

ANÁLISE DA EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE OPERAÇÃO COMERCIAL PELA EMPRESA BRASILEIRA DE NAVEGAÇÃO, À LUZ DO INTERESSE PÚBLICO TUTELADO PELA ANTAQ

Márcio Mateus de Macedo

RESUMO

Este trabalho analisa a Resolução 1811/2010-ANTAQ, que disciplina o critério regulatório a ser observado pelas empresas brasileiras de navegação marítima para a comprovação de operação comercial, à luz do princípio constitucional da função social da propriedade, entendida como embarcação, e da empresa brasileira de navegação. Serão expostos os motivos que levaram à edição da norma em comento, os bens jurídicos que a mesma busca tutelar e os problemas concorrenciais históricos e permanentes que o setor de navegação brasileiro tem enfrentado, no acirrado comércio marítimo internacional. Um breve incursão na conceituação da função social da propriedade e da empresa, bem como sua aplicação aos atores da navegação marítima, seguido do estudo acerca do interesse público que envolve o transporte marítimo nacional é necessário para a devida compreensão dos efeitos nefastos promovidos pelas “empresas de papel”, assim denominadas porque desprovidas de embarcações e frequentes afretadoras de navios estrangeiros. Tais efeitos, fortemente reclamados pelo mercado, tiveram olhar cuidadoso por parte da ANTAQ ao expedir o diploma normativo em cotejo. Em apertada síntese, pode-se concluir que a norma regente da comprovação de operação comercial assegura a efetividade da função social da embarcação, na medida em que impõe a operação própria como exigência regulatória, e da atividade empresarial de transporte marítimo, em busca do desenvolvimento e na construção de uma sociedade mais livre, justa e solidária.

Palavras-chave: comprovação de operação comercial, função social da embarcação, função social da empresa brasileira de navegação, “empresas de papel”.

CAPÍTULO 1 – Introdução

No exercício de sua competência normativa, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários, ANTAQ, edita normas que disciplinam as atividades que se encontram sob sua égide regulatória, com fulcro no poder que lhe foi atribuído pelo legislador por meio da Lei 10.233, de 5 de junho de 2001, especialmente em seu artigo 27, inciso IV:

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;

Investida no poder de autorizar as empresas brasileiras de navegação, segundo o inciso V do supracitado artigo, a ANTAQ expediu normas que estabelecem as regras para a obtenção da outorga de autorização, ora consubstanciadas na Resolução 2510/2012-ANTAQ, bem como demais instrumentos normativos que orientam a conduta do setor regulado em prol da efetivação do interesse público afeto ao tema.

Do arcabouço normativo já editado, o presente trabalho destaca, como objeto de análise, a Resolução 1811/2010-ANTAQ, alterada pela Resolução 2834/2013-ANTAQ, que aprova a norma para disciplinar o critério regulatório para a comprovação da operação comercial pela empresa brasileira de navegação, na navegação autorizada. O documento sob exame regulamenta a obrigação, imposta à empresa brasileira de navegação, de comprovar sua operação comercial em período nonagesimal, conforme já ditava o artigo 15 da antecessora Resolução 843/2008-ANTAQ, mantida posteriormente pelo artigo 13 da Resolução 2510/2013-ANTAQ, que a revogou:

Art. 15. A empresa brasileira de navegação deverá manter aprestada e em operação comercial pela referida empresa, no mínimo, uma embarcação na navegação autorizada, e, no caso de uma paralisação eventual superior a 90 (noventa) dias contínuos, apresentar justificativa devidamente comprovada para apreciação e decisão pela ANTAQ.

Trata-se de um dever comercial de operação a cada período de 90 dias, nem sempre compreendido em toda sua extensão pelo mercado aquaviário, uma vez que, por se tratar de atividade econômica empreendida por particulares, estaria inserida no princípio da livre iniciativa e, por consequência, sujeita às decisões administrativas da direção da empresa. Sua

não observância, vale lembrar, sujeita o infrator à multa de R\$50.000,00 (cinquenta mil reais) por quinzena de inoperância (incisos V e VII do artigo 21 da Resolução 2510/2012-ANTAQ).

Não raro, a fiscalização da ANTAQ, ao flagrar o delito, instaura processo administrativo de natureza sancionatória para apurar seu cometimento e impor sanções, assegurado o direito ao contraditório e à ampla defesa.

