialized bibliographies were studied, such as "delegitimization", "capture" and legitimacy of regulatory agencies, as well as the consequences of the resolution on the screen. This is because it directly influences the Brazilian naval industry development policy and the navigation companies in this market, especially the Brazilian shipowners. Thus, it was pointed out the flagrant illegality of ANTAQ RN 01/15, since it does not respect the legal parameters existing in Law 9.432 / 97 and limits imposed by Law 10.233 / 01 that created thid agency. There were also indications of favoring certain companies to the detriment of others and the market reserve weakening in cabotage navigation through RN 01/15 - ANTAQ. The study pointed out that normative acts issued by ANTAQ, which are also general and abstract, such as Law 9.432 / 97, should be restricted to specific and essentially technical issues, and should be limited to the exact limits of these permissive laws. This is also the best interpretation in order to harmonize the provisions of articles 21, XI and 177, § 2, III with art. 84, IV, all of the Federal Constitution.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	9
2. INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ORDEM ECONÔMICA E A AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS – ANTAQ	11
2.1. INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ORDEM ECONÔMICA	11
2.2 LEI 10.233/01 E A CRIAÇÃO DA ANTAQ: UM RAIO-X SOBRE OS PRINCÍPIOS, DIRETRIZES, OBJETIVOS E ATRIBUIÇÕES DIRECIONADO À NAVEGAÇÃO DE ABOTAGEM.....	17
2.3 O PODER NORMATIVO E REGULADOR DA ANTAQ: ABRANGÊNCIA E LIMITES	25
3. A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA, LEI 9.432/97, RESOLUÇÃO NORMATIVA 01/15 ANTAQ E O AFRETAMENTO DE NAVIO ESTRANGEIRO POR EMPRESAS BRASILEIRAS NA NAVEGAÇÃO DE CABOTAGEM NACIONAL	31
3.1 A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA E O AFRETAMENTO DE NAVIO ESTRANGEIRO NA CABOTAGEM	31
3.2 LEI 9432/97 E O AFRETAMENTO DE NAVIO ESTRANGEIRO POR EMPRESAS BRASILEIRAS NA NAVEGAÇÃO DE CABOTAGEM NACIONAL	32
3.3. RESOLUÇÃO NORMATIVA 01/15 - ANTAQ E O AFRETAMENTO DE NAVIO ESTRANGEIRO POR EMPRESAS BRASILEIRAS NA NAVEGAÇÃO DE CABOTAGEM NACIONAL.....	36
3.4 CONFLITOS ENTRE A LEI 9.432/97 E AS NORMAS INFRALEGAIS ESTABELECIDAS PELA RESOLUÇÃO 2920/13 E RESOLUÇÃO NORMATIVA 01/15 – ANTAQ.....	40
4. CONTROLE EXTERNO DAS ATIVIDADES DA ANTAQ	46
5. INDÍCIOS DA EXISTÊNCIA DE UM CARTEL COMPOSTO PELAS GRANDES EMPRESAS DE NAVEGAÇÃO REFLETIDAS NA RESOLUÇÃO NORMATIVA 01/15	

– ANTAQ.....	52
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS	63
7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	67
9. REFERÊNCIAS LEGISLATIVAS E NORMATIVAS.....	69
9.1 LEGISLAÇÃO FEDERAL	69
9.2 NORMAS JURÍDICAS DA ANTAQ	69
ANEXO A.....	71
CONCEITOS RELAVANTES:	71
1.1 CONCEITOS PREVISTOS NA LEI ORDINÁRIA FEDERAL 9.432/97:	71
1.2 CONCEITOS PREVISTOS NA RESOLUÇÃO NORMATIVA Nº01/15 DA ANTAQ: .	72

1. INTRODUÇÃO

Segundo Almeida e Xavier¹ a partir da década de noventa o Brasil passou a adotar um modelo gerencial de Administração Pública representado pela desestatização, mediante crescimento de uma política neo-liberal, no qual exerce papel preponderante na fiscalização e regulação, ao invés de exploração direta das atividades econômicas.

Neste contexto é que nasce a Agência Nacional de Transportes Aquaviários, entidade da Administração Pública Indireta, de regime autárquico especial, com a lei 10.233/01 que estabelece princípios, diretrizes e normas gerais, bem como objetivos, atribuições e estrutura organizacional para esta.

Dentre suas atribuições no artigo 27, inciso IV da supracitada lei cabe à ANTAQ, em sua esfera de atuação, “elaborar e ditar normas e regulamentos relativos à prestação de serviços de transporte e à exploração da infra-estrutura aquaviária e portuária, garantindo isonomia no seu acesso e uso, assegurando os direitos dos usuários e fomentando a competição entre os operadores” e no inciso XXIV do mesmo artigo “autorizar empresas brasileiras de navegação de longo curso, de cabotagem, de apoio marítimo, de apoio portuário, fluvial e lacustre, o afretamento de embarcações estrangeiras para o transporte de carga, **conforme disposto na Lei nº 9.432 de 8 de janeiro de 1997**”(GRIFO NOSSO).

Cabe lembrar que lei acima grifada tem previsão legal no artigo 178º, caput e § único da CRFB/88:

Art. 178. A lei disporá sobre a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre, devendo, quanto à ordenação do transporte internacional, observar os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade. (Redação dada

¹ ALMEIDA, Elizangela Santos de; XAVIER, Elton Dias. O poder normativo e regulador das agências reguladoras federais: abrangência e limites. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 98, mar 2012.

pela Emenda Constitucional nº 7, de 1995)

Parágrafo único. Na ordenação do transporte aquático, **a lei estabelecerá as condições em que o transporte de mercadorias na cabotagem e a navegação interior poderão ser feitos por embarcações estrangeiras.** (Incluído pela Emenda Constitucional nº 7, de 1995). (GRIFO NOSSO)

Seguindo sua atribuição normativa é que a ANTAQ no ano de 2015 cria a Resolução Normativa nº01 que derroga suas próprias resoluções 2.919, 2.920, 2.921 e 2.922 do ano de 2013 e aprova a norma que estabelece os procedimentos e critérios para o afretamento de embarcação por empresa brasileira de navegação nas navegações de apoio portuário, apoio marítimo, cabotagem e longo curso.

No entanto, alguns aspectos referentes ao afretamento de embarcações estrangeiras na navegação de cabotagem que dependem de autorização da ANTAQ em tal dispositivo normativo apresentam flagrantes conflitos com o texto constitucional e a Lei 9.432/97.

Desta forma, o presente trabalho visa analisar tal contradição sob os mais diversos aspectos: análise da legislação envolvida, além das políticas de desenvolvimento da indústria naval e o mercado da cabotagem, que justificam o estudo pelas graves consequências para a competitividade do segmento comercial e o retrocesso de investimentos no setor em detrimento da indústria naval brasileira.

Por fim, o estudo pretende responder às mais variadas questões como: poderia a agência reguladora revogar ou normatizar exigências e condutas em conflito com o previsto na Constituição e leis ordinárias? Quais seriam os limites e a abrangência do poder normativo e regulador da ANTAQ? Como controlar as atividades da ANTAQ e de que forma combater os atos normativos ilegais ou inconstitucionais por esta eventualmente realizados? Existiria um cartel no segmento de navegação de cabotagem no Brasil? Como combatê-lo?

2. INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ORDEM ECONÔMICA E A AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS – ANTAQ

2.1. INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ORDEM ECONÔMICA

Segundo Rafael Oliveira² “a intervenção estatal na economia sofreu transformações ao longo do tempo em virtude das mutações da concepção do Estado, especialmente pela íntima relação entre o Estado e a economia”. Identificam-se claramente três fases principais:

Estado Liberal de Direito (Estado Abstencionista ou Mínimo): como o próprio nome sugere, surgido no século XVIII em confronto ao Estado Absolutista, valorizava-se a propriedade privada e a liberdade econômica através da livre iniciativa e da ausência de interferência estatal direta na economia. Desta forma o Estado se “abstinha” de intervir diretamente na ordem econômica, exercendo um papel “mínimo” e onde o mercado se regulava por sua “mão invisível”.

Estado Social de Direito (Estado Prestador ou Intervencionista – *Welfare Etate*, Estado de Providência): igualmente como o próprio nome sugere, aparecendo apartir da Segunda Grande Guerra e por conta da desigualdade social consequente da abstenção do Estado Liberal, o Estado assume o papel de “provedor”, prestador de serviços direto de atividades econômicas através de empresas estatais. Dirigia a economia restringindo a liberdade contratual e a fixação de preços pelo mercado, sempre visando diminuir a desigualdade social e garantir os direitos sociais.

Estado Democrático de Direito (Estado Regulador, Subsidiário ou Neoliberal): surge com a ineficiência do Estado Social, diminuindo a intervenção estatal (devolvendo ao setor privado as atividades econômicas e a delegação de serviços públicos) que se limita a fomentar e regular o mercado por órgãos ou

² OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 2ª ed. Rev., atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método:2014.

entidades regulatórias. Passa a intervenção estatal direta (enquanto prestador de serviços) para indireta (enquanto regulador).

Em relação à ordem política-econômica brasileira a Constituição de 1988 é explícita quanto à adequação a terceira fase supracitada, excetuando-se casos específicos previsto nesta, sendo a ordem econômica embasada, pelo menos em lei, na valorização do trabalho e na livre iniciativa. Visa garantir a todos uma existência digna e justiça social conforme prevê o artigo 170 da CRFB/88:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995)

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei³.

Cabe ressaltar a existência de exceções em que o Estado toma a frente das

³ Antecipando o assunto que será mais a frente explicitado, é o caso do da atividade de transportes aquaviários uma vez prevista em lei a necessidade de autorização pela ANTAQ (agência reguladora do setor em questão), em especial na navegação de cabotagem.

atividades econômicas, intervindo diretamente como nos casos previstos no art. 173 da CRFB/88 (“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”), deixando de lado a característica de interventor indireto previsto no artigo 170 do mesmo Código Maior.

Ainda segundo OLIVEIRA o termo regulação abrange três sentidos diversos: um em sentido amplo no qual seria toda forma de intervenção estatal na economia englobando tanto a atuação direta do Estado, quanto o estabelecimento de condições por este para o exercício de atividades econômicas; outro em sentido intermediário em que a regulação equivaleria a coordenação e disciplina da atividade privada, excluindo-se a atuação direta do Estado e um último em sentido restrito, no qual a regulação seria somente o condicionamento da atividade econômica por lei ou ato normativo.

Desta forma, identifica a regulação brasileira como intermediária, uma vez que não se trata de simples adoção de uma postura passiva de poder de polícia (na modalidade fiscalizatória), mas, sim, de uma postura ativa também na imposição de comportamentos aos mercados que serão regulados, como no caso do transporte aquaviário. Elucida, portanto, a importante diferença entre regulação e regulamentação, uma vez que aquela (art. 174 da CRFB/88 – “Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”) não se confunde com esta (art. 84, IV, da CRFB/88 - “Compete privativamente ao Presidente da República: (...) IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução”).

Segundo Marcos Souto⁴:

⁴ SOUTO, Marcos Juruena Villela. Direito Administrativo Regulatório. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen

Enquanto a regulação representa uma função administrativa, processualizada e complexa, que compreende o exercício de função normativa, executiva e judicante, a regulamentação é caracterizada como função política, inerente ao chefe do executivo, que envolve a edição de atos normativos (atos regulamentares), complementares à lei.

Em outras palavras Floriano Marques Neto⁵ aponta que a “atividade regulatória é mais ampla que a atividade regulamentar ou normativa, pois, além da prerrogativa de editar atos normativos nos respectivos setores regulados, a regulação compreende outras prerrogativas, tais como o poder-dever fiscalizatório, sancionário etc”. Deve-se lembrar que o art. 174 da CRFB/88 prevê que o Estado deve atuar como “agente normativo e regulador”, reforçando a distinção entre atividade regulatória e normativa.

Historicamente, segundo Mauro Sérgio Moreira⁶, na Era Vargas depois de um longo período de intervenção direta Estatal é que começa no Brasil, acompanhando a influência dos ideais neoliberais, uma redução da atuação do Estado na economia, representada pela inauguração do Programa Federal de Desestatização, implementado antes da Constituição Federal de 1988, através do Decreto nº 91.991, de 28/11/1985, e do Decreto nº 95.886, de 29/03/1988. Tendência esta que foi incrementada no início da década de noventa por meio da Medida Provisória nº 155, de 15/03/1990 que visava “transferir aos particulares as atividades que de fato deveriam ser exercidas pelo Estado, mas que este não as estava prestando com a devida “eficiência””.

Em outras palavras aponta Elisangela Almeida⁷ que o “desenvolvimento da economia e a mudança de paradigma da atuação estatal frente ao mercado

Juris, 2005. p. 29.

⁵ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Agências Reguladoras Independentes. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 37-38.

⁶ MOREIRA, Mauro Sérgio de Souza. As agências reguladoras no direito brasileiro e o problema da competência normativa abstrata: possibilidade extensão e limites. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 79, ago 2010.

⁷ ALMEIDA, Elisangela Santos de; XAVIER, Elton Dias. O poder normativo e regulador das agências reguladoras federais: abrangência e limites. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 98, mar 2012.

impuseram uma revolução na forma do Estado lidar com a economia”. As recorrentes crises econômicas e a incompetência Estatal em figurar como principal ator no cenário econômico fizeram com que novos modelos de desenvolvimento e de intervenção do Estado na economia fossem reavaliados.

Desta forma, atribuiu-se aos particulares a função de atuar no mercado, reservando-se ao Estado a posição de agente normativo e regulador da atividade econômica, até mesmo de serviços públicos essenciais, devido à ineficiência do Estado na prestação destes. Através do Programa Nacional de Desestatização (PND), inaugurado pela lei 8.031/90 foi que setores estratégicos foram transferidos aos particulares por meio das concessões.

Neste cenário, como elucida Rafael Oliveira⁸, surgiram as agências reguladoras inspiradas no modelo norte-americano, liberalizando a economia e diminuindo o próprio tamanho do Estado, conforme consta expressamente no art. 174, caput, da Constituição Federal: “como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”.

Assim, as agências foram criadas na forma de autarquias com regime jurídico especial cuja autonomia se fundamenta na despolitização (confere-se tratamento técnico e maior segurança jurídica ao setor regulado) e necessidade de celeridade na regulação de determinadas atividades técnicas.

Segundo Osvaldo Castro Junior⁸ “a regulação pode ser conceituada como a intervenção do Estado no domínio econômico visando proteger o interesse público e orientar o agente econômico na direção desejada pela Constituição Federal”. É um conceito econômico e a regulação se realiza através da regulamentação que é um

⁸ CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de (Coord.) et all. Direito Marítimo, Regulação e Desenvolvimento. Belo Horizonte: Fórum, 2011, pags. 55-107 e 460-535.

conceito jurídico.

Neste contexto surge a Agência Nacional de Transportes Aquaviários - ANTAQ, através do marco regulatório da Lei 10.233/2001, que com funções judicatórias, normativas, executivas, fiscalizatórias, sancionárias e redistributivas é o principal órgão regulador dos transportes aquaviários. Esta é vinculada diretamente ao Ministério dos Transportes, mas não subordinada a esse, pois integra a administração federal indireta como autarquia especial, como já mencionado, possuindo personalidade jurídica de direto público.

Em resumo, a ANTAQ tem por finalidade regular, supervisionar e fiscalizar atividades de prestação de serviços de transporte aquaviário e de exploração tanto da infraestrutura da via portuária como da aquaviária, “visando conciliar os interesses dos usuários com os das prestadoras de serviço, defendendo o interesse público”.