A questão que se coloca é saber qual o interesse público tutelado a ensejar a referida exigência por parte da ANTAQ em direção ao mercado a ponto de lhe ser vedada a possibilidade de inércia.

Conforme será conhecido no desenvolver deste ensaio, busca a Agência dar concretude ao princípio constitucional da função social da propriedade e, por decorrência, da empresa brasileira de navegação, com fins ao atingimento do objetivo fundamental da República de construir de uma sociedade livre, justa e solidária.

O primeiro capítulo apresenta um breve estudo histórico, jurídico, doutrinário e jurisprudencial sobre a função social da propriedade e da empresa, bem como sua aplicação às embarcações e empresas brasileiras de navegação, respectivamente.

O segundo capítulo elenca os valores sociais e o interesse público que devem nortear a atividade de navegação marítima, revelando a histórica luta do setor contra a influência de empresas e embarcações estrangeiras, ansiosas por operar em águas jurisdicionais brasileiras em condições absolutamente assimétricas às que estão submetidas embarcações e empresas de navegação nacionais. Trata, ainda, dos efeitos causados pelas denominadas “empresas de papel”, assim chamadas em virtude de não possuírem frota própria ou, ainda que possuidoras, sem que lhe seja dada a efetiva operação, utilizando-se do expediente de afretamento, espécie de locação, de embarcações estrangeiras para a movimentação de bens e serviços brasileiros, a menor custo, quando comparadas às empresas brasileiras de navegação que efetivamente operam, investem e empregam em território nacional.

O terceiro capítulo destrincha, analiticamente, a Resolução 1811/2010-ANTAQ, como norteadora da conduta que deve adotar a empresa brasileira de navegação para a comprovação de sua operação comercial perante o Regulador.

Por fim e por derradeiro, são trazidas conclusões acerca da efetividade da norma regente da comprovação de operação comercial no exercício da função social das

embarcações pelas empresas brasileiras de navegação e os benefícios decorrentes deste dever imposto pela ANTAQ.

O método de pesquisa consiste em incursão doutrinária e revisão bibliográfica especializada na matéria, na jurisprudência de nossos tribunais e em dados coletados de publicações de órgãos que lidaram com a atividade nas últimas décadas.

Ter-se-á, como permanente preocupação, o cuidado em conferir clareza à motivação e ao interesse público que circunda a obrigação de comprovar operacional e comercialmente a fruição das embarcações que sustentam o instrumento de autorização outorgado às empresas de navegação. Isto para legitimar tanto os atos normativos de natureza impositiva, quanto para servir de material para o quadro de servidores na elaboração de notas técnicas que abordem a temática.

No sacerdócio da fiscalização, o autor já entrou em contato com diversas argumentações e irresignações de empresas e operadores sancionados pelo descumprimento desta particular obrigação, de modo que compartilhar reflexões e abranger o tema com a maior completude possível realiza um desejo profissional, ainda que o exaurimento do mesmo seja tarefa sabidamente utópica.

CAPÍTULO 2 – A função social da propriedade e da empresa

A função social da propriedade foi alçada à condição de princípio constitucional, pilar da ordem econômica e assecuratória da dignidade da pessoa humana:

"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 – (...)

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

Este poder-dever inerente ao exercício da propriedade, mormente se considerada como propriedade dinâmica na produção de bens e serviços, reflete a própria evolução da sociedade e o desenvolvimento do modo de produção capitalista.

Decorre, do referido princípio, a função social da empresa, considerada como administradora da propriedade, como responsável por efetivar sua funcionalidade e pô-la a serviço da sociedade.

2.1 A evolução do conceito de função social

O direito romano tem grande influência na formação do direito de propriedade brasileiro, e a transformação pela qual aquele passou, no que tange à propriedade, foi de uma concepção de poder individualista ilimitado para uma concepção justiniana, marcada por um sentido novo e social (CRETELLA JUNIOR, 1999).

Por seu turno, nosso Código Comercial de 1850 teve inspiração no Código Napoleônico, de viés mais individual e absolutista, cujo direito de liberdade assegurando ao titular da propriedade não conhecia limites. Sua utilidade econômica era exercida ao absoluto alvedrio de seu titular, além de lhe conferir *status* de riqueza e posição social. É inegável o papel que teve a Revolução Francesa ao democratizar a propriedade e extirpar privilégios e direitos perpétuos em vigor, dando origem ao Código Napoleônico, com especial atenção à propriedade imóvel.

Surgia na sociedade francesa uma concepção de aristocracia econômica, no lugar da aristocracia de linhagem. Tal caráter individualista no uso da propriedade se fez presente no Código Civil Brasileiro de 1916, e seu artigo 524: “A lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua”, sem que tenha ido muito longe desta concepção o Código Civil de 2002, em seu artigo 1228: “O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha” (PEREIRA, 1999).

O Estado Liberal defendido por Adam Smith teve gradual evolução no sentido de um Estado Social, mais intervencionista.

A evolução da doutrina acompanhou as transformações pelas quais o Estado passou, ao conceber o direito de propriedade em cotejo a limites legais impostos pelo direito positivo,

mormente quando se busca flexibilizar o uso abusivo da propriedade. A partir daí que a semente da função social da propriedade germina, numa clara mudança de orientação.

A propriedade como função social, tal como é vista hoje, teve raízes nas ideias de Leon Duguit. Em vez de ser um direito individual subjetivo, a propriedade passa a ter uma função social, razão de sua existência, e que melhor se adequa às necessidades das relações sociais.

A crítica à ideia individualista da propriedade foi publicada nos anos 20, em obra intitulada: “Lês Transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon”, ou “As Transformações gerais do direito privado pós Código Napoleônico”, em tradução livre. A defesa passava a ser a da obrigação que o proprietário tem de conferir à propriedade uma certa função, intrínseca ao seu papel. Essa riqueza pessoal deve se espalhar para a construção da riqueza geral, satisfazendo necessidades sociais, dando azo ao direito de deter o capital.

Para Duguit, o homem, enquanto inquilino da sociedade, deve ter, por conduta, não atentar contra a solidariedade social. Mais ainda, deve realizar a solidariedade social, e esta deve ser a expressão da lei. Executar e desenvolver este mister deve ser o objetivo do ordenamento positivo.

Os direitos subjetivos, meramente individualistas deixam, paulatinamente, de existir e dão lugar a sentimentos comunitários de solidariedade e justiça, ao vínculo da propriedade para com as necessidades sociais, retirando-a do egoísmo individual e servindo de base para a confecção de normas econômicas.

O que subsiste é o cumprimento de uma função social e não o mero exercício de direitos individuais. Se existe um poder inerente ao proprietário da coisa, existe, por consequência, um dever de destinação social, de realização de desejos difusos, de tal modo que se encontrará satisfeita a posse pelo particular e os interesses do coletivo. Está estabelecido o poder-dever da propriedade, cunhando-se, na mesma moeda, a face do particular e da sociedade.

A função social da propriedade, tal como tida por Duguit, lança a tendência das Cartas Sociais contemporâneas, qual seja, de que a titularidade da coisa a direciona a um dever de concretização do bem social, através de seu emprego segundo sua destinação intrínseca. Em vez de absoluta, a propriedade se abrande, se relativiza em termos de usufruto coletivo, afastando o direito de abuso individual.

A consagração desta construção teórica, na esteira da crise do modelo liberalista da economia e nas transformações sociais que marcaram a virada do século XIX para o século XX, pode ser notada em sede preliminar na Constituição Mexicana de 1917 e na Constituição de Weimar de 1919, na Alemanha.

O texto magno mexicano, segundo Siqueira (2008), marca uma mudança paradigmática para o estado social-liberal, dando novos contornos ao clássico liberalismo até então reinante. Lança-se o princípio da igualdade substancial, pavimentando-se o caminho para a construção do Estado Social de direito moderno. Conceitua-se a propriedade originária como sendo da nação, e a propriedade derivada, do particular, abolindo a exclusividade absoluta da propriedade privada.

A carta alemã de 1919, por sua vez, traça com melhor vanguardismo o Estado Social e sua preponderância sobre a sociedade. A propriedade assume seu viés de dever fundamental, na medida em que ela obriga e que seu uso deve servir ao bem da comunidade.

Foi a primeira a reconhecer a propriedade como dever fundamental. Para este estudo, destaca-se a importância de Artigo 153 da Constituição de Weimar, onde se garante a propriedade, mas ao mesmo tempo, limita seu conteúdo. Cristaliza, em busca do equilíbrio entre o privado e o social, que “A propriedade obriga, seu uso constitui, consequentemente, um serviço para o bem comum”.

No ordenamento jurídico pátrio a orientação não foi diferente. Da propriedade individual estabelecida no antigo Código Civil, para um novo traçado no Código Civil de 2002, houve a constitucionalização da função social da propriedade na Carta da República de 1988, marcando o processo evolutivo do direito nacional, em adequação às transformações pelas quais o país atravessava.