Em relação a navegação de cabotagem a ANTAQ outorga autorização para empresas atuarem com fundamento na Lei 9.432/97, arts 43 e 44 da Lei nº10.233 e pelas demais normas regulamentares aplicáveis, devendo atuar conforme parâmetros constitucionais e *standarts* legais, pressupostos nas leis supracitadas. Isto porque, adiantando matéria que abordaremos no capítulo de abrangência e limites do poder normativo da ANTAQ, conforme aponta Elizangela Almeida⁹:

A extensão e o limite dos atos normativos técnicos praticados pelas agências reguladoras serão fixados pela lei de sua criação ou a lei que remeteu determinado assunto à regulação. Observe, entretanto, que os atos regulamentares (aqueles praticados pelo Chefe do Poder Executivo) são muito mais abrangentes e poderão, eventualmente, veicular conteúdo de regulação de determinada atividade econômica, desde que tal assunto não esteja, por expressa disposição legal, remetido a uma agência reguladora.

⁹ ALMEIDA, Elizangela Santos de; XAVIER, Elton Dias. O poder normativo e regulador das agências reguladoras federais: abrangência e limites. In: **Ambito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 98, mar 2012.

2.2 LEI 10.233/01 E A CRIAÇÃO DA ANTAQ: UM RAIO-X SOBRE OS PRINCÍPIOS, DIRETRIZES, OBJETIVOS E ATRIBUIÇÕES DIRECIONADO À NAVEGAÇÃO DE ABOTAGEM

A Lei nº 10.233/2001 foi responsável pela criação da Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ (art. 1º, IV) e sua instalação se deu em 17 de fevereiro de 2002. Segundo informa o próprio site da agência “é uma entidade que integra a Administração Federal indireta, de regime autárquico especial, com personalidade jurídica de direito público, independência administrativa, autonomia financeira e funcional, vinculada à Secretaria de Portos da Presidência da República – SEP/PR”.

Informa ainda ter por finalidade “implementar as políticas formuladas pela Secretaria de Portos da Presidência da República – SEP/PR, pelo Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte – CONIT, e pelo Ministério dos Transportes, **segundo os princípios e diretrizes estabelecidos na legislação**”. (GRIFO NOSSO). Desta forma ratifica-se sua responsabilidade por regular, supervisionar e fiscalizar as atividades de prestação de serviços de transporte aquaviário e de exploração da infraestrutura portuária e aquaviária.

Ainda segundo seu site:

A Agência dedica-se a tornar mais econômica e segura a movimentação de pessoas e bens pelas vias aquaviárias brasileiras, em cumprimento a padrões de eficiência, segurança, conforto, regularidade, pontualidade e modicidade nos fretes e tarifas. Arbitra conflitos de interesses para impedir situações que configurem competição imperfeita ou infração contra a ordem econômica, e harmoniza os interesses dos usuários com os das empresas e entidades do setor, sempre preservando o interesse público.

Constituem esfera de atuação da ANTAQ:

- a navegação fluvial, lacustre e de travessia
- a navegação de apoio marítimo, de apoio portuário, de cabotagem e de longo curso
- os portos organizados e as instalações portuárias neles localizadas

- os terminais de uso privado
- as estações de transbordo de carga
- as instalações portuárias públicas de pequeno porte, e
- as instalações portuárias de turismo.

Desta forma, alguns destacam-se alguns dos princípios e diretrizes gerais a serem seguidos pela ANTAQ previstos na Lei nº 10.233/2001 tais como:

CAPÍTULO IV

DOS PRINCÍPIOS E DIRETRIZES PARA OS TRANSPORTES AQUAVIÁRIO E TERRESTRE

Seção I

Dos Princípios Gerais

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;

III – proteger os interesses dos usuários quanto à qualidade e oferta de serviços de transporte e dos consumidores finais quanto à incidência dos fretes nos preços dos produtos transportados;

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

(...)

XI – ampliar a competitividade do País no mercado internacional;

XII – estimular a pesquisa e o desenvolvimento de tecnologias aplicáveis ao setor de transportes.

Seção II

Das Diretrizes Gerais

Art. 12. Constituem diretrizes gerais do gerenciamento da infra-estrutura e da operação dos transportes aquaviário e terrestre:

I – descentralizar as ações, sempre que possível, promovendo sua transferência a outras entidades públicas, mediante convênios de delegação, ou a empresas públicas ou privadas, mediante outorgas de autorização, concessão ou permissão, conforme dispõe o inciso XII do art. 21 da Constituição Federal;

(...)

III – dar prioridade aos programas de ação e de investimentos relacionados com os eixos estratégicos de integração nacional, de abastecimento do mercado interno e de exportação;

(...)

VII – reprimir fatos e ações que configurem ou possam configurar competição imperfeita ou infrações da ordem econômica.

Art. 13. Ressalvado o disposto em legislação específica, as outorgas a que se refere o inciso I do caput do art. 12 serão realizadas sob a forma de: (Redação dada pela Lei nº 12.815, de 2013)

V - autorização, quando se tratar de: (Redação dada pela Lei nº 12.996, de 2014)

b) prestação de serviço de transporte aquaviário; (Incluída pela Lei nº 12.743, de 2012)

(...)

Art. 14. Ressalvado o disposto em legislação específica, o disposto no art. 13 aplica-se conforme as seguintes diretrizes: (Redação dada pela Lei nº 12.815, de 2013)

(...)

III - depende de autorização: (Redação dada pela Lei nº 12.815, de 2013)

e) o transporte aquaviário; (Incluída pela Medida Provisória nº 2.217-3, de 4.9.2001)

Faz-se necessário também o destaque dos principais objetivos e em especial da agência de regulação dos transportes aquaviários previstos na mesma lei:

CAPÍTULO VI

DAS AGÊNCIAS NACIONAIS DE REGULAÇÃO DOS TRANSPORTES

TERRESTRE E AQUAVIÁRIO

Seção I

Dos Objetivos, da Instituição e das Esferas de Atuação

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

I - implementar, nas respectivas esferas de atuação, as políticas formuladas pelo Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, pelo Ministério dos Transportes e pela Secretaria de Portos da Presidência da República, nas respectivas áreas de

competência, segundo os princípios e diretrizes estabelecidos nesta Lei; (Redação dada pela Lei nº 12.815, de 2013)

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.

Art. 21. Ficam instituídas a Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT e a Agência Nacional de Transportes Aquaviários - ANTAQ, entidades integrantes da administração federal indireta, submetidas ao regime autárquico especial e vinculadas, respectivamente, ao Ministério dos Transportes e à Secretaria de Portos da Presidência da República, nos termos desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 12.815, de 2013)

§ 2º O regime autárquico especial conferido à ANTT e à ANTAQ é caracterizado pela independência administrativa, autonomia financeira e funcional e mandato fixo de seus dirigentes.

Especificamente em relação às atribuições da ANTAQ previstas na lei em questão, mormente ao que abrange a navegação de cabotagem e da autorização do afretamento de embarcação estrangeira para tal modalidade:

Seção III

Das Atribuições da Agência Nacional de Transportes Aquaviários

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

I - promover estudos específicos de demanda de transporte aquaviário e de atividades portuárias; (Redação dada pela Lei nº 12.815, de 2013)

II – promover estudos aplicados às definições de tarifas, preços e fretes, em confronto com os custos e os benefícios econômicos transferidos aos usuários pelos investimentos realizados;

III - propor ao Ministério dos Transportes o plano geral de outorgas de exploração da infraestrutura aquaviária e de prestação de

serviços de transporte aquaviário; (Redação dada pela Lei nº 12.815, de 2013)

IV – elaborar e editar normas e regulamentos relativos à prestação de serviços de transporte e à exploração da infra-estrutura aquaviária e portuária, **garantindo isonomia no seu acesso e uso, assegurando os direitos dos usuários e fomentando a competição entre os operadores;** (GRIFO NOSSO)

V – celebrar atos de outorga de permissão ou autorização de prestação de serviços de transporte pelas empresas de navegação fluvial, lacustre, de travessia, de apoio marítimo, de apoio portuário, de cabotagem e de longo curso, observado o disposto nos art. 13 e 14, gerindo os respectivos contratos e demais instrumentos administrativos;

VI – reunir, sob sua administração, os instrumentos de outorga para exploração de infra-estrutura e de prestação de serviços de transporte aquaviário celebrados antes da vigência desta Lei, resguardando os direitos das partes;

(...)

VIII – promover estudos referentes à composição da frota mercante brasileira e à prática de afretamentos de embarcações, para subsidiar as decisões governamentais quanto à política de apoio à indústria de construção naval e de afretamento de embarcações estrangeiras;

(...)

XXI - fiscalizar o funcionamento e a prestação de serviços das empresas de navegação de longo curso, de cabotagem, de apoio marítimo, de apoio portuário, fluvial e lacustre; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.217-3, de 4.9.2001)

(...)

XXIV - autorizar as empresas brasileiras de navegação de longo curso, de cabotagem, de apoio marítimo, de apoio portuário, fluvial e lacustre, o afretamento de embarcações estrangeiras para o transporte de carga, **conforme disposto na Lei nº 9.432, de 8 de janeiro de 1997;** (Incluído pela Medida Provisória nº 2.217-3, de 4.9.2001) (GRIFO NOSSO)

(...)

Em análise literal dos incisos acima grifados IV e XXIV do art. 27 identifica-se que na própria lei de criação da ANTAQ o legislador previu atribuições específicas à agência reguladora, bem como limitou claramente a autorização e regulamentação do afretamento de embarcações estrangeiras para o transporte de carga na navegação de cabotagem conforme a Lei nº 9.432/97 (“Lei da Cabotagem”). Ao **elaborar e editar normas e**

regulamentos relativos à prestação de serviços de transporte e à exploração da infraestrutura aquaviária e portuária, a ANTAQ deve garantir isonomia no seu acesso e uso, assegurando os direitos dos usuários e fomentando a competição entre os operadores, bem como ao autorizar as empresas brasileiras de navegação de cabotagem e o afretamento de embarcações estrangeiras para o transporte de carga, a agência deve respeitar os dispositivos legais presentes na Lei nº 9.432, de 8 de janeiro de 1997.

Prevê ainda a mesma lei sobre as normas gerais em relação aos procedimentos e controles das outorgas:

Seção IV

Dos Procedimentos e do Controle das Outorgas

Subseção I

Das Normas Gerais

Art. 28. A ANTT e a ANTAQ, em suas respectivas esferas de atuação, adotarão as normas e os procedimentos estabelecidos nesta Lei para as diferentes formas de outorga previstos nos arts. 13 e 14, visando a que:

I – a exploração da infra-estrutura e a prestação de serviços de transporte se exerçam de forma adequada, satisfazendo as condições de regularidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na prestação do serviço, e modicidade nas tarifas;

(...)

Art. 29. Somente poderão obter autorização, concessão ou permissão para prestação de serviços e para exploração das infra-estruturas de transporte doméstico pelos meios aquaviário e terrestre as empresas ou entidades constituídas sob as leis brasileiras, com sede e administração no País, e que atendam aos requisitos técnicos, econômicos e jurídicos estabelecidos pela respectiva Agência.

(...)

Art. 31. A Agência, ao tomar conhecimento de fato que configure ou possa configurar infração da ordem econômica, deverá comunicá-lo ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, à Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça ou à Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, conforme o caso. (GRIFO NOSSO)

Art. 32. As Agências acompanharão as atividades dos operadores estrangeiros que atuam no transporte internacional com o Brasil, visando a identificar práticas operacionais, legislações e

procedimentos, adotados em outros países, que restrinjam ou conflitem com regulamentos e acordos internacionais firmados pelo Brasil.

§ 1º Para os fins do disposto no caput, a Agência poderá solicitar esclarecimentos e informações e, ainda, notificar os agentes e representantes legais dos operadores que estejam sob análise. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.217-3, de 4.9.2001)

§ 2º Identificada a existência de legislação, procedimento ou prática prejudiciais aos interesses nacionais, a Agência instruirá o processo respectivo e proporá, ou aplicará, conforme o caso, sanções, na forma prevista na legislação brasileira e nos regulamentos e acordos internacionais.

Art. 33. Ressalvado o disposto em legislação específica, os atos de outorga de autorização, concessão ou permissão editados e celebrados pela ANTT e pela Antaq obedecerão ao disposto na Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, nas Subseções II, III, IV e V desta Seção e nas regulamentações complementares editadas pelas Agências. (Redação dada pela Lei nº 12.815, de 2013)

Desta forma a lei 10.233/01, criadora da ANTAQ, também prevê o dever desta agência reguladora de combater infrações de ordem econômica, comunicando ao CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) e à SDE (Secretaria de Direito Econômico) ao tomar conhecimento de fatos que configurem tal prática (art. 31). Além disso, conforme aponta §2º do art. 31, **“identificada a existência de legislação, procedimento ou prática prejudiciais aos interesses nacionais, a Agência instruirá o processo respectivo e proporá, ou aplicará, conforme o caso, sanções, na forma prevista na legislação brasileira e nos regulamentos e acordos internacionais”**.

Mais especificamente em relação às autorizações e, dentre estas o afretamento de embarcação estrangeira na navegação de cabotagem, a lei 10.233/01 prevê:

Subseção IV

Das Autorizações

Art. 43. A autorização, ressalvado o disposto em legislação específica, será outorgada segundo as diretrizes estabelecidas nos arts. 13 e 14 e apresenta as seguintes características: (Redação dada pela Lei nº 12.815, de 2013)

I – independe de licitação;

II – é exercida em liberdade de preços dos serviços, tarifas e fretes, e em ambiente de livre e aberta competição;

III – não prevê prazo de vigência ou termo final, extinguindo-se pela sua plena eficácia, por renúncia, anulação ou cassação.

Art. 44. A autorização, ressalvado o disposto em legislação específica, será disciplinada em regulamento próprio e será outorgada mediante termo que indicará: (Redação dada pela Lei nº 12.815, de 2013) (GRIFO NOSSO)

I – o objeto da autorização;

II – as condições para sua adequação às finalidades de atendimento ao interesse público, à segurança das populações e à preservação do meio ambiente;

III – as condições para anulação ou cassação;

V - sanções pecuniárias. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.217-3, de 4.9.2001)

Art. 45. Os preços dos serviços autorizados serão livres, reprimindo-se toda prática prejudicial à competição, bem como o abuso do poder econômico, adotando-se nestes casos as providências previstas no art. 31.

(...)

Art. 47. A empresa autorizada não terá direito adquirido à permanência das condições vigentes quando da outorga da autorização ou do início das atividades, devendo observar as novas condições impostas por lei e pela regulamentação, que lhe fixará prazo suficiente para adaptação.

Art. 49. É facultado à Agência autorizar a prestação de serviços de transporte sujeitos a outras formas de outorga, em caráter especial e de emergência.

§ 1º A autorização em caráter de emergência vigorará por prazo máximo e improrrogável de cento e oitenta dias, não gerando direitos para continuidade de prestação dos serviços.

§ 2º A liberdade de preços referida no art. 45 não se aplica à autorização em caráter de emergência, sujeitando-se a empresa autorizada, nesse caso, ao regime de preços estabelecido pela Agência para as demais outorgas.

Desta forma, identifica-se claramente a ressalva feita no art. 44 que limita, e não apenas sugere, que a regulamentação da ANTAQ deve respeitar o disposto em lei específica, como na lei que dispõe sobre a exploração e portos e instalações portuárias e como é o caso da lei 9.432/97 para a conceder autorização à empresas brasileiras de navegação para afretar embarcações estrangeiras na

navegação de cabotagem. Além disso, ratifica a previsão legal do art. 31, caput e § 2º no artigo 45 do mesmo dispositivo legal, uma vez que a agência deve reprimir toda prática prejudicial à competição, bem como o abuso do poder econômico.

Em resumo, em relação à autorização e afretamento de embarcações estrangeiras cabe ressaltar que a lei de criação da Agência Nacional de Transportes Aquaviários lhe previu poderes regulamentares infralegais, dada a necessidade e dever desta em editar regras conforme a lei 9.432/97, específica do setor em questão, e que veremos no ponto a seguir.