Em outras palavras, o país assistiu ao desenvolvimento dos direitos de segunda geração, aqueles que exigem do Estado uma atuação positiva em favor da sociedade, em contraposição à inércia que impunham os direitos de primeira geração, assecuratórios do indivíduo. Os direitos de terceira geração não se afastam dos valores tutelados pelos de segunda, por serem direitos difusos, em festejo à solidariedade e pela ideia de poder-dever. Indivíduo e sociedade são sujeitos de direitos.

Nosso Pretório Excelso já visitou o tema:

Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) - que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais - realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais)- que se identifica com as liberdades positivas, reais ou concretas - acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade.” (MS 22.164, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento de 30-10-1995, Plenário, DJ de 17-11-1995.)

Uma breve incursão pelas Cartas brasileiras revela que de 1824 a 1969 a propriedade tinha caráter inviolável. No que pertine à Constituição Imperial, destacava o inciso XXII do artigo 179: “É garantido o Direito de Propriedade em toda a sua plenitude”. A Carta de 1891, no §17 do artigo 72 dispunha em sentido análogo, mas com ressalva: “O direito de propriedade mantém-se em toda a plenitude, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade, mediante indenização prévia”.

A Constituição de 1934, já sob os efeitos da Carta Alemã, passou a vincular o Direito de Propriedade a um interesse social, deixando os ideais do liberalismo num passado cada vez mais distante. Previa a proibição do uso da coisa em desfavor do interesse social e possibilitava a intervenção estatal na propriedade, com vistas ao bem comum, desde que devidamente indenizada, conforme rezava o número 17 do artigo 113:

É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-á nos termos da lei, mediante prévia e justa indenização. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, poderão as autoridades competentes usar propriedade particular até onde o bem público o exija, ressalvado o direito a indenização ulterior.

Esta linear evolução constitucional na assunção da propriedade como função social destinada a satisfazer as necessidades da coletividade teve revés no documento outorgado de 1937, em pleno Estado Novo de Getúlio Vargas. Retornava a mera garantia ao direito da propriedade, salvo desapropriação indenizada, nos termo do número 14 do artigo 122, alterada pela Lei Constitucional nº 5, de 1942:

O direito de propriedade, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia, ou a hipótese prevista no §2 do Art. 166. O seu conteúdo e os seus limites serão os definidos nas leis que lhe regularem o exercício.

O mote social foi retomado a Constituição de 1937, no Título V, que tratava da Ordem Econômica e Social, na letra do artigo 147: “O uso da propriedade será condicionado a bem-

estar social. A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, §16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos”.

Nasce o primeiro contorno da função social, como condição ao direito de propriedade e avançando nos valores democráticos e nas garantias do cidadão, então retirados pela Constituição de 1937 (CAMPANHOLE, 1992).

Todas as Constituições a partir de então, consagraram a propriedade em seu aspecto funcional obrigatório. Mas vale deter maior análise à Constituição Cidadã de 1988.

A Ordem Econômica passa a ser sustentada pelo direito e garantia fundamental da propriedade privada e sua função social. Se por um lado o inciso XXII do artigo 5º garante o direito à propriedade, impondo o consequente limite econômico ao Estado, vinculou-o à função social no inciso seguinte. A não observância impõe sanções, conforme se depreende dos artigos 182 a 191.

O reflexo da solidariedade social no texto constitucional já está antecipado no próprio artigo 3º, como objetivo da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e a redução das desigualdades sociais. Essas normas de conduta em assento constitucional orientam toda a atividade legislativa, judicante e exegética.

Em que pese a cristalização constitucional da função social da propriedade, é possível e até imperativo sua extensão à empresa. Os bens de produção são as fontes de riqueza de uma sociedade, manejadas pela atividade empresarial, que lhe confere dinamismo. As propriedades dinâmicas, em contraposição às propriedades estáticas estão relacionadas com as atividades econômicas, que se destinam a produzir e promover a circulação, a distribuição e consumo de bens. Retirar o capital, os bens de produção do estado de ócio estático significa utilizá-los pela empresa operante, tanto para si quanto à comunidade. É dinamizá-los para produzirem novas riquezas, gerando empregos e sustento aos funcionários da empresa e à sociedade.