2.3 O PODER NORMATIVO E REGULADOR DA ANTAQ: ABRANGÊNCIA E LIMITES

Como aponta Rafael Oliveira¹⁰ a “legislação confere autonomia às agências reguladoras para editar atos administrativos normativos, dotados de conteúdo técnico e respeitados os parâmetros (*standards*) legais, no âmbito de setor regulado”. Com isso visa despolitizar o respectivo setor ao retirar do âmbito político e transferir ao corpo técnico da agência a atribuição para normatizar a atividade regulada.

Essa questão da densidade normativa dos atos das agências reguladoras foi enfrentada por José dos Santos Carvalho Filho¹¹ em abrangente estudo sobre o assunto, no qual consignou que:

O problema, todavia, derivado de tal carga de amplitude normativa, rende ensejo ao exame, pelos intérpretes e aplicadores da lei, e até mesmo aos destinatários, dos limites em que a regulamentação pode ser processada. Ainda que dotada de grande amplitude, a regulamentação feita pelas agências - como, de resto, ocorre com

¹⁰ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 2ª ed. Rev., atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método:2014.

¹¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 22 ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009

qualquer ato de regulamentação – **terá que adequar-se aos parâmetros da respectiva lei permissiva**. Afinal, é de ter-se em conta que a delegação legislativa **não é ilimitada**, mas, ao contrário, **subjacentes a normas e princípios estabelecidos na lei**. Trata-se, como bem acentuou LUIZ ROBERTO BARROSO, do que se denomina de **“delegação com parâmetros”** (**“delegation with standards”**), através da qual ao Poder Legislativo cabe fixar as linhas dentro das quais o ato regulamentar deve ser produzido.”

Não só José Carvalho Filho, mas também Luiz Roberto Barroso, por ele citado, não utilizam a expressão “delegação” no sentido utilizado pela Constituição no art. 62 (leis delegadas), nem tão pouco com a amplitude do art. 68 (medidas provisórias). Como o autor mesmo diz, trata-se de remessa da lei para que a agência disponha sobre determinado assunto, cuja abrangência e amplitude do ato já deve estar estritamente delimitada, caso contrário, o legislador estaria burlando o art. 84, IV da Constituição Federal e atribuindo a outro órgão da estrutura do Poder Executivo a atribuição conferida, com exclusividade, ao Chefe desse Poder¹².

Rafael Oliveira¹³ aponta duas posições doutrinárias em relação à constitucionalidade da amplitude e fundamento do poder normativo conferido às agências reguladoras:

Um primeiro entendimento, apontado por Celso Bandeira de Melo e Gustavo Benjamin¹⁴, é a inconstitucionalidade do poder normativo amplo das agências reguladoras, em virtude da violação aos princípios constitucionais da separação de poderes e da legalidade, sendo vedada a criação de direitos e obrigações por meio de atos regulatórios editados com fundamento em delegação legislativa inominada. Isto porque a Constituição só estabeleceu a possibilidade de exercício do poder normativo primário no Executivo em suas hipótese: Medidas Provisórias (art. 62 da

¹² ALMEIDA, Elizangela Santos de; XAVIER, Elton Dias. O poder normativo e regulador das agências reguladoras federais: abrangência e limites. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 98, mar 2012.

¹³ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 2ª ed. Rev., atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método:2014.

¹⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 21. Ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 165; BINENBOJM, Gustavo. Uma Teoria do Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 277-278.

CERFB/88) e Leis Delegadas (art. 68 da CERFB/88). Desta forma, os atos normativos das agências são infralegais e restringem-se a sua organização e funcionamento interno. Também Maria Sylvia Di Pietro¹⁵ afirma a impossibilidade de poder normativo ampliado por parte das agências reguladoras, excepcionando a ANATEL e a ANP que possuem fundamento expreso na Constituição nos artigos 21, XI e 177, §2º, III respectivamente.

Um segundo entendimento é o da constitucionalidade do poder normativo técnico ampliado reconhecido às agências reguladoras que poderão editar atos normativos, **respeitados os parâmetros (standards) legais**, em razão do fenômeno da deslegalização. Nesse sentido: José Carvalho Filho, Alexandre Aragão, Marcos Juruena Souto e Diogo Moreira Neto¹⁶.

Assim, Rafael Oliveira aponta que as agências reguladoras podem exercer poder normativo, com caráter técnico, no âmbito de suas atribuições, respeitado o princípio da juridicidade. Isto porque as normas editadas pelas agências não podem ser classificadas como “autônomas” fruto de delegação legislativa inominada, pois encontram fundamento na lei instituidora da entidade regulatória que estabelece os parâmetros que deverão ser observados pelo órgão regulador. A prerrogativa normartiva das agências fundar-se-ia então na releitura do princípio da legalidade, fruto da deslegalização: a retirada de certas matérias do domínio da lei (*domaine de la loi*) pelo próprio legislador, passando-se ao domínio do regulamento (*domaine de l'ordonnance*). Lembra-se que a lei deslegalizadora estabelece standards e

¹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Asministrativo. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 471-472.

¹⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manueal de Direito Asministrativo. 24. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 437; ARAGÃO, Alexandre Santos de. Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 406-425; SOUTO, Marcos Juruena Villela. Direito Administrativo Regulatório. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 48-55; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Direito Regulatório. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 123-128.

princípios que devem ser respeitados na atividade administrativo-normativa e no caso da ANTAQ estão previstos na lei 10.233/01 de sua criação e 9.432/97 que dispõe sobre o transporte aquaviário, em especial, o afretamento de embarcação estrangeira na navegação de cabotagem.

Ainda que existam os dois entendimentos doutrinários apontados, questionando-se sobre a constitucionalidade ou não do poder normativo amplo das agências, ambos são categóricos em apontar a limitação e respeito aos *standards* e princípios norteadores dos atos normativos da agência reguladora, como no caso a ANTAQ.

Em outras palavras é unânime na doutrina que somente prevalecerão sobre legislação anterior os atos regulatórios da ANTAQ que respeitem os princípios e *standards* legais de sua atuação, caso contrário estes serão inconstitucionais e/ou ilegais. Somente os atos regulatórios, respeitados os *standards* legais, prevalecem sobre a legislação anterior¹⁷.

Aragão¹⁸ explicita que é a política pública fixada pela lei e pela Administração que delega amplo poder normativo a entidades como as Agências Reguladoras, para que estas regulem determinado setor da economia. Cumpre alertar sobre a característica principal dessas normas: a baixa densidade normativa. Trata-se de normas (leis) próprias das matérias de grande complexidade técnica ou suscetíveis de constantes mudanças, também conhecidas como leis quadro ou *standartizadas*.

Em resumo esclarece Elizangela Almeida¹⁹ em relação aos limites dos atos

¹⁷ O STF utilizou a tese de deslegalização e da revogação diferida para resolver conflito entre leis e atos infralegais tributários. Discutia-se, no caso, o prazo para recolhimento do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), uma vez que o prazo previsto originariamente no DL 326/1967 encontrava-se em contradição com a Portaria 266/1988, editada pelo Ministério da Fazenda, com fundamento no art. 66 da Lei 7.450/1986. A decisão final do STF foi no sentido de prevalecer o prazo previsto na Portaria, pois a lei 7.450/1986, em razão do fenômeno da deslegalização, teria revogado o DL 326/1967.

¹⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo e Econômico. Rio de Janeiro: Forense, 2002^a.

¹⁹ ALMEIDA, Elizangela Santos de; XAVIER, Elton Dias. O poder normativo e regulador das agências

normativos das agências reguladoras:

Mesmo sendo estritamente técnicos, esses atos somente poderão ser praticados com expressa autorização legal. É que o legislador, não possuindo conhecimentos ilimitados e específicos sobre todas as áreas em que há edição legislativa, poderá, e até deverá apenas fixar os parâmetros e linhas gerais da regulamentação de tais assuntos e deixar que os órgãos técnicos e especializados ditem as diretrizes para a concretização da vontade legislativa. **A extensão e o limite dos atos normativos técnicos praticados pelas agências reguladoras serão fixados pela lei de sua criação ou a lei que remeteu determinado assunto à regulação.** Observe, entretanto, que os atos regulamentares (aqueles praticados pelo Chefe do Poder Executivo) são muito mais abrangentes e poderão, eventualmente, veicular conteúdo de regulação de determinada atividade econômica, desde que tal assunto não esteja, por expressa disposição legal, remetido a uma agência reguladora.

Por fim, ressalta-se que a ANTAQ, enquanto autarquia especial, foi criada pela lei ordinária 10.233/01 depois da lei 9432/97 que regulamentou via poder legislativo e executivo o transporte aquaviário prevendo condições e obrigações específicas em relação ao afretamento de navios estrangeiros na navegação de cabotagem. Lembra-se que a lei que cria a supracitada agência limita o poder normativo desta no referido setor em seu artigo art. 27, inciso XXIV ao prever que a ANTAQ tem como atribuição **“autorizar as empresas brasileiras de navegação de longo curso, de cabotagem, de apoio marítimo, de apoio portuário, fluvial e lacustre, o afretamento de embarcações estrangeiras para o transporte de carga, conforme disposto na Lei nº 9.432, de 8 de janeiro de 1997; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.217-3, de 4.9.2001) (GRIFO NOSSO).**

Desta forma, a lei instituidora da ANTAQ não só fixa parâmetros genéricos, mas é categórica em prever a adequação dos atos normativos praticados em relação a lei 9.432/97 e o eventual conflito com esta legislação anterior faz que estes atos estejam eivados de vício de legalidade. Isto porque não só sua lei de criação,

mas a que dispõe sobre o ordenamento do transporte aquaviário representam verdadeiros *standards* legais a serem respeitados pela agência em questão.

3. A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA, LEI 9.432/97, RESOLUÇÃO NORMATIVA 01/15 ANTAQ E O AFRETAMENTO DE NAVIO ESTRANGEIRO POR EMPRESAS BRASILEIRAS NA NAVEGAÇÃO DE CABOTAGEM NACIONAL

3.1 A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA E O AFRETAMENTO DE NAVIO ESTRANGEIRO NA CABOTAGEM

Segundo Pedro Nunes, Direito Marítimo é o conjunto de normas que regem as relações jurídicas relativas à navegação e ao comércio marítimo, fluvial ou lacustre, bem como dos navios a seu serviço e os direitos e obrigações das pessoas que por ofício se dedicam a essa espécie de atividade.²⁰ Dentre estas existem normas que disciplinam as atividades necessárias para que as embarcações efetuem o transporte pela via aquaviária.

Trata-se de disciplina jurídica autônoma que possui assento constitucional no art. 22, inciso I (Compete privativamente à União legislar sobre: I – direito civil, comercial, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho) e art. 178 da CF/88:

A lei disporá sobre a ordenação dos transportes aéreo, **aquático** e terrestre, devendo, quanto à ordenação do transporte internacional, observar os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade.

Parágrafo único. **Na ordenação do transporte aquático, a lei estabelecerá as condições em que o transporte de mercadorias na cabotagem e a navegação interior poderão ser feitos por embarcações estrangeiras.** (GRIFO NOSSO)

²⁰ NUNES, Pedro. Dicionário de Tecnologia Jurídica. 12ª edição. Rio de Janeiro. Freitas Bastos, 1990.

Assim, a Constituição é clara em estabelecer que mediante lei é que se estabelecerão as condições em relação ao afretamento de navio estrangeiro por empresas brasileiras na navegação de cabotagem nacional. E seguindo tal previsão é que foi criada a **Lei nº 9.432/97** que dispõe sobre a ordenação do transporte aquaviário e das outras providências.

3.2 LEI 9.432/97 E O AFRETAMENTO DE NAVIO ESTRANGEIRO POR EMPRESAS BRASILEIRAS NA NAVEGAÇÃO DE CABOTAGEM NACIONAL

Como previsto pela Carta Magna foi criada e sancionada em 08 de janeiro de 1997 a Lei ordinária nº 9.432 que dispõe sobre a ordenação do transporte aquaviário e se aplica segundo seu art. 1º:

- I - aos armadores, às empresas de navegação e às embarcações brasileiras;
 - II - às embarcações estrangeiras afretadas por armadores brasileiros;
 - III - aos armadores, às empresas de navegação e às embarcações estrangeiras, quando amparados por acordos firmados pela União.
- Parágrafo único. Excetuam-se do disposto neste artigo:
- I - os navios de guerra e de Estado que não estejam empregados em atividades comerciais;
 - II - as embarcações de esporte e recreio;
 - III - as embarcações de turismo;
 - IV - as embarcações de pesca;
 - V - as embarcações de pesquisa.

Pela importância e peculiaridades reservadas à navegação de cabotagem ficou vulgarmente conhecida como “Lei da Cabotagem”. Isto porque apesar de ordenar também o transporte de mercadorias na navegação de longo curso, permitindo a participação de empresas e embarcações de todos os países (observados os acordos firmados pela União – princípio da reciprocidade – art. 5º e

6º do supracitado texto legal), a lei aponta condições específicas para o afretamento de embarcação estrangeira na navegação de cabotagem.

Como prevê os artigos 7º, 9º e 10º da lei em questão:

Art. 7º As embarcações estrangeiras somente poderão participar do transporte de mercadorias na navegação de cabotagem e da navegação interior de percurso nacional, bem como da navegação de apoio portuário e da navegação de apoio marítimo, quando afretadas por empresas brasileiras de navegação, observado o disposto nos arts. 9º e 10. (GRIFO NOSSO)

Parágrafo único. O governo brasileiro poderá celebrar acordos internacionais que permitam a participação de embarcações estrangeiras nas navegações referidas neste artigo, mesmo quando não afretadas por empresas brasileiras de navegação, desde que idêntico privilégio seja conferido à bandeira brasileira nos outros Estados contratantes.

Art. 9º O afretamento de embarcação estrangeira por viagem ou por tempo, para operar na navegação interior de percurso nacional ou no transporte de mercadorias na navegação de cabotagem ou nas navegações de apoio portuário e marítimo, bem como a casco nu na navegação de apoio portuário, depende de autorização do órgão competente e só poderá ocorrer nos seguintes casos:

I - quando verificada inexistência ou indisponibilidade de embarcação de bandeira brasileira do tipo e porte adequados para o transporte ou apoio pretendido;

II - quando verificado interesse público, devidamente justificado;

III - quando em substituição a embarcações em construção no País, em estaleiro brasileiro, com contrato em eficácia, enquanto durar a construção, por período máximo de trinta e seis meses, até o limite:

a) da tonelagem de porte bruto contratada, para embarcações de carga;

b) da arqueação bruta contratada, para embarcações destinadas ao apoio. (GRIFO NOSSO)

Parágrafo único. A autorização de que trata este artigo também se aplica ao caso de afretamento de embarcação estrangeira para a navegação de longo curso ou interior de percurso internacional, quando o mesmo se realizar em virtude da aplicação do art. 5º, § 3º.

Art. 10. Independe de autorização o afretamento de embarcação:

I - de bandeira brasileira para a navegação de longo curso, interior, interior de percurso internacional, cabotagem, de apoio portuário e de apoio marítimo;

II - estrangeira, quando não aplicáveis as disposições do Decreto-lei nº 666, de 2 de julho de 1969, e suas alterações, para a navegação de longo curso ou interior de percurso internacional;

III - estrangeira a casco nu, com suspensão de bandeira, para a navegação de cabotagem, navegação interior de percurso nacional e navegação de apoio marítimo, limitado ao dobro da tonelagem de porte bruto das embarcações, de tipo semelhante, por ela encomendadas a estaleiro brasileiro instalado no País, com contrato de construção em eficácia, adicionado de metade da tonelagem de porte bruto das embarcações brasileiras de sua propriedade, ressalvado o direito ao afretamento de pelo menos uma embarcação de porte equivalente.

Segundo João Guilherme de Araújo²¹ a “cabotagem é um segmento nacional estratégico, fortemente regulado por intermédio de políticas de subsídio e reservas de mercado em todo o mundo”. Assim, a reserva de mercado na navegação de cabotagem é praticada por diversos países com tradição marítima, visando preservar uma frota própria e o controle sobre o mercado doméstico de navegação.

No Brasil, como demonstrado nos artigos previstos na lei 9432/97 a atividade só é permitida para empresas brasileiras de navegação autorizadas pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ, ou em navio estrangeiro fretado por essas empresas. Pressupõe uma quantidade mínima de tripulantes brasileiros nos afretamentos a casco nu, que deve ser composta pelo menos 2/3 da tripulação, além do comandante e chefe de máquinas também deverem ser brasileiros (art. 3º, inciso II da supracitada lei).

²¹ ARAUJO, João Guilherme Mattos Eyer de. Pesquisa sobre o Mercado de Navegação de Cabotagem 2012, ILOS. Diretor de Desenvolvimento de Negócios Instituto de Logística e Supply Chain – ILOS Acessado em 19/10/2016 e disponível em: <<http://www.ilos.com.br/web/um-retrato-da-navegacao-de-cabotagem-no-brasil/>>

Mundialmente, o setor é regulamentado e segue diferentes regras, sempre no conceito de proteção estratégica nacional, evitando o uso de bandeiras de conveniência indiscriminando. Na Figura abaixo identificam-se alguns exemplos de marcos regulatórios no mundo.

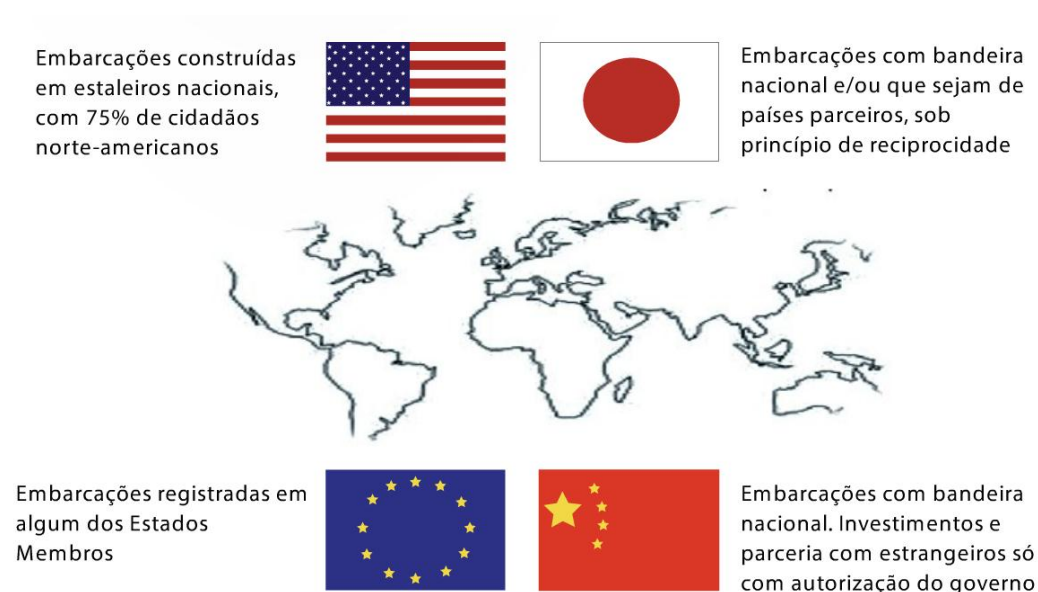


Figura 1 – Marcos regulatórios da cabotagem em alguns lugares do mundo
Fonte: Aluísio Sobreiro, CBC, Fiesp – Análises: ILOS²²

Conforme aponta Eliana Martins²³ a “Lei da Cabotagem” é explícita ao evitar e impor condições ao uso de bandeiras de conveniência como forma de concorrência desleal internacional. Isto porque é necessária a circularização e priorização do uso de navios brasileiros (construídos no país) e somente na sua ausência ou impossibilidade é permitido o afretamento de navio estrangeiro de forma a garantir a reserva de mercado. Esta política protecionista, internacionalmente

²² ARAUJO, João Guilherme Mattos Eyer de. Pesquisa sobre o Mercado de Navegação de Cabotagem 2012, ILOS. Diretor de Desenvolvimento de Negócios Instituto de Logística e Supply Chain – ILOS.

²³ MARTINS, Eliane Maria Octaviano; RAMOS, Gerson Luis Lima. Autonomia da Vontade nos Contratos Marítimos Internacionais de Transporte de Mercadorias e sua Aplicação no Direito Brasileiro. In: CAMPOS, Ingrid Zannella Andrade et al. Aspectos Modernos do Direito Marítimo e Portuário. Editora: Nossa Livraria. Recife, 2015.

difundida como já apresentado, visa não só proteger e incentivar o desenvolvimento da indústria naval, como evitar a prática desleal de concorrência por inúmeros motivos tais como: desrespeito a normas e condições trabalhistas da tripulação, inobservância de regras de segurança marítima de navegação e da própria embarcação, evasão de divisas dos países onde se situam os verdadeiros proprietários dos navios, possibilidade de fraudes documentais e favorecimento à prática de ilícitos.

Neste sentido é que Osvaldo Agripino²⁴ alerta sobre o cuidado com o uso de bandeiras de conveniência como prática de concorrência desleal uma vez que se verifica um cenário complexo de grande dependência no transporte marítimo nacional de outras bandeiras por conta da defasagem qualitativa e quantitativa de navegações brasileiras para atendimento da demanda neste mercado de transporte e em especial da cabotagem. Isto porque há violência da concorrência desleal pelas bandeiras de conveniência e os cartéis na indústria de transportes marítimos, aliados à omissão dos governos no combate destes, inibem o desenvolvimento de empresas de navegação de países em desenvolvimento, que é dinâmico e de alto risco.

3.3. RESOLUÇÃO NORMATIVA 01/15 - ANTAQ E O AFRETAMENTO DE NAVIO ESTRANGEIRO POR EMPRESAS BRASILEIRAS NA NAVEGAÇÃO DE CABOTAGEM NACIONAL

Através do poder regulamentador conferido a ANTAQ pela lei 10.233/01, responsável pela sua criação, esta aprova a norma que estabelece os procedimentos e critérios para o afretamento de embarcação por empresa brasileira

²⁴ CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. Direito Marítimo, Regulação e Desenvolvimento. Belo Horizonte: Editora Forum, 2011.

de navegação nas navegações de apoio portuário, apoio marítimo, cabotagem e longo curso com a Resolução Normativa 01/15 (RN 01/15). Derroga como consequência as Resoluções nº 2.919-ANTAQ, 2.920-ANTAQ, 2.921-ANTAQ e 2.922-ANTAQ, todas de 4 de junho de 2013. Destacam-se os seguintes artigos da RN 01/15 – ANTAQ em relação ao afretamento de navio estrangeiro na navegação de cabotagem:

CAPÍTULO III

DOS PROCEDIMENTOS PARA AFRETAMENTO

Art. 3º A ANTAQ realizará o gerenciamento dos afretamentos de embarcações por meio do Sistema de Gerenciamento de Afretamento na Navegação Marítima e de Apoio – SAMA, que proverá aos usuários os instrumentos necessários ao desenvolvimento das operações de afretamento de embarcações.

Art. 4º Independe de autorização o afretamento de embarcação:

I - de bandeira brasileira;

II - estrangeira, na navegação de longo curso, nas modalidades a casco nu, por espaço, por tempo ou por viagem, para o transporte exclusivo de carga não reservada a bandeira brasileira; e

III - estrangeira a casco nu,²⁵ nas navegações de apoio marítimo, cabotagem e longo curso, limitado ao dobro da tonelagem de porte bruto das embarcações de tipo semelhante, por ela encomendadas a estaleiro brasileiro instalado no País, enquanto durar a construção, cujo afretamento será pelo período acumulado máximo de 36 (trinta e seis) meses, adicionado:

a) de metade da tonelagem de porte bruto das embarcações brasileiras de sua propriedade, ressalvado o direito ao afretamento de pelo menos uma embarcação de porte equivalente, nas navegações de apoio marítimo e cabotagem; ou

b) da tonelagem de porte bruto das embarcações brasileiras de tipo semelhante de sua propriedade, na navegação de longo curso. (GRIFO NOSSO)

²⁵ OBS: art. 10, III, da lei 932/97 com suspensão de bandeira (lei é mais específica)

§1º O limite de afretamento para navegação de longo curso de que trata o inciso III deste artigo aplica-se exclusivamente para fins de registro da embarcação no Registro Especial Brasileiro – REB, em caráter facultativo, nos termos do Decreto nº 2.256 de 17 de junho de 1997.

§ 2º Os afretamentos de que tratam este artigo devem ser objeto de registro na ANTAQ, no prazo de até 15 dias da data de recebimento da embarcação, mediante cadastro no SAMA, contendo nome, número IMO, IRIN ou número de capitania, tipo e demais características da embarcação, modalidade, valor, remessa cambial, data de início e término do afretamento.

§ 3º A empresa deverá informar no SAMA o local e a data de devolução da embarcação, no prazo de até 15 dias a contar da data de devolução.

§ 4º A empresa brasileira de navegação afretadora deverá encaminhar à ANTAQ, preferencialmente por meio eletrônico, no prazo máximo de 60 dias a partir da data do registro, cópia do contrato de afretamento e, quando solicitada pela ANTAQ, com tradução juramentada.

§ 5º Os afretamentos por tempo, entre empresas brasileiras de navegação de apoio portuário, cujo prazo não seja superior a 24 horas, caracterizados pela disponibilização imediata e expedita de embarcações de bandeira brasileira devem ser objeto de registro na ANTAQ, no prazo de até 15 dias da data de ocorrência, mediante cadastro no SAMA, contendo nome, número IMO ou IRIN ou número de capitania, tipo e demais características da embarcação, valor, data e EBN fretadora, não sendo necessário encaminhar cópia do contrato de afretamento, salvo quando solicitado pela ANTAQ.

§ 6º Para determinação do limite de afretamento de embarcações estrangeiras de que trata o inciso III deste artigo, a tonelagem das embarcações de registro brasileiro, de propriedade de empresa brasileira de navegação fretadas a casco nu a outras empresas brasileiras de navegação, poderá ser considerada como tonelagem própria da empresa afretadora, deixando de integrar a base de tonelagem própria da empresa proprietária, desde que:

I - haja acordo expresso entre as partes;

II - o prazo do contrato de afretamento a casco nu da embarcação brasileira seja superior a 36 meses;

III - a embarcação afretada esteja sendo operada de forma efetiva e contínua na navegação autorizada; e

IV - a ANTAQ seja previamente comunicada, mediante cópia do acordo e do contrato de afretamento; e

V - a embarcação afretada esteja operando efetiva e continuamente.

Seção I

Da Autorização de Afretamento²⁶

Art. 5º Nos afretamentos de embarcação estrangeira que dependem de autorização da ANTAQ, a empresa brasileira de navegação só poderá obtê-la nos seguintes casos:

(...)

III - na navegação de cabotagem, nas modalidades a casco nu sem suspensão de bandeira, por espaço, por tempo ou por viagem, quando:

a) verificada, mediante circularização, inexistência ou indisponibilidade de embarcação de bandeira brasileira do tipo e porte adequados, nos prazos consultados, admitindo-se o bloqueio parcial, nas modalidades por espaço, por tempo em uma única viagem ou por viagem, cuja autorização será limitada ao quádruplo da tonelagem de porte bruto das embarcações de registro brasileiro em operação comercial pela empresa afretadora, a qual também deverá ser proprietária de ao menos uma embarcação de tipo semelhante à pretendida; (GRIFO NOSSO)

b) em substituição a embarcação em construção no País, em estaleiro brasileiro, com contrato em eficácia, enquanto durar a construção, até o limite da tonelagem de porte bruto contratada, na modalidade por tempo, cuja autorização será pelo prazo mínimo de 6 (seis) meses e período acumulado máximo de 36 (trinta e seis) meses e a embarcação a ser afretada deverá ser de tipo semelhante à embarcação em construção, ou na modalidade a casco nu, sem limitação de prazo mínimo ou de embarcação de tipo semelhante; e

c) reconhecida, mediante circularização, a insuficiência da frota nacional para atender às necessidades de transporte, sem a necessidade de possuir embarcação de tipo semelhante em sua frota, respeitadas as demais disposições aplicáveis nesta Norma:

1. nas modalidades a casco nu sem suspensão de bandeira, por tempo ou por viagem, para o fim específico do transporte de hidrocarbonetos, seus derivados e biocombustíveis; e

2. nas modalidades por espaço ou por viagem, para o transporte de veículos por meio de embarcações roll-on roll-off. IV - no transporte de cargas prescritas na navegação de longo curso, nas modalidades a casco nu sem suspensão de bandeira, por espaço, por tempo ou por viagem, quando:

²⁶ Destacada em: verde (comum aos parâmetros legais da lei da cabotagem e de criação da ANTAQ – parâmetros supraleais), azul (inovação), vermelho (em flagrante contradição aos parâmetros supraleais)

a) verificada, mediante circularização, inexistência ou indisponibilidade de embarcação de bandeira brasileira do tipo e porte adequados, nos prazos consultados, admitindo-se o bloqueio parcial;

b) em substituição a embarcação em construção no País, em estaleiro brasileiro, com contrato em eficácia, enquanto durar a construção, até o limite da tonelagem de porte bruto contratada, na modalidade por tempo, cuja autorização será pelo prazo mínimo de 6 (seis) meses e período acumulado máximo de 36 (trinta e seis) meses e a embarcação a ser afretada deverá ser de tipo semelhante à embarcação em construção, ou na modalidade a casco nu, sem limitação de prazo mínimo ou de embarcação de tipo semelhante; e

c) reconhecida, mediante circularização, a insuficiência da frota nacional para atender às necessidades de transporte, sem a necessidade de possuir embarcação de tipo semelhante em sua frota, respeitadas as demais disposições aplicáveis nesta Norma:

1. nas modalidades a casco nu sem suspensão de bandeira ou por tempo, para o fim específico do transporte de hidrocarbonetos, seus derivados e biocombustíveis; e

2. nas modalidades por espaço ou por viagem, para o transporte de veículos por meio de embarcações roll-on roll-off.

§ 1º Cada afretamento de embarcação estrangeira será autorizado pelo prazo de até 12 (doze) meses, a contar da data de entrega da embarcação.

§ 2º O prazo de autorização do afretamento de embarcação estrangeira, nos casos em que haja registro ou informação de disponibilidade futura de embarcação nacional, será limitado ao prazo de indisponibilidade de embarcação de bandeira brasileira.

§ 3º A ANTAQ poderá autorizar o afretamento além do limite de tonelagem de que trata a alínea “a” do inciso III deste artigo, mediante solicitação devidamente justificada.

§ 4º A ANTAQ deverá ser comunicada, em até 5 (cinco) dias, do cancelamento, suspensões ou modificações que venham a ocorrer no contrato de afretamento, bem como das interrupções não previstas no mesmo.

3.4 CONFLITOS ENTRE A LEI 9.432/97 E AS NORMAS INFRASLEGAIS ESTABELECIDAS PELA RESOLUÇÃO 2920/13 E RESOLUÇÃO NORMATIVA 01/15 – ANTAQ

Para que se possa visualizar de forma mais clara os conflitos existentes entre a legislação e atos normativos estabelecidos pela Agência Nacional de transportes aquaviários apresenta-se abaixo um quadro com os principais dispositivos legais em relação ao afretamento de navio estrangeiro na navegação de cabotagem. Antes reforça-se as previsões legais relativas à questão na Constituição e na Lei 10.233/01 (lei de criação da ANTAQ):

- No art. 22, inciso I da CRFB/88: “Compete privativamente à União legislar sobre: I – direito civil, comercial, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho” e
- No art. 178 da CFRB/88:

A lei disporá sobre a ordenação dos transportes aéreo, **aquático** e terrestre, devendo, quanto à ordenação do transporte internacional, observar os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade.