A empresa, no sentido econômico, pode ser definida como uma organização de fatores de produção. Por tal conceito, uma vez que a empresa está inserida na ordem econômica como sujeito ativo da atividade produtiva e gestora de propriedades privadas, conclui-se que a limitação que condiciona a livre iniciativa e a propriedade a uma função social tem reflexos diretos na empresa, impondo-lhe também uma função social, à semelhança do que ocorre com o contrato.

A função social do contrato, disposta no artigo 421 do Código Civil, estende esta função à empresa. A função social da impõe limites à vontade e ao interesse dos sócios, exigindo-se equilíbrio entre as forças que participam para o desenvolvimento das finalidades empresariais. Trata-se de uma submissão do interesse particular ao interesse social.

Em igual sentido dispõe a Lei das Sociedades Anônimas, Lei 6.404/1976, que trata das sociedades por ações, e, mesmo anterior à Constituição Federal de 1988, já estabelecia em seu art. 154: “O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa”. Ainda no mesmo documento, destaca-se o parágrafo único do art. 116, com expressa previsão da função social da atividade empresarial:

Art. 116. [...] Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e **cumprir sua função social** e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionista da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender. (destaquei)

De igual sorte, a Lei 11.101/2005, que dispõe sobre a recuperação de empresa, traz, em seu art. 47, expressa menção à função social da empresa e preservação desta:

Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo assim, a preservação da empresa, sua **função social** e o estímulo à atividade econômica. (destaquei)

Embora sem assento constitucional, mas dele derivado, a função social que deve atender a atividade empresarial tem amplo reconhecimento pelo ordenamento jurídico, de sorte que se torna imperioso atribuir caráter indissociável à funcionalidade harmônica de propriedade e empresa, a pautar a ordem econômica.

2.2 A função social do navio e da empresa brasileira de navegação

O navio pode ser qualificado como propriedade dinâmica, na medida é que é bem de produção da atividade empresarial de navegação. A lei 9537/1997, em seu artigo 2º, inciso V assim define embarcação: “qualquer construção, inclusive as plataformas flutuantes e, quando rebocadas, as fixas, sujeita a inscrição na autoridade marítima e suscetível de se locomover na água, por meios próprios ou não, transportando pessoas ou cargas”. Depreende-se, da

definição legal, que se trata de um bem móvel destinado a cumprir funções específicas, a depender da função para a qual embarcação foi construída: transporte de coisas e pessoas, armazenamento e tancagem, apoio portuário, pesca, pesquisa, reboque, apoio à exploração e produção de petróleo *offshore*, turismo, dentre outros.

Consoante o artigo 82 do Código Civil, e com respaldo a definição de navio abordada acima, entende-se que o mesmo estaria inserido no conceito de bens móveis. Lacerda (1984, p. 53) assim discorre sobre a natureza jurídica do navio, *verbis*:

Nos termos da noção dada pelo direito civil para os bens móveis e atendendo ao conceito de navio supra-indicado, deve o navio figurar entre aqueles bens. E assim tem sido considerado desde o direito romano até os dias presentes, exceto a época medieval, em que o valor do navio, crescendo grandiosamente, fez que se o admitisse imóvel, a fim de melhor explicar a necessidade de aumentar o crédito aos senhores feudais.

Não obstante a classificação do navio como bem móvel, o navio, em determinadas conjunturas, se sujeita a algumas regras relacionadas aos bens imóveis. Estes casos específicos se referem à questão da propriedade (Lei 7652/1988), a qual apenas se comprova através de documento emitido por autoridade de registro competente, no caso do Brasil, a Capitania dos Portos ou Tribunal Marítimo, não pode ser transferida sem formalidade cartorária (artigo 478 do Código Comercial), e à hipoteca naval (Decreto 15.788/1922).

Como veículo de transporte de mercadorias e de prestação de serviços, e sendo o frete a contraprestação paga pelo embarcador ao transportador, tem-se que a embarcação é uma fonte produtora de fretes. A definição legal de frete prevista na ordenação dos transportes aquaviários, Lei 9432/1997, vem ao encontro de tal assertiva:

Art. 2º Para os efeitos desta Lei, são estabelecidas as seguintes definições:
XIII - frete aquaviário internacional: mercadoria invisível do intercâmbio comercial internacional, produzida por embarcação.

Na mesma linha lecionam Fernandes e Leitão (2007), para os quais o emprego de uma embarcação pode ser encarado como um bem jurídico, um direito tutelado. O frete, como mercadoria invisível, pode assumir o caráter de bem incorpóreo, recaindo-lhe, portanto, todos os elementos atributivos.

Neste passo, o navio enquanto propriedade dinâmica e produtora da atividade empresarial de navegação tem uma função social a realizar, intimamente relacionada com sua destinação. Desta realidade não pode se afastar, por óbvio, o exercício da regulação estatal,

mediante a imposição de um compromisso positivo por parte do titular do navio com o atendimento dos interesses sociais.

A função social estendida à atividade da navegação exige que o exercício da empresa, a liberdade de iniciativa e a livre concorrência estejam em conformidade com os valores fundamentais da dignidade da pessoa humana, do trabalho em busca do desenvolvimento.

A empresa brasileira de navegação foi definida através do inciso V do artigo 2º, como sendo “pessoa jurídica constituída segundo as leis brasileiras, com sede no país, que tenha por objeto o transporte aquaviário, autorizada a operar pelo órgão competente.”

Ao inserir a empresa brasileira de navegação no rol de autorizatários, o legislador mitigou parte do princípio da livre iniciativa, por reconhecer a necessidade de regulação de uma atividade que se vincula fortemente com interesses latentes da sociedade, além de se relacionar visceralmente com o comércio exterior do país.

Tutelar a funcionalidade da frota brasileira, estimular a indústria naval, assegurar a movimentação de bens e serviços segundo padrões adequados de prestação em prol do desenvolvimento e da geração de riquezas é uma obrigação que se impõe ao Estado Social. E uma das vertentes para o atingimento destes fins colimados é a de cuidar da plena funcionalidade dos bens de produção, sobretudo diante da tensão existente entre o custo-Brasil experimentado pelas empresas brasileiras em oposição aos baixos custos praticados pelos navegadores estrangeiros, cuja desigualdade, se não for devidamente equacionada, acarreta prejuízos à atividade nacional.

Nesta linha de entendimento, a exigência regulatória normatizada pela ANTAQ para obter a outorga de autorização, notadamente no que se refere aos requisitos técnicos, demonstra a clara orientação de defender a propriedade dinâmica da embarcação, a maior distribuição de navios entre os empresários do setor e o estímulo à construção naval, conforme demonstra o artigo 5º da Resolução 2510/2012-ANTAQ:

Art. 5º A fim de obter a autorização para operar na navegação pretendida, a empresa requerente, estabelecida na forma do art. 3º desta Norma, deverá atender aos seguintes requisitos técnicos, alternativamente:

I - ser proprietária de pelo menos uma embarcação de bandeira brasileira que não esteja fretada a casco nu a terceiros, adequada à navegação pretendida e em condição de operação comercial, pela requerente; ou

II - apresentar contrato de afretamento de embarcação de bandeira brasileira, a casco nu, adequada à navegação pretendida, por prazo igual ou superior a um ano, celebrado com o proprietário da embarcação; ou

III - apresentar contrato e cronograma físico e financeiro da construção ou reforma de embarcação de sua propriedade e de bandeira brasileira, adequada à navegação pretendida, em estaleiro brasileiro (...).

Percebe-se que o inciso I condiciona a existência da empresa brasileira de navegação à propriedade de embarcação plenamente funcional, harmonizando o exercício do objeto social da empresa com a função social da propriedade.

O inciso II não se afasta dos valores albergados no inciso anterior. Contudo, em vez da propriedade, faculta-se a posse de embarcação brasileira em condições funcionais, como mecanismo distributivo da frota brasileira entre diversos atores empresariais, em homenagem a uma maior concorrência comercial e melhor aproveitamento dos bens flutuantes.

Embora em orientação distinta, o inciso III tutela a propriedade em seu nascedouro, ao prestigiar a construção naval como base de sustentação de outorga ou, ainda, a reforma de embarcação, ao cuidar para sua conservação e atualização. Dito de outro modo, embora a propriedade neste caso esteja em fase embrionária ou em reparos, pode-se afirmar que o resultado que se tem em vista é futuro, quando o casco em construção estiver pronto ou a embarcação reformada estiver de volta à faina.

Do que de tudo se liquida, função social do navio e da empresa brasileira, cujo objeto seja o transporte aquaviário, encontram-se, em âmbito regulatório, conjugados de sorte a proporcionar a efetiva fruição de movimentar bens e serviços.

CAPÍTULO 3 – O interesse público afeto à navegação marítima.