Parágrafo único. **Na ordenação do transporte aquático, a lei estabelecerá as condições em que o transporte de mercadorias na cabotagem e a navegação interior poderão ser feitos por embarcações estrangeiras.** (GRIFO NOSSO)

- No art. 27 da lei 10.233/01:

Cabe à ANTAQ, em sua esfera de atuação:

XXIV - autorizar as empresas brasileiras de navegação de longo curso, de cabotagem, de apoio marítimo, de apoio portuário, fluvial e lacustre, o afretamento de embarcações estrangeiras para o transporte de carga, **conforme disposto na Lei nº 9.432, de 8 de janeiro de 1997**; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.217-3, de 4.9.2001) **(GRIFO NOSSO)**

Reforçados os standards legais impostos à ANTAQ apresenta-se abaixo o quadro comparativo em relação ao afretamento de navio estrangeiro na navegação de cabotagem nacional previstos na lei 9.432/97, a Resolução 2.920/13 (ANTAQ) RN 01/15 (ANTAQ) que revogou a resolução anterior:

Lei 9.432/97	Resolução 2.920/13 - ANTAQ (Revogada pela RN 01/15)	Resolução Normativa 01/15 - ANTAQ
Capítulo VI Dos Afretamentos de Embarcações Art. 8º A empresa brasileira de navegação poderá afretar embarcações brasileiras e estrangeiras por viagem, por tempo e a casco nu. Art. 9º O afretamento de embarcação estrangeira por viagem ou por tempo, para operar na navegação interior de percurso nacional ou no transporte de mercadorias na navegação de cabotagem ou nas navegações de apoio portuário e marítimo, bem como a casco nu na navegação de apoio portuário, depende de autorização do órgão competente e só poderá ocorrer nos seguintes casos: I - quando verificada inexistência ou indisponibilidade de embarcação de bandeira brasileira do tipo e porte adequados para o transporte ou apoio pretendido; II - quando verificado interesse público, devidamente justificado; III - quando em substituição a embarcações em construção no País, em estaleiro brasileiro, com contrato em eficácia, enquanto durar a construção, por período máximo de trinta e seis meses, até o limite: a) da tonelage de porte bruto contratada, para embarcações	Seção I Da Autorização de Afretamento Art. 5º A empresa brasileira de navegação de cabotagem poderá obter autorização para afretar embarcação estrangeira: I - por viagem, no todo ou em parte, ou por tempo para uma única viagem: a) quando constatada a inexistência ou a indisponibilidade de embarcação de bandeira brasileira, do tipo e porte adequados para o transporte pretendido; b) quando verificado que as ofertas para o transporte pretendido não atendem aos prazos consultados ou que as condições ofertadas não são compatíveis com o mercado. II - por tempo, a casco nu ou por viagem, no todo ou em parte, ou por tempo para uma única viagem, em substituição a embarcação em construção no País, em estaleiro brasileiro, com contrato em eficácia, enquanto durar a construção, até o limite da tonelage de porte bruto contratada. § 1º A autorização para afretamento de que trata o inciso II deste artigo independe de circularização.	Seção I Da Autorização de Afretamento Art. 5º Nos afretamentos de embarcação estrangeira que dependem de autorização da ANTAQ, a empresa brasileira de navegação só poderá obtê-la nos seguintes casos: (...) III - na navegação de cabotagem, nas modalidades a casco nu sem suspensão de bandeira, por espaço, por tempo ou por viagem, quando: a) verificada, mediante circularização, inexistência ou indisponibilidade de embarcação de bandeira brasileira do tipo e porte adequados, nos prazos consultados, <u>admitindo-se o bloqueio parcial, nas modalidades por espaço, por tempo em uma única viagem ou por viagem</u>, cuja autorização será limitada ao quádruplo da tonelage de porte bruto das embarcações de registro brasileiro em operação comercial pela empresa afretadora, a qual também deverá ser proprietária de ao menos uma embarcação de tipo semelhante à pretendida; b) em substituição a embarcação em construção no País, em estaleiro brasileiro, com contrato em eficácia, enquanto durar a construção, até o limite da tonelage de

de carga; b) da arqueação bruta contratada, para embarcações destinadas ao apoio.	§ 2º A autorização para o afretamento de que trata o inciso II, nas modalidades por tempo ou a casco nu somente será outorgada pelo prazo de até 12 (doze) meses. § 3º Os afretamentos autorizados com base no inciso II, feitos em substituição a uma mesma embarcação, não poderão exceder a duração acumulada de 36 (trinta e seis) meses.	porte bruto contratada, <u>na modalidade por tempo, cuja autorização será pelo prazo mínimo de 6 (seis) meses e período</u> acumulado máximo de 36 (trinta e seis) meses e a embarcação a ser afretada deverá ser de tipo semelhante à embarcação em construção, ou na modalidade a casco nu, sem limitação de prazo mínimo ou de embarcação de tipo semelhante; e c) reconhecida, mediante circularização, a insuficiência da frota nacional para atender às necessidades de transporte, sem a necessidade de possuir embarcação de tipo semelhante em sua frota, respeitadas as demais disposições aplicáveis nesta Norma: 1. nas modalidades a casco nu sem suspensão de bandeira, por tempo ou por viagem, para o fim específico do transporte de hidrocarbonetos, seus derivados e biocombustíveis; e 2. nas modalidades por espaço ou por viagem, para o transporte de veículos por meio de embarcações roll-on roll-off.
OBS: Sombra clara (cinza): matéria em comum e sem conflito; Sombra “média”(cinza escura): Inovação da Resolução e sujeito à análise dado o critério subjetivo; Sombra escura com letra em branco: Ato normativo da ANTAQ em conflito e contrariedade à lei supralegal (9.432/97 e 10.233/01). <u>Sublinhado:</u> Inovação em contrariedade indireta		

Num exemplo prático, digamos que uma empresa de navegação brasileira precise transportar cargas/mercadorias entre portos ou pontos do território brasileiro (navegação de cabotagem) e não possua embarcação própria para tal.

Realiza-se então o procedimento de circularização normatizado pela RN 01/15 da ANTAQ em seu art. 2, XVII, que consiste na “consulta formulada por empresa brasileira de navegação a outras empresas brasileiras de navegação sobre a disponibilidade de embarcação de bandeira brasileira para obtenção de autorização da ANTAQ para afretar embarcação estrangeira”.

Este procedimento tem seu fundamento legal no art. 9, I, da Lei 9432/97 que prevê autorização da ANTAQ para o afretamento de embarcação estrangeira a ser utilizada no transporte de mercadorias na navegação de cabotagem somente quando verificada inexistência ou indisponibilidade de embarcação de bandeira brasileira do tipo e porte adequados para o transporte ou apoio pretendido.

Já no inciso III do art. 9 o mesmo dispositivo legal prevê que **a empresa fretadora só pode fretar embarcação estrangeira, quando em substituição a embarcações em construção no país em estaleiro brasileiro (contrato por esta firmado), de menor ou igual tonelagem da embarcação em construção e de menor ou igual arqueação no caso de embarcações destinadas ao apoio.**

A lei é clara quanto à possibilidade do afretamento em questão, inclusive no tangente à especificidade técnica da tonelagem ou arqueação da embarcação fretada. No entanto, **a Resolução Normativa 01/15 da ANTAQ reformula tal previsão legal** ao dispor no art. 5, III desta ao **ampliar o limite da tonelagem da embarcação fretada até o quádruplo da tonelagem das embarcações de registro brasileiro em operação comercial pela empresa afretadora, exigindo também desta que seja proprietária de ao menos uma embarcação de tipo semelhante a ser fretada.**

Faz-se necessária criteriosa análise uma vez que tal resolução extrapola a competência normativa da ANTAQ, pois “legisla” em contradição aos princípios e diretrizes gerais, bem como atribuições previstos nos arts. 12, VII, 20, incisos I e II,

alínea b e 27, incisos IV e XXIV da Lei 10.233/01 e artigo 9º, III, a e b da Lei 9432/97. Isto porque neste último artigo identificamos a clara intenção em fomentar o desenvolvimento da indústria naval brasileira ao condicionar o afretamento de embarcação estrangeira quando em substituição a embarcações em construção no país, em estaleiro brasileiro e somente menor ou igual a tonelagem de porte bruto contratada para embarcações de carga e menor ou igual a arqueação bruta contratada para embarcações destinadas ao apoio.

Em explícita contradição à previsão e intenção do legislador, a ANTAQ, sem competência legislativa, ou no mínimo em desrespeito aos *standards* legais impostos na lei de sua criação, extrapola seus limites técnicos e faz justamente o oposto. Isto porque amplia no art. 5, III da RN 01/15 na navegação de cabotagem nas modalidades a casco nu sem suspensão de bandeira, quando inexistente ou indisponível embarcação brasileira do tipo e porte adequados, o afretamento de embarcação estrangeira de até o quádruplo da tonelagem de porte bruto das embarcações de registro brasileiro em operação comercial pela empresa afretadora.

Não bastasse tal medida confrontar o desenvolvimento da indústria naval brasileira, a Agência, no mesmo dispositivo normativo, ainda limita que a empresa afretadora seja proprietária de ao menos uma embarcação de tipo semelhante à pretendida, contrariando de forma categórica o art. 9, III, a, b, da Lei 9.432/97, que prevê tal possibilidade quando a empresa afretadora possua contrato em eficácia de construção em estaleiro e território brasileiros de embarcação até o limite de tonelagem. Contribui assim não só para o retrocesso, mas para a estagnação da indústria naval que não encontra na prática apoio ou incentivo para seu desenvolvimento.

Além dos fatores acima expostos tal dispositivo normativo trouxe graves consequências para a competitividade do segmento comercial da cabotagem favorecendo explicitamente determinadas empresas em detrimento de outras que tem suas políticas de crescimento e adequação ao mercado atingidas com normas que contrariam a legalidade e a Constituição Brasileira.

4. CONTROLE EXTERNO DAS ATIVIDADES DA ANTAQ

Conforme aponta Castro Junior²⁷ “a regulação do transporte marítimo internacional é supranacional, exercida principalmente pelas regras da IMO e OMC, e nacional, pela ANTAQ e CONIT, **que devem atuar conforme o marco regulatório doméstico – Lei nº 10.233/2001 e Lei nº 9.432/97, entre outras**”. (GRIFO NOSSO)

Explicita o autor que no Brasil adota-se “o princípio da unidade de jurisdições, com o controle judicial dos atos das agências reguladoras, fundado no império do direito e na inafastabilidade da tutela jurisdicional, conforme art. 5º, inciso XXXV da CRFB/88. Neste mesmo sentido Almeida e Xavier²⁸ elucidam que “os atos das agências reguladoras, como também de toda a Administração Pública, não estão isentos de controle”. Isto em razão do supracitado artigo que dispõe que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Hely Lopes Meirelles²⁹ explica que:

“Controle judiciário ou judicial é o exercido privativamente pelos órgãos do Poder Judiciário sobre os atos administrativos do Executivo, do Legislativo e do próprio Judiciário quando realiza atividade administrativa. É um controle *a posteriori*, unicamente de legalidade, por restrito à verificação da conformidade do ato com a norma legal que o rege. Mas é sobretudo um meio de preservação de direitos individuais, porque visa a impor a observância da lei em cada caso concreto, quando reclamada por seus beneficiários. Esses direitos podem ser públicos ou privados – não importa – mas sempre subjetivos e próprios de quem pede a correção judicial do ato administrativo, salvo ação popular, em que o autor defende o patrimônio da comunidade lesado pela administração”.

²⁷ CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de (Coord.) et all. Direito Marítimo, Regulação e Desenvolvimento. Belo Horizonte: Fórum, 2011, pags. 91-95.

²⁸ ALMEIDA, Elizangela Santos de; XAVIER, Elton Dias. O poder normativo e regulador das agências reguladoras federais: abrangência e limites. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 98, mar 2012.

²⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 1995, pag. 605.

Castro Junior ressalta ainda que no âmbito da regulação setorial adota-se o princípio de que o controle dos atos administrativos da agência reguladora deve ser feito de forma excepcional, após esgotada a instância administrativa. Tanto este autor quanto Almeida e Xavier acrescentam que como as decisões das agências reguladoras são eminentemente técnicas o controle via judiciário deve ser, ordinariamente, quanto ao aspecto da legalidade, mas não raro o judiciário avaliará o mérito destes. Isto porque Castro Junior enfatiza que a limitação quanto à análise exclusiva da legalidade dos atos deve ser flexibilizada mediante a ponderação entre os princípios da legalidade, da razoabilidade e da moralidade.

Segundo explica João Aurino de Melo Filho³⁰:

“Quando provocado, o Judiciário poderá analisar não só os requisitos vinculados dos atos de regulação, já que realizará uma análise mais profunda, adentrando no próprio mérito do ato, não para que o juiz imponha suas convicções sobre a conveniência e oportunidade do ato, mas para analisar a subsunção do ato às normas superiores e aos princípios administrativos. O Judiciário, se provocado, poderá fiscalizar, inclusive, o processo que antecede a emanção de um ato de regulação, exigindo informações sobre as opções adotadas e suas correlatas justificativas técnico-científicas. O Judiciário poderá analisar se o órgão regulador adotou todas as providências necessárias para um profícuo e satisfatório desempenho da sua competência discricionária. E um ato de regulação que ignore ou desrespeite as cautelas necessárias, impostas pelo conhecimento técnico ou científico, pode ser analisado e, se for o caso, invalidado pelo Poder Judiciário. É esse controle amplo do Judiciário, pelo menos potencial, que concederá legitimidade à atividade normativa das agências, que não poderão editar atos arbitrários ou desarrazoados, já que estão sujeitas ao controle jurisdicional. Há, então, uma discricionariedade vigiada.”

Ainda que seja autônoma e independente, a ANTAQ, enquanto agência reguladora, não fica alheia a qualquer tipo de controle, ao contrário, submete-se ao controle não só do Judiciário mas por parte dos três Poderes do Estado, como

³⁰ MELO FILHO, João Aurino de. Controle jurisdicional na atividade das agências reguladoras. Delimitação da discricionariedade administrativa. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2163, 3 jun. 2009.

também do Tribunal de Contas da União, órgão integrante do Poder Legislativo Federal.

O controle exercido pelo Poder Legislativo está previsto no artigo 49, X da Constituição Federal que determina que é competência exclusiva do Congresso Nacional fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta. Isto porque o controle legislativo é um instrumento constitucional de preservação da segurança sócio-jurídica da atuação das agências reguladoras federais³¹.

Marçal Justen Filho³² explica que:

O controle parlamentar pode versar, de modo ilimitado, sobre toda a atividade desempenhada pela agência, inclusive no tocante àquela prevista para realizar-se em épocas futuras – ressalvadas a necessidade de sigilo em face das características da matéria regulada. Poderá questionar-se não apenas a gestão interna da agência, mas também se exigir a justificativa para as decisões de cunho regulatório. Caberá fiscalizar inclusive o processo administrativo que antecedeu a decisão regulatória produzida pela agência, com ampla exigência de informações sobre as justificativas técnico-científicas das opções adotadas.

Acrescenta Almeida e Xavier que:

O Tribunal de Contas da União, segundo o art. 71 da Constituição Federal, é órgão auxiliar do Congresso Nacional no controle externo da Administração Pública, cabendo-lhe, apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento; julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público; apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração

³¹ ALMEIDA, Elizangela Santos de; XAVIER, Elton Dias. O poder normativo e regulador das agências reguladoras federais: abrangência e limites. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 98, mar 2012.

³² JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito das Agências Reguladoras Independentes. São Paulo. Dialética, 2009.

direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório; realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II do art. 71; fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo; fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município; prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas; aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário; assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade; sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal; e representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados.

E ainda sobre o controle via Poder Executivo os mesmos autores apontam:

Tal como o Legislativo e o Judiciário, o Poder Executivo também não exerce controle direto sobre a atuação das agências reguladoras, até porque, via de regra, sobre as decisões das agências não cabem recursos administrativos impróprios³³, que se caracterizam pela possibilidade de revisão dos atos de uma entidade da administração indireta, que são pessoas jurídicas autônomas, pelo Ministério a qual estão vinculadas.