O transporte aquaviário marítimo, por sua importância dentro da matriz logística nacional, por ser fonte de intensa geração de emprego e renda, por ser interface comercial entre o Brasil e o além-mar, pela segurança ambiental dos mares e pela soberania nacional em seu uso, e por congrega ao seu redor uma densa teia de atividades industriais e de serviços justificam, sem grandes questionamentos, sua inserção na tutela da regulação estatal, em razão do relevante interesse público envolvido.

Se renegada ao puro *laissez-faire*, as tensões naturalmente existentes entre operadores estrangeiros e armação brasileira, bem como a segurança e a qualidade da logística e a balança de serviços brasileira não se equacionam de modo a promover o desenvolvimento sócio-econômico.

3.1 Os interesses envolvidos: segurança, soberania nacional e desenvolvimento econômico.

O Decreto-lei nº 1951/1939 considerou o transporte marítimo, fluvial e lacustre, serviço de utilidade pública, sendo dever do Estado regulá-lo, discipliná-lo e orientá-lo. Sua exposição de motivos mencionava ser dever do Estado a solução dos problemas que interessam à economia nacional como providência indispensável a assegurar o progresso do país. Embora não haja criado, neste momento, um órgão destinado à lida com a navegação, tal lacuna veio a ser suprida pelo Decreto-lei 3100/1941, ao criar a Comissão de Marinha Mercante (CMM), autarquia regulamentadora do setor, com autonomia administrativa e financeira, com o fito de disciplinar as questões relativas à navegação (BIOLCHINI, 2005).

Por certo, a origem da complexa problemática que circunda a matéria dos transportes está na utilidade que o mesmo proporciona ao satisfazer as necessidades nacionais de movimentação de bens e serviços. Vale dizer, de atender aos parâmetros de tempo e espaço requeridos: no lugar exato e no momento certo a atender o desejo do homem. Esta fruição é proporcionada pela logística de transportes, e se confunde com o próprio desenvolvimento histórico do homem e sua organização em sociedade.

Esta dicotomia de produzir bens e serviços e de intercambiá-los no mercado internacional, ao cruzar fronteiras e ter contato com interfaces de sociedades distintas, traz consigo interesses inerentes à própria segurança nacional. Considerando-se, ainda, a gradativa abertura das economias no fenômeno da globalização, cresce a dependência da economia mundial pela matriz internacional de comércio.

Resta inegável, portanto, a importância agregada aos transportes, posto que interessa diretamente ao bem-estar, ao desenvolvimento econômico e a própria segurança do país. Mas não fica restrito à segurança nacional, em seu aspecto isolado, o interesse público que envolve a política de transportes. Há que se considerar também o desenvolvimento econômico-social,

inafastável do vetor segurança, e em dialética com este último como a ótica precisa a se analisar a temática dos transportes.

Feita a correlação entre segurança e desenvolvimento e estabelecida a importância dos transportes para o desenvolvimento da sociedade, resta aprofundar seu papel no processo de produção de riquezas e seu impacto na economia nacional, enquanto serviço. Quanto maiores as taxas de desenvolvimento de uma sociedade, maior se torna a imprescindibilidade dos transportes para o bem estar de seus cidadãos.

Influenciam em sua essencialidade a posição geográfica no globo, a topografia territorial, a extensão dos rios navegáveis, o patamar de tecnologia envolvida nos equipamentos e nas operações, o tipo de comércio que se desenvolve e os principais parceiros comerciais.

No caso do Brasil, tais fatores assumem relevo ímpar para o transporte marítimo: dimensões continentais, uma costa contínua aproximada de 7.500 km, banhada de norte a sul pelo Atlântico (oceano que permite navegar em linha reta para o continente africano, europeu e para a porção setentrional do mesmo continente), topografia suave, grande quantidade de bacias hidrográficas com rios naturalmente navegáveis, proximidade do Canal do Panamá, mercado consumidor interno amplo e com potencial de expansão, grande produção de matéria-prima, condições climáticas favoráveis, economia e democracia estabilizadas.

Pelo fato de a descoberta do nosso território ter se dado pelo mar, os núcleos urbanos nasceram, via de regra, costeiros. E, no processo gradual de ocupação do interior, concentraram-se à beira-rio, quase sempre em hidrovias com acesso ao mar. Neste período colonial, sem infraestrutura de estradas de rodagem, a comunicação entre os povoados restringia-se basicamente ao modo aquaviário.