³³ José Cretella Júnior denota que 'Recurso hierárquico impróprio é o que dirige à autoridade não hierarquicamente superior àquela de que emanou o ato impugnado. É recurso previsto em lei, mas de uso excepcional, visto faltar-lhe o fundamento indispensável da hierarquia.' (...)." (Cretella Junior apud Sérgio Guerra, *Agências Reguladoras e a Supervisão Ministerial*, texto componente do livro *O poder normativo das agências reguladoras*, Alexandre Santos de Aragão, coordenador, Rio de Janeiro: Forense, 2006, pág. 492)

Luiz Henrique Diniz Araujo³⁴ chama atenção para o cabimento limitado do recurso hierárquico impróprio contra as decisões de agências reguladoras. Conclui que “o mais acertado é entender-se pelo cabimento de recurso hierárquico impróprio de decisões de agências reguladoras nos casos de atividades administrativas não finalísticas, afastamento da política de governo e desrespeito aos limites de competência”. Isto porque tal recurso “não seria cabível quando a agência decidir matéria de natureza regulatória em seu âmbito de competência, sob pena de afronta à independência que lhe é inerente”.

Elucidam ainda Almeida e Xavier³⁵ a possibilidade do recurso em questão:

Conforme determina o art. 40, § 1º da Lei Complementar 73/93, Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União, o parecer aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial vincula a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento. Dessa forma, dada a força vinculante do mencionado parecer, no âmbito federal sempre vai haver a possibilidade do recurso hierárquico impróprio das decisões das agências reguladoras ao respectivo Ministro de Estado. Por outro lado, quando a lei expressamente o vedar, como é o caso do § 2º do art. 15 da Lei Federal nº 9.782, **entendemos, também, não prevalecer tal disposição frente ao comando do Art. 5º XXXIV da Constituição Federal que determina que é a todos assegurado, independentemente do pagamento de taxas, o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder; e nesse caso, o direito de petição deve ser entendido de maneira ampla, de forma a abarcar o recurso hierárquico impróprio, mesmo que se trate de atividade fim da agência reguladora, pois tratando-se de direito fundamental, não pode ser restringido pela lei, já que a própria Constituição não o restringiu.**

Nesse sentido também aponta José dos Santos Carvalho Filho³⁶:

³⁴ ARAUJO, Luiz Henrique Diniz. Hipóteses de Cabimento de Recurso Hierárquico Impróprio contra Decisões de Agências Reguladoras. Trabalho apresentado pelo autor Procurado Federal.

³⁵ ALMEIDA, Elizangela Santos de; XAVIER, Elton Dias. O poder normativo e regulador das agências reguladoras federais: abrangência e limites. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 98, mar 2012.

³⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 22 ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009.

Outro relevante instrumento de controle administrativo é o direito de petição. Consiste esse direito, de longínqua tradição inglesa, na faculdade que têm os indivíduos de formular aos órgãos públicos qualquer tipo de postulação, tudo como decorrência da própria cidadania. A constituição em vigor contempla o direito de petição entre os direitos e garantias fundamentais, estabelecendo no art. 5º, XXXIV, “a”, ser a todos assegurado “o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa dos direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder”. Avulta observar que esse direito tem grande amplitude. Na verdade, quando admite que seja exercido para a “defesa de direitos” não discrimina que tipo de direitos, o que torna admissível a interpretação de que abrange direitos individuais e coletivos, próprios ou de terceiros, contanto que possa refletir o poder jurídico do indivíduo de dirigir-se aos órgãos públicos e deles obter a devida resposta.

Desta forma, embora previsto no §3º do art. 68 da lei de criação da ANTAQ que “qualquer pessoa, desde que seja parte interessada, terá o direito de peticionar ou de recorrer contra atos das Agências, no prazo máximo de trinta dias da sua oficialização, observado o disposto em regulamento”, eventuais decisões ou conflitos legais, como os já apresentados no presente trabalho, estarão sujeitos não só ao controle interno da agência.

Assim, embora deva ser preservada a autonomia e independência do supracitado órgão redulador, as formas de controle externo apresentadas são de vital importância para o ordenamento jurídico brasileiro, representando verdadeiramente o sistema de freios e contrapesos presente em nosso Estado Democrático de Direito. Isto porque como aponta Augusto Zimmermann³⁷ a separação de poderes e o *Checks and Balances* são perfeitamente compatíveis com o Estado democrático, limitando-se o poder, mas garantindo-se a plena liberdade política dos indivíduos e do direito das minorias. Representa e possibilita a formação do Estado de Direito, pois previne o abuso governamental submetendo-se governantes e governados ao *rule of law*, donde ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de prévia determinação legal.

³⁷ ZIMMERMANN, Augusto. *Teoria Geral do Federalismo Democrático*. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 85/86.

5. INDÍCIOS DA EXISTÊNCIA DE UM CARTEL COMPOSTO PELAS GRANDES EMPRESAS DE NAVEGAÇÃO REFLETIDAS NA RESOLUÇÃO NORMATIVA 01/15 – ANTAQ

Como apresentado no presente trabalho a forte autonomia e a concentração de poderes nas agências reguladoras, em especial da ANTAQ, colocam em risco a sua legitimidade democrática e a sua compatibilidade com o princípio da separação dos poderes. Há o risco potencial de captura dos interesses pelos grupos economicamente mais fortes e politicamente mais influentes, em detrimento de consumidores e usuários de serviços públicos regulados, como se depreende da “teoria da captura”³⁸.

Rafael Oliveira³⁹ aponta que embora existam controvérsias atinentes às agências reguladoras, não se vislumbram óbices intransponíveis do modelo regulatório com o ordenamento jurídico brasileiro contanto que presentes os seguintes fundamentos e requisitos necessários à efetivação de sua legitimidade democrática:

- a) transparência do processo regulatório e efetivação de instrumentos de democracia direta na elaboração de decisões e normas regulatórias (consultas e audiências públicas);
- b) os órgãos colegiados das agências reguladoras devem ser compostos de representantes das mais diversas linhas de interesse (governo, empresas reguladas e sociedade civil), o que garante a pluralidade representativa e democrática;
- c) transferência de legitimidade democrática que ocorre no momento da nomeação dos dirigentes pelo chefe do Poder Executivo, após aprovação do Senado, órgão de forte expressão majoritária (representantes eleitos pelo povo);
- d) teoria dos poderes neutrais: a insuficiência da soberania popular para efetivação da democracia demonstra a necessidade de instituições estatais dotadas de forte autonomia em relação às

³⁸ POSNER, Richard A. Teoria da Regulação Econômica. In: MATTOS, Paulo (Coord.). Regulação Econômica e Democrática: o debate norte-americano. São Paulo: Editora 34, 2004. P. 49-80.

³⁹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 2ª ed. Rev., atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método:2014, pags. 104-105.

diretrizes político-governamentais (exemplo: Tribunais de Contas, Conselhos Nacionais, Agências Reguladoras etc.).

Cabe ratificar que na própria lei de criação da ANTAQ, lei 10.233/01, estão previstas entre os princípios, diretrizes e atribuições desta agência reguladora:

CAPÍTULO IV

DOS PRINCÍPIOS E DIRETRIZES PARA OS TRANSPORTES AQUAVIÁRIO E TERRESTRE

Seção I

Dos Princípios Gerais

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;

III – proteger os interesses dos usuários quanto à qualidade e oferta de serviços de transporte e dos consumidores finais quanto à incidência dos fretes nos preços dos produtos transportados;

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

(...)

XI – ampliar a competitividade do País no mercado internacional;

XII – estimular a pesquisa e o desenvolvimento de tecnologias aplicáveis ao setor de transportes.

Seção II

Das Diretrizes Gerais

Art. 12. Constituem diretrizes gerais do gerenciamento da infra-estrutura e da operação dos transportes aquaviário e terrestre:

(...)

VII – reprimir fatos e ações que configurem ou possam configurar competição imperfeita ou infrações da ordem econômica.

(...)

CAPÍTULO VI

DAS AGÊNCIAS NACIONAIS DE REGULAÇÃO DOS TRANSPORTES

TERRESTRE E AQUAVIÁRIO

Seção I

Dos Objetivos, da Instituição e das Esferas de Atuação

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.

(...)

Seção III

Das Atribuições da Agência Nacional de Transportes Aquaviários

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

IV – elaborar e editar normas e regulamentos relativos à prestação de serviços de transporte e à exploração da infra-estrutura aquaviária e portuária, garantindo isonomia no seu acesso e uso, assegurando os direitos dos usuários e fomentando a competição entre os operadores;

(...)

VIII – promover estudos referentes à composição da frota mercante brasileira e à prática de afretamentos de embarcações, para subsidiar as decisões governamentais quanto à política de apoio à indústria de construção naval e de afretamento de embarcações estrangeiras;

(...)

XXIV - autorizar as empresas brasileiras de navegação de longo curso, de cabotagem, de apoio marítimo, de apoio portuário, fluvial e lacustre, o afretamento de embarcações estrangeiras para o transporte de carga,

conforme disposto na Lei nº 9.432, de 8 de janeiro de 1997; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.217-3, de 4.9.2001)

(...)

§ 1º No exercício de suas atribuições a ANTAQ poderá:

I – firmar convênios de cooperação técnica e administrativa com órgãos e entidades da Administração Pública Federal, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, tendo em vista a descentralização e a fiscalização eficiente das outorgas;

(...)

Seção IV

Dos Procedimentos e do Controle das Outorgas

Subseção I

Das Normas Gerais

(...)

Art. 31. A Agência, ao tomar conhecimento de fato que configure ou possa configurar infração da ordem econômica, deverá comunicá-lo ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, à Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça ou à Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, conforme o caso.

(...)

Art. 32. As Agências acompanharão as atividades dos operadores estrangeiros que atuam no transporte internacional com o Brasil, visando a identificar práticas operacionais, legislações e procedimentos, adotados em outros países, que restrinjam ou conflitem com regulamentos e acordos internacionais firmados pelo Brasil.

(...)

§ 2º Identificada a existência de legislação, procedimento ou prática prejudiciais aos interesses nacionais, a Agência instruirá o processo respectivo e proporá, ou aplicará, conforme o caso, sanções, na forma prevista na legislação brasileira e nos regulamentos e acordos internacionais.(GRIFO NOSSO)

Embora caiba a ANTAQ “reprimir fatos e ações que configurem ou possam configurar competição imperfeita ou infrações da ordem econômica” visando “preservar o interesse nacional e promover o desenvolvimento econômico e social” e “ampliar a competitividade do País no mercado internacional”, a Resolução Normativa 01/15 apresenta claras distorções no

afretamento de embarcações estrangeiras não só quanto aos *standards* legais impostos pela lei 9432/97, mas em relação a própria lei de criação da supracitada agência. Há mais que indícios, mas o real favorecimento de determinadas empresas e grupos econômicos em detrimento de uma reserva de mercado para a navegação cabotagem imposto pela legislação “supra normativa”, que tem o claro intuito de proteger e garantir um mínimo de desenvolvimento da indústria naval brasileira.

É notória a corrupção que assola não só a política brasileira, mas os órgãos públicos de uma maneira geral, não sendo diferente em relação às agências reguladoras que caminham na contramão do fundamento de suas criações e atribuições. Especificamente em relação à ANTAQ recentes escândalos assolaram a diretoria desta como observado na operação policial chamada “Porto Seguro” no ano de 2012 que desencadeou o afastamento do diretor-geral da agência e o ajuizamento não só de ação civil pública, mas também penal por parte do Ministério Público Federal por improbidade, favorecimento e corrupção. A operação demonstrou inegavelmente a fragilidade desta agência frente aos gigantescos grupos econômicos do setor.

Assim, em relação a estrutura organizacional da ANTAQ cabe lembrar também os seguintes dispositivos da lei de sua criação que criam competências e responsabilidades aos seus integrantes:

Seção V

Da Estrutura Organizacional das Agências

Art. 52. A ANTT e a ANTAQ terão Diretorias atuando em regime de colegiado como órgãos máximos de suas estruturas organizacionais, as quais contarão também com um Procurador-Geral, um Ouvidor e um Corregedor.

(...)

Art. 56. Os membros da Diretoria perderão o mandato em virtude de renúncia, condenação judicial transitada em julgado, processo administrativo disciplinar, ou descumprimento manifesto de suas atribuições.

(...)

Art. 60. Compete à Diretoria exercer as atribuições e responder pelos deveres que são conferidos por esta Lei à respectiva Agência.

(...)

Art. 63. O Ouvidor será nomeado pelo Presidente da República, para mandato de três anos, admitida uma recondução.

Parágrafo único. São atribuições do Ouvidor:

I – receber pedidos de informações, esclarecimentos e reclamações afetos à respectiva Agência, e responder diretamente aos interessados;

II – produzir semestralmente, ou quando a Diretoria da Agência julgar oportuno, relatório circunstanciado de suas atividades.

Art. 64. À Corregedoria compete fiscalizar as atividades funcionais da respectiva Agência e a instauração de processos administrativos e disciplinares, excetuado o disposto no art. 56.

Parágrafo único. Os Corregedores serão nomeados pelo Presidente da República.

Identifica-se assim que, embora prevista a Ouvidoria e Corregedoria internas, é necessária a enérgica e desgastante atuação por parte de usuários e empresas não integrantes dos grandes grupos ou empresas favorecidas pela ANTAQ no combate a esse sistema sórdido implantado no sistema de transportes aquaviários. Isto porque na maioria das vezes os custos financeiros não só com atuação de advogados, mas perda de contratos e desgaste de imagem dessas empresas não inseridas no esquema levam estas à falência ou a serem absorvidas/compradas pelas empresas maiores, sejam as últimas participantes ou não dessa política nefasta.

Neste âmbito aponta o ilustre doutrinador Osvaldo Agripino Castro Junior⁴⁰:

“Nesse setor, com forte influência do capital transnacional, regra geral, quem está dentro (incumbente) não quer sair, mas também não quer deixar o outro entrar, e muitas vezes aqueles que se aliam e fazem preços predatórios para eliminar os pequenos, possíveis

⁴⁰ CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de (Coord.) et all. Direito Marítimo, Regulação e Desenvolvimento. Belo Horizonte: Fórum, 2011, pags. 55-107 e 460-535.

entrantes. Nessa hora a ANTAQ deve intervir, afinal, regular também arbitrar conflitos, visando sempre o interesse público (não do governo). Não é isso que ocorre no Brasil ainda. Observe-se o que ocorreu com várias empresas de navegação que foram adquiridas por grupos transnacionais que sufocam, mas não deixam extinguir, porque interessa àquelas a aquisição das mais frágeis.

Nesse sentido, para garantir que não haja concorrência desleal e evitar as chamadas bandeiras de conveniência, o monitoramento dos preços, tarifas e fretes pela ANTAQ pode ajudar, bem como maior articulação com o CADE, que precisa conhecer as especificidades do setor.”

Embora Castro Junior aponte a necessidade de maior articulação entre ANTAQ e CADE é explícito que a política e atividades da agência através da RN 01/15 faz exatamente o oposto contribuindo nesta resolução, ao tratar do afretamento, para fomentar um cartel, alimentando velhas práticas e ampliando o *market share* dos grandes armadores estrangeiros⁴¹.

Sobre a “teoria da captura” Daniel Fortes⁴² salienta que “parte dos autores utiliza o termo “captura” para descrever a situação em que determinado ente regulador, não sendo capaz de resistir ao imenso poder dos agentes econômicos vinculados ao campo regulado, passa a atuar tendenciosamente em favor dos interesses destes últimos”. Isto porque o ente regulador converte-se praticamente em um legítimo representante dos interesses das empresas do setor regulado, em detrimento dos usuários dos serviços, bem como em detrimento do próprio Estado em si. Desta forma torna-se ineficaz o objeto deste ente, uma vez que não se encontra mais sua principal característica basilar: a independência.

⁴¹ _____. Concorrência e Regulação da Navegação Nacional. Pesquisado em outubro de 2016. Disponível em: <<https://portogente.com.br/noticias/transporte-logistica/90035-concorrencia-e-regulacao-da-navegacao-nacional>>.

⁴² FORTES, Daniel. A Teoria da Captura nas Agências Reguladoras e sua Aplicação na Lei Nº 12.846/2013. Artigo pesquisado em outubro de 2016. Disponível em: <<http://www.barradasefelix.com.br/artigos/a-teoria-da-captura-nas-agencias-reguladoras-e-sua-aplicacao-na-lei-no-12-8462013/>>.

Sobre o conceito de captura VITAL MOREIRA⁴³ esclarece:

Captura se configura quando a agência perde a sua condição de autoridade comprometida com a realização do interesse coletivo e passa a produzir atos destinados a legitimar a realização dos interesses egoístas de um, alguns ou todos os segmentos empresariais regulados. A captura da agência se configura, então, como mais uma faceta do fenômeno de distorção de finalidade dos setores burocráticos estatais.

Daniel Fortes acrescenta que a captura pode também ocorrer da forma inversa: “ao invés do sujeito entrar na agência reguladora, um indivíduo que já esteja dentro da mesma é cooptado para atuar de acordo com os interesses econômicos. Esta também seria uma hipótese da captura, senão a mais comum”.

Assim, a expressão “risco de captura” pode ser utilizada em sentido mais amplo, abrangendo situações em que se verifica a ineficácia do órgão regulador ou a contaminação de sua atuação pelos interesses de algumas das partes diretamente interessadas nas relações concernentes à atividade regulada. Neste sentido, a “captura descreve a situação em que o ente regulador passa a atuar com parcialidade, com o intuito de favorecer uma das partes envolvidas com o campo regulado, ou ainda, passa a ser uma estrutura inoperante, meramente figurativa”.

Floriano Azevedo Marques Neto⁴⁴ aponta quatro diferentes e graves riscos dentro desta hipótese de captura:

- A) **Risco de Concussão:** Seria a hipótese sobre o problema da corrupção, em que o sujeito receberia vantagem indevida para favorecer terceiros. Exigiria uma seleção extremamente minuciosa dos agentes do ente regulador e a existência de mecanismos efetivos e permanentes de controle, inclusive por parte da sociedade.
- B) **Captura por contaminação de interesses:** Seria aquela hipótese que trata da assunção pelo órgão regulador dos valores e interesses do regulado, como se fossem os interesses gerais da coletividade. Esta modalidade de captura seria a mais comumente descrita,

⁴³ MOREIRA, Vital. Auto-regulação profissional e administração pública. Coimbra: Almedina, 1997.

consequência do enorme poder econômico das empresas atuantes nos mais importantes setores regulados e do contato contínuo entre estes sujeitos e o ente regulador.

C) **Captura por insuficiência dos meios:** Esta seria a hipótese em que a atuação do agente regulador é mitigada pela ausência ou má gestão de seus recursos materiais, logísticos, financeiros e humanos. Quando a insuficiência dos recursos é grande, passam a ser impossíveis tanto a interlocução quanto a autoridade exercida pela agência reguladora.

D) **Captura pelo poder político:** É aquela situação que ocorre quando não existem os instrumentos capazes de assegurar a independência do ente regulado, este passando a ser um mero agente dos interesses políticos-partidários dos governantes. Esta seria uma captura extremamente perigosa, uma vez que levaria a uma inviabilização da agência em função de um processo de deslegitimação, perante os operadores e os próprios usuários.

Desta forma conclui Daniel Fortes⁴⁵ que “a “teoria da captura” merece uma especial atenção, por ser um tema bastante sensível no que se refere ao campo da regulação, podendo até mesmo comprometer toda a estrutura do fenômeno das agências reguladoras em nosso ordenamento”. Além disso com a lei LEI Nº 12.846 (“lei anti-corrupção”) e o possível enquadramento da teoria da captura na responsabilização das pessoas jurídicas, as empresas privadas também podem sofrer punições, e não somente os diretores das agências. Com o advento da responsabilização objetiva, estes agentes econômicos não têm mais a certeza da “irresponsabilização” que pairava anteriormente. Na situação atual, independe da comprovação de dolo por parte da empresa, sendo objetiva a sua responsabilidade.

É possível que todas estas práticas acima descritas sejam enquadradas na tipificação da lei 12.846/13:

Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que

⁴⁵ FORTES, Daniel. A Teoria da Captura nas Agências Reguladoras e sua Aplicação na Lei Nº 12.846/2013. Artigo pesquisado em outubro de 2016. Disponível em: <<http://www.barradasefelix.com.br/artigos/a-teoria-da-captura-nas-agencias-reguladoras-e-sua-aplicacao-na-lei-no-12-8462013/>>.

atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos:

- I – prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada;
- II – comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei;
- III – comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados.

Desta forma esclarece Daniel Fortes:

Uma das hipóteses de captura é através da concussão, modalidade em que o funcionário público recebe vantagem indevida de terceiros em razão do cargo que ocupa. Sendo assim, inegável que o artigo 5º, inciso I, da supracitada Lei, abarca esta conduta. Afinal, o que seria captura, senão fornecer vantagem indevida a agente público dentro de uma agência reguladora, para conseguir algum benefício?

Sendo assim, a captura pode e deve estar abrangida pela nova Lei Anticorrupção. Não se configura nenhum óbice para que as empresas praticantes destes atos também sejam responsabilizadas. Representaria, sobretudo, uma forma de ressarcimento ao erário público pelos prejuízos causados pela conduta ilícita, através da multa prevista no artigo 6º, inciso I.

Evidentemente que por si só a Lei 12.846/13 não é capaz de acabar com esta nefasta prática da corrupção (que é uma das hipóteses da captura). Entretanto, já representa um significativo avanço, embora, mesmo após seis meses de sua entrada em vigor, não tenha servido de base para a abertura de nenhum processo administrativo em nível federal.

Essa corrupção faz com que a própria razão de ser da agência reguladora não mais exista, uma vez que pressupõe-se uma autonomia do ente em relação aos agentes externos. Pressupõe-se uma relação triangularizada, que é afetada pela corrupção praticada pelos agentes econômicos, com o intuito de receber vantagens indevidas.

Essa Lei terá, por consequência, grande impacto no que se refere aos entes reguladores. Essa responsabilização objetiva das empresas servirá como uma espécie de “freio” em relação aos atos praticados de forma flagrantemente ilícita. Servirá para garantir que a agência reguladora tenha sua independência garantida. Tenha sua atuação de forma limpa, sem a nefasta influencia de nenhum agente externo, de modo que não comprometa a função para qual o ente regulador foi criado.

Por fim, cabe esclarecer algumas atribuições e funções do Conselho

Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Esclarece o site do órgão que é uma autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal, que exerce, em todo o Território nacional, as atribuições dadas pela Lei nº 12.529/2011. O Cade tem como missão zelar pela livre concorrência no mercado, sendo a entidade responsável, no âmbito do Poder Executivo, não só por investigar e decidir, em última instância, sobre a matéria concorrencial, como também fomentar e disseminar a cultura da livre concorrência. Informa ainda que qualquer cidadão pode submeter denúncias ao Cade relativas tanto a atos de concentração quanto a condutas anticompetitivas, como por exemplo cartéis.

As denúncias devem ser realizadas por meio de formulário disponível no Sistema Eletrônico de Informações – SEI, que se tornarão automaticamente um processo no sistema. Deverá ser indicado no formulário o tipo de acusação que se pretende fazer, isto é, se é referente a condutas anticoncorrenciais ou a atos de concentração. No primeiro caso, o cidadão pode delatar prática de cartel, venda casada de produtos e serviços, criação de dificuldades para funcionamento de empresas concorrentes, entre outras. Já na segunda hipótese, podem ser informadas operações não notificadas à autarquia e possíveis descumprimentos de Acordos em Controle de Concentrações firmados em atos já autorizados pelo Cade. Há ainda um campo para outros tipos de reclamação relativa a operações aprovadas pelo órgão antitruste.

Desta forma, denúncias sobre a existência ou indícios das atividades ilícitas em questão comentadas podem ser feitas diretamente ao Conselho, independente das atribuições da ANTAQ, até porque como apresentado existem claros indícios de participação ou no mínimo omissão frente aos cartéis no setor do transporte aquaviário, em especial da cabotagem.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através de um modelo gerencial de Administração Pública representado pela desestatização, mediante crescimento de uma política neo-liberal, o Brasil passou a exercer um papel preponderante na fiscalização e regulação, ao invés de exploração direta das atividades econômicas.

Neste contexto é que nasce a Agência Nacional de Transportes Aquaviários, entidade da Administração Pública Indireta, de regime autárquico especial, com a lei 10.233/01 que estabelece princípios, diretrizes e normas gerais, bem como objetivos, atribuições e estrutura organizacional para esta.

No entanto, diante da análise realizada por este trabalho identifica-se que ainda que se refute as teorias de inconstitucionalidade do poder normativo amplo da ANTAQ e se aceite a teoria da deslegalização é unânime entre os doutrinadores que, ainda que legal a autonomia e independência das agências reguladoras para editar normas que imponham direitos e deveres a particulares, a autarquia especial reguladora em questão deva seguir as diretrizes, princípios e *standards* legais norteadores de sua atuação.

Em relação ao tema do afretamento de embarcação estrangeira por empresas brasileiras na navegação de cabotagem a lei de criação da autarquia em questão é clara em impor limites e *standards* legais através da lei nº 9.432/97, anterior a sua criação e que já previa a reserva de mercado no setor da cabotagem, visando claramente o desenvolvimento da indústria naval brasileira. Como amplamente apresentado e ratificado pelo inciso XXVI do artigo 27 da lei 10.233/01 cabe à ANTAQ em sua esfera de atuação autorizar as empresas brasileiras de navegação de longo curso, de cabotagem, de apoio marítimo, de apoio portuário, fluvial e lacustre, o afretamento de embarcações estrangeiras para o transporte de carga, **conforme disposto na Lei nº 9.432, de 8 de janeiro de 1997;** (Incluído pela Medida Provisória nº 2.217-3, de 4.9.2001).

Desta forma, não há qualquer justificativa legal ou mesmo de mercado que

possa justificar uma resolução normativa desta agência reguladora que não só prejudica o desenvolvimento da indústria naval brasileira, confrontando a legislação anterior que deve respeitar conforme indicado na sua própria lei de criação, como aponta indícios de favorecimento de grupos econômicos e grandes empresas do setor. Flagrantemente em contra fluxo não só de suas atribuições e limites a ANTAQ ataca cirurgicamente o que deveria defender com mais veemência: a reserva de mercado na navegação de cabotagem.

Isto porque ao invés de proporcionar ainda mais incentivos à contratação e construção de navios brasileiros em estaleiros no país como prevê a lei 9.432/97 ao limitar o afretamento de embarcações estrangeiras na navegação de cabotagem a empresas brasileiras - quando em substituição a embarcações em construção no País, em estaleiro brasileiro, com contrato em eficácia, enquanto durar a construção, por período máximo de trinta e seis meses, até o limite da tonelage de porte bruto contratada, para embarcações de carga; e da arqueação bruta contratada, para embarcações destinadas ao apoio - ela amplia essa possibilidade em flagrante contrariedade à lei.

As consequências são drásticas uma vez que atinge o âmago da legislação anterior (parâmetros legais impostos, repete-se, em sua lei de criação) e da política protecionista da cabotagem, internacionalmente difundida como já apresentado. A agência refuta, portanto, não só a proteção supra legal prevista, como o incentivo e desenvolvimento da indústria naval. Favorece explicitamente a prática desleal de concorrência através da maior abertura a embarcações com bandeiras de conveniência quando deveria ser reduzida até que se chegasse ao seu fim por inúmeros motivos tais como: desrespeito a normas e condições trabalhistas da tripulação, inobservância de regras de segurança marítima de navegação e da própria embarcação, evasão de divisas dos países onde se situam os verdadeiros proprietários dos navios, possibilidade de fraudes documentais e favorecimento à prática de ilícitos.

No entanto, existem formas de controle externo e, embora trabalhosos, onerosos e na maioria das vezes de lento processo, as empresas e particulares que

sofrem com essa política nefasta não podem esmorecer. É preciso denunciar junto ao CADE os indícios desses favorecimentos para que se combata a “captura” e o braço maligno dos grandes grupos econômicos do setor dentro da agência em questão. A influência das grandes empresas de navegação é real e nítida aos mais inocentes olhos, pois se pode perceber o *lobby* destas em cada vírgula e palavra da Resolução Normativa 01/15 no tocante principalmente ao afretamento de embarcações estrangeiras na cabotagem.

Também as representações ao Ministério Público Federal se fazem urgentes e não é à toa que a agência já foi e continua sendo alvo destes guardiões da lei, verdadeiros *custos legis* que independem de provocação como o Poder Judiciário.

O presente estudo certamente, assim como se lê na maioria dos trabalhos acadêmicos, não teve e jamais poderia ter a pretensão de esgotar o tema dada a complexidade e imensa quantidade de informações que se ramificam dentro da regulação de transportes aquaviários. Quis apenas demonstrar ou justificar, que não foi o caso, a flagrante inconstitucionalidade e ilegalidade da resolução normativa em tela. Isto porque esta representa o atraso, verdadeira âncora contra este gigante navio Brasil e seu imenso potencial marítimo que ainda depende, assim como a maioria dos países do Globo pratica, de uma normatização no setor da navegação de cabotagem que favoreça a indústria naval nacional e não o contrário. A indústria e as empresas brasileiras já nadam contra a maré e o que menos se precisa é deste sobre peso criminoso, mas que ainda há de ser eliminado.

Desta forma, este estudo defende que a ANTAQ deve expedir atos normativos técnicos, específicos em relação aos transportes aquaviários, mas jamais poderão ser conferidos poderes a esta para baixar normas complementares às leis em relação à totalidade do setor. Apenas o chefe do Poder Executivo detém poderes para editar normas gerais e abstratas para regulamentar as leis. Os atos normativos expedidos pela ANTAQ, em que pesem, também gerais e abstratos, devem restringir-se a questões pontuais e essencialmente técnicas, e circunscreverem-se aos exatos limites da lei permissiva, quais sejam lei 10.233/01 e lei 9.432/97. Essa também é a melhor interpretação a fim de harmonizar os

dispositivos dos artigos 21, XI e 177, § 2º, III com o art. 84, IV, todos da Constituição Federal.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Elizangela Santos de; XAVIER, Elton Dias. O poder normativo e regulador das agências reguladoras federais: abrangência e limites. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 98, mar 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11293>.

Acesso em maio 2016.

ARAUJO, João Guilherme Mattos Eyer de. Pesquisa sobre o Mercado de Navegação de Cabotagem 2012, ILOS. Diretor de Desenvolvimento de Negócios Instituto de Logística e Supply Chain – ILOS. Acessado em outubro de 2016. Disponível em: <<http://www.ilos.com.br/web/um-retrato-da-navegacao-de-cabotagem-no-brasil/>>.

ARAUJO, Luiz Henrique Diniz. Hipóteses de Cabimento de Recurso Hierárquico Impróprio contra Decisões de Agências Reguladoras. Trabalho apresentado pelo autor Procurador Federal. Acessado em outubro de 2016. Disponível em: <file:///C:/Users/Daniel/Downloads/hipotesesdecabimento_luizhenrique.pdf>.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 21. Ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 165;

BINENNBOJM, Gustavo. Uma Teoria do Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 277-278.

CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica). Coleção SDE/CADE nº 05/2010: Defesa da Concorrência no judiciário. Disponível em <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/documentos-da-antiga-lei/cartilha_defesa_-concorrencia-no-judiciario.pdf/view>. Acesso em maio de 2016.

CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica). Coleção SDE/DPDE nº 03/2009: Combate a Cartéis em Sindicatos e Associações. Disponível em <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/documentos-da-antiga-lei/cartilha_sindicatos.pdf/view>. Acesso em maio de 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 22 ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009.

CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de (Coord.) et all. Direito Marítimo, Regulação e Desenvolvimento. Belo Horizonte: Fórum, 2011, pags. 55-107 e 460-535.

CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. O papel da ANTAQ na regulação da cabotagem brasileira. Revista Marítima Brasileira, v. 130 n. 10/12 out./dez. 2010.

Disponível em <http://www.revistamaritima.com.br/sites/default/files/rmb_4-2010.pdf>. Acesso em maio de 2016.

COLLYER, Wesley O.. A importância do direito marítimo e da regulação dos transportes e portos para o desenvolvimento da logística. J. Transp. Lit., Manaus, v. 7, n. 1, p. 194-201, Jan. 2013. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2238-10312013000100012&lng=en&nrm=iso. Acesso em maio de 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 471-472.

FORTES, Daniel. A Teoria da Captura nas Agências Reguladoras e sua Aplicação na Lei Nº 12.846/2013. Artigo pesquisado em outubro de 2016. Disponível em: <<http://www.barradasefelix.com.br/artigos/a-teoria-da-captura-nas-agencias-reguladoras-e-sua-aplicacao-na-lei-no-12-8462013/>>.

GUERRA, Sergio. Agências Reguladoras e a Supervisão Ministerial, texto componente do livro O poder normativo das agências reguladoras, Alexandre Santos de Aragão, coordenador, Rio de Janeiro: Forense, 2006, pág. 4.

MARTINS, Eliane Maria Octaviano; RAMOS, Gerson Luis Lima. Autonomia da Vontade nos Contratos Marítimos Internacionais de Transporte de Mercadorias e sua Aplicação no Direito Brasileiro. In: CAMPOS, Ingrid Zannella Andrade et al. Aspectos Modernos do Direito Marítimo e Portuário. Editora: Nossa Livraria. Recife, 2015.

MELO FILHO, João Aurino de. Controle jurisdicional na atividade das agências reguladoras. Delimitação da discricionariedade administrativa. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2163, 3 jun. 2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/12903/control-jurisdicional-na-atividade-das-agencias-reguladoras>>. Acesso em: outubro de 2016.

MOREIRA, Mauro Sérgio de Souza. As agências reguladoras no direito brasileiro e o problema da competência normativa abstrata: possibilidade extensão e limites. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIII, n. 79, ago 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8205>. Acesso em out 2016.

NUNES, Pedro. Dicionário de Tecnologia Jurídica. 12ª edição. Rio de Janeiro. Freitas Bastos, 1990.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 2ª ed. Rev., atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método:2014.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Direito Administrativo Regulatório. 2. Ed. Rio de

Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 29.

_____. Concorrência e Regulação da Navegação Nacional. Pesquisado em outubro de 2016. Disponível em: <<https://portogente.com.br/noticias/transporte-logistica/90035-concorrencia-e-regulacao-da-navegacao-nacional>>.

9. REFERÊNCIAS LEGISLATIVAS E NORMATIVAS

9.1 LEGISLAÇÃO FEDERAL

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.

BRASIL. Decreto Executivo nº 6.759, de 05 de fevereiro de 2009. Regulamenta a administração das atividades aduaneiras, e a fiscalização, o controle e a tributação das operações de comércio exterior. Seção VIII – Da Proteção à Bandeira Brasileira. Diário Oficial da União de 06/02/2009, p. 1.

BRASIL. Decreto-lei nº 666, de 2 de julho de 1969. Institui a obrigatoriedade de transporte em navio de bandeira brasileira e dá outras providências. Diário Oficial da União 03 07 1969 005593 1 RET. 27 E 8/08/1969.

BRASIL Lei nº 9.432, de 8 de janeiro de 1997. Dispõe sobre a ordenação do transporte aquaviário e dá outras providências. Diário Oficial Eletrônico de 09/01/1997, p. 467.

BRASIL. Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001. Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes, e dá outras providências. Diário Oficial eletrônico de 06/06/2001, p.1.

9.2 NORMAS JURÍDICAS DA ANTAQ

ANTAQ. Resolução normativa nº 01, de 13 fevereiro de 2015. Aprova a norma que estabelece os procedimentos e critérios para o afretamento de embarcação por empresa brasileira de navegação nas navegações de apoio portuário, apoio marítimo, cabotagem e longo curso. Disponível em <http://www.antaq.gov.br/porta/pdfSistema/Publicacao/Resolucoes_Normativas/2015_0806_Resolucao_Normativa_001_2015.pdf>. Acesso em maio de 2016.

ANTAQ. Resolução nº 2920, de 4 de junho de 2013. Aprova a norma para disciplinar

o afretamento de embarcação por empresa brasileira de navegação na navegação de cabotagem. Disponível em <
<http://www.antaq.gov.br/Portal/pdfSistema/Publicacao/0000005908.pdf>> . Acesso em maio de 2016. Revogada pela Resolução normativa nº 01/15 – ANTAQ.

ANEXO A

CONCEITOS RELAVANTES:

1.1 CONCEITOS PREVISTOS NA LEI ORDINÁRIA FEDERAL 9.432/97:

1. **Afretamento a casco nu**: contrato em virtude do qual o afretador tem a posse, o uso e o controle da embarcação, por tempo determinado, incluindo o direito de designar o comandante e a tripulação;
2. **Afretamento por tempo**: contrato em virtude do qual o afretador recebe a embarcação armada e tripulada, ou parte dela, para operá-la por tempo determinado;
3. **Afretamento por viagem**: contrato em virtude do qual o fretador se obriga a colocar o todo ou parte de uma embarcação, com tripulação, à disposição do afretador para efetuar transporte em uma ou mais viagens;
4. **Armador brasileiro**: pessoa física residente e domiciliada no Brasil que, em seu nome ou sob sua responsabilidade, apresta a embarcação para sua exploração comercial;
5. **Empresa brasileira de navegação**: pessoa jurídica constituída segundo as leis brasileiras, com sede no País, que tenha por objeto o transporte aquaviário, autorizada a operar pelo órgão competente;
6. **Embarcação brasileira**: a que tem o direito de arvorar a bandeira brasileira;
7. **Navegação de apoio portuário**: a realizada exclusivamente nos portos e terminais aquaviários, para atendimento a embarcações e instalações portuárias;
8. **Navegação de apoio marítimo**: a realizada para o apoio logístico a embarcações e instalações em águas territoriais nacionais e na Zona Econômica, que atuem nas atividades de pesquisa e lavra de minerais e hidrocarbonetos;
9. **Navegação de cabotagem**: a realizada entre portos ou pontos do território brasileiro, utilizando a via marítima ou esta e as vias navegáveis interiores;
10. **Navegação interior**: a realizada em hidrovias interiores, em percurso nacional ou internacional;
11. **Navegação de longo curso**: a realizada entre portos brasileiros e estrangeiros;
12. **Suspensão provisória de bandeira**: ato pelo qual o proprietário da embarcação suspende temporariamente o uso da bandeira de

origem, a fim de que a embarcação seja inscrita em registro de outro país;

13. **Frete aquaviário internacional:** mercadoria invisível do intercâmbio comercial internacional, produzida por embarcação.

14. **Navegação de travessia:** aquela realizada: (Incluído pela Lei nº 12.379, de 2010)

a) transversalmente aos cursos dos rios e canais; (Incluído pela Lei nº 12.379, de 2010)

b) entre 2 (dois) pontos das margens em lagos, lagoas, baías, angras e enseadas; (Incluído pela Lei nº 12.379, de 2010)

c) entre ilhas e margens de rios, de lagos, de lagoas, de baías, de angras e de enseadas, numa extensão inferior a 11 (onze) milhas náuticas; (Incluído pela Lei nº 12.379, de 2010)

d) entre 2 (dois) pontos de uma mesma rodovia ou ferrovia interceptada por corpo de água. (Incluído pela Lei nº 12.379, de 2010)

1.2 CONCEITOS PREVISTOS NA RESOLUÇÃO NORMATIVA Nº01/15 DA ANTAQ:

1. **Afretamento:** contrato por meio do qual o fretador cede ao afretador, por certo período, direito total ou parcial sobre o emprego da embarcação, mediante taxa de afretamento, podendo transferir ou não a sua posse;

2. **Afretador:** aquele que tem a disponibilidade da embarcação ou parte dela, mediante o pagamento de taxa de afretamento;

3. **Afretamento a casco nu:** contrato em virtude do qual o afretador tem a posse, o uso e o controle da embarcação, por tempo determinado, incluindo o direito de designar o comandante e a tripulação;

4. **Afretamento por espaço:** espécie de afretamento por viagem no qual o afretador, na cabotagem ou no longo curso, afreta apenas parte da embarcação;

5. **Afretamento por tempo:** contrato em virtude do qual o afretador recebe a embarcação armada e tripulada, ou parte dela, para operá-la por tempo determinado;

6. **Afretamento por viagem:** contrato em virtude do qual o fretador se obriga a colocar o todo ou parte de uma embarcação, com tripulação, à disposição do afretador para efetuar transporte de carga em uma ou mais viagens;

7. **Autorização de afretamento:** ato de caráter precário pelo qual a ANTAQ autoriza a empresa brasileira de navegação a afretar embarcação estrangeira, até a emissão do Certificado de Autorização de Afretamento – CAA;
8. **Bloqueio:** procedimento, com validade temporal limitada, pelo qual uma empresa brasileira de navegação oferece uma embarcação de bandeira brasileira para realizar determinado tipo de navegação marítima, conforme requisitos previamente especificados, em atendimento a uma circularização;
9. **Bloqueio firme:** procedimento de bloqueio reconhecido como válido pela ANTAQ para o atendimento da circularização, comunicando formalmente às partes envolvidas e informando as razões da decisão;
10. **Bloqueio parcial:** quando o bloqueio se faz com parte da capacidade em tonelage requerida, ou por parte do tempo requerido, diante da indisponibilidade de embarcações brasileiras para o bloqueio completo;
11. **Carga prescrita:** carga obrigatoriamente transportada em navios de bandeira brasileira, respeitado o princípio da reciprocidade, incluindo o transporte de mercadorias importadas por qualquer órgão ou entidade da administração pública federal, estadual e municipal, direta ou indireta, inclusive empresas públicas e sociedades de economia mista, bem como as importadas com quaisquer favores governamentais e, ainda, as adquiridas com financiamento total ou parcial, de estabelecimento oficial de crédito, assim também com financiamentos externos concedidos a órgãos da administração pública federal, direta ou indireta, podendo ser estendida às mercadorias cujo transporte esteja regulado em acordos ou convênios firmados ou reconhecidos pelas autoridades brasileiras obedecidas as condições nele fixadas;
12. **Carga de projeto:** carga pesada ou volumosa dotada de características próprias de transporte, por vezes exigindo estudos de estivação e peaço específicos a cada transporte;
13. **Certificado de Autorização de Afretamento – CAA:** documento emitido pela ANTAQ que formaliza a autorização de afretamento de embarcação estrangeira afretada;
14. **Certificado de Autorização de Afretamento com eficácia de data futura:** CAA assinado antecipadamente pela ANTAQ, tornando-se válido a partir da data de recebimento da embarcação;
15. **Certificado de Liberação de Carga Prescrita – CLCP:** documento emitido pela ANTAQ que formaliza a liberação do transporte de carga prescrita em embarcação estrangeira operada por empresa de navegação estrangeira;

16. **Certificado de Liberação de Embarcação – CLE:** documento emitido pela ANTAQ que formaliza a liberação de embarcação estrangeira afretada por empresa brasileira de navegação de longo curso, prestando serviço regular para o transporte de carga prescrita;
17. **Circularização:** procedimento de consulta formulada por empresa brasileira de navegação a outras empresas brasileiras de navegação sobre a disponibilidade de embarcação de bandeira brasileira para obtenção de autorização da ANTAQ para afretar embarcação estrangeira;
18. **Duração acumulada:** tempo total contínuo e ininterrupto empregado na construção da embarcação;
19. **Embarcação em construção:** aquela em construção no País, com contrato de construção em eficácia, cuja execução esteja programada em cronograma físico e financeiro integrante do contrato, com início dado pelo primeiro evento financeiro, desde que atendidas às seguintes condições:
 - a) construção iniciada com o cumprimento de 10% (dez por cento) do cronograma físico e financeiro, vinculados à aplicação dos recursos financeiros na produção da embarcação, tais como o corte das chapas e a construção de blocos;
 - b) ao final do segundo ano com no mínimo 40% (quarenta por cento) da produção da embarcação edificada, ressalvado motivo de força maior reconhecido pela ANTAQ;
 - c) não existência de atraso acumulado, ressalvado motivo de força maior reconhecido pela ANTAQ, com uma variação superior a 20% (vinte por cento) do cronograma físico e financeiro, verificado por meio do envio trimestral à ANTAQ de relatório firmado pelo representante legal informando a evolução da construção, bem como o andamento da execução financeira;
20. **Embarcação de tipo semelhante:** aquela na qual é possível o transporte do mesmo perfil de carga, com acondicionamentos e características equivalentes à embarcação do afretador ou por ele encomendada a estaleiro brasileiro, conforme análise técnica da ANTAQ;
21. **Empresa brasileira de navegação – EBN:** pessoa jurídica constituída segundo as leis brasileiras, com sede no País, que tenha por objeto realizar o transporte aquaviário ou operar nas navegações de apoio marítimo ou portuário, autorizada pela ANTAQ;
22. **Embarcação de bandeira brasileira:** a que tem o direito de arvorar bandeira brasileira, conforme a legislação em vigor;

23. **Fretador:** aquele que disponibiliza, total ou parcialmente, a embarcação para afretamento;
24. **Frete:** mercadoria invisível do intercâmbio comercial, produzida por embarcação; 25. **Hora útil de circularização:** a compreendida entre 9 (nove) horas e 17 (dezessete) horas, de segunda-feira a sexta-feira, excetuados os dias em que não haja expediente na área técnica da ANTAQ responsável pela autorização de afretamento;
25. **Navegação de apoio marítimo:** a realizada para o apoio logístico a embarcações e instalações em águas territoriais nacionais e na Zona Econômica, que atuem nas atividades de pesquisa e lavra de minerais e hidrocarbonetos;
26. **Navegação de apoio portuário:** navegação realizada exclusivamente nos portos e terminais aquaviários, para atendimento a embarcações e instalações portuárias;
27. **Navegação de cabotagem:** navegação realizada entre portos ou pontos do território brasileiro, utilizando a via marítima ou esta e as vias navegáveis interiores;
28. **Navegação de longo curso:** navegação realizada entre portos brasileiros e estrangeiros;
29. **Prazo de mobilização:** é o período de recebimento da embarcação para o início do trabalho, na navegação de apoio marítimo, previsto pela circularização, limitado em sua extensão pelo Artigo 7º desta Norma;
30. **Prazo de recebimento ou carregamento:** intervalo de tempo, informado na circularização, em que a empresa solicitante de afretamento pretende receber a embarcação ou realizar o carregamento da carga;
31. **Remessa cambial:** aquela cujas regras são definidas pelo Banco Central do Brasil;
32. **Subafretamento:** contrato em virtude do qual outro afretador recebe a embarcação dentro da validade de um Registro ou CAA em vigor;
33. **Suspensão provisória de bandeira:** ato pelo qual o proprietário da embarcação suspende temporariamente o uso da bandeira de origem, a fim de que a embarcação seja inscrita em registro de outro país;
34. **Sistema de Gerenciamento de Afretamento na Navegação Marítima e de Apoio – SAMA:** sistema informatizado disponibilizado pela ANTAQ em sua página na internet, com o propósito de agilizar a comunicação entre as empresas brasileiras de navegação e a ANTAQ nas operações de afretamento de embarcações, bem como aprimorar seu gerenciamento nas diversas etapas dos processos;

35. **Taxa de afretamento:** valor pago pelo afretador ao fretador pelo uso de uma embarcação afretada.