O período imperial e republicano não conheceu alteração desta matriz, principalmente em virtude do desenvolvimento tecnológico da indústria naval, proporcionada pelo surgimento da máquina a vapor. O que se verificou, na realidade, foi o acentuado uso do transporte marítimo pelas nações, cada vez mais ágil, com maior capacidade e seguro. O mesmo se verificou, ainda que com certo atraso, pelo Brasil.

A II Guerra Mundial representou uma inflexão no setor. Assumido o caráter estratégico do transporte marítimo, veículo de integração nacional, submarinos alemães e italianos passaram a atingir as linhas de suprimento dos países aliados do Atlântico Sul, com

efeitos maléficos sobre a frota brasileira de cabotagem e de longo curso, colapsando a comunicação entre os extremos do país.

A alternativa visível foi a de desenvolver o transporte terrestre, à época ainda rudimentar, limitado e pouco desenvolvido. Essa necessidade de integração, agora terrestre, aliada à construção de Brasília fez desenvolver vetores rodoviários e ferroviários como ligação entre as porções norte e sul do país, passando pela região central.

Se por um lado a navegação de cabotagem guardava estreita relação com a integração e soberania nacional, a navegação de longo curso, num país de corrente comercial internacional escoada quase que totalmente pela via marítima, é de sobremaneira estratégica e sensível, uma vez que qualquer perturbação traz reflexos imediatos à balança comercial do país e interfere em seu desenvolvimento econômico e social. Neste sentido, ficar na dependência de oferta de navios estrangeiros, quer seja em tempos de paz ou em épocas de guerra, fragiliza a posição brasileira no contexto global, sobretudo porque além de utilizados no transporte de mercadorias propriamente dito, as embarcações mercantes são empregadas no apoio a tropas e suprimentos bélicos em épocas de conflito.

A rasa argumentação de que os serviços oferecidos no transporte marítimo em pavilhão estrangeiro seriam mais baratos não merece sobrepor ao interesse público maior de se dispor de uma marinha mercante nacional minimamente suficiente a assegurar a independência brasileira no transporte de sua produção, guarnecida ante a eventuais pressões externas.

Impende aprofundar a questão relativa ao impacto econômico sofrido pelos países com minguada frota de navios de longo curso, especialmente no que tange à influência negativa sobre o balanço de pagamentos pela contratação de serviços junto ao estrangeiro.

Na relação de consumo dos serviços de transportes marítimos internacionais, tem-se, de um lado os países subdesenvolvidos produtores de *commodities* como grandes contratantes de embarcações, e de outro os países desenvolvidos, detentores da maior parte da frota mercante mundial, como contratada. O fluxo de pagamento, assumidamente de grande monta, traz fortes impactos à balança de serviços dos países subdesenvolvidos e em vias de desenvolvimento, constituindo-se em sangria de divisas e recrudescendo o já abissal endividamento do sul face ao desenvolvimento do norte.

Esse fluxo monetário pela contraprestação de serviços é o que agrava o *déficit* do balanço de pagamentos, de tal sorte que, ainda que a balança comercial da exportação da produção seja superavitária, a conta geral do país terá sempre aquele revés a superar. Em outras palavras, eventual saldo positivo nas transações comerciais, a exemplo da soja e do minério de ferro no caso brasileiro, por exemplo, estes efeitos acabam sendo anulados pelos profundos déficits na contratação de serviços para transportar esta mesma carga. E, neste particular, o frete marítimo é um dos componentes principais deste endividamento que corrói a poupança dos países produtores, a despeito de todos os esforços empreendidos para incremento de produção e redução de custos logísticos.

Ainda que se lancem luzes sobre o tema, a bem da verdade as transações invisíveis pouco aparecem nas estatísticas de balança comercial, por sua própria natureza intangível e na dificuldade de mensuração. Enquanto a produção é calculada em termos de valor por volume ou por tonelada, extraindo-se o cômputo no saldo da transação comercial, o mercado de invisíveis é mais impreciso, incerto e inexato. Tampouco seria do interesse dos países desenvolvidos, historicamente favorecidos nestas transações, empreender estudos analíticos acerca do tema, para não despertar o interesse em sua mitigação.

O problema vem de longa data, conforme relata Valente (1972, pp.25-27), cuja transcrição, pela riqueza e pertinência de detalhes, se faz necessária:

A preocupação de quantificar e de determinar, objetivamente, o papel e a importância do capítulo dos invisíveis no balanço de pagamentos das nações menos desenvolvidas só ganhou força, no plano internacional, com a I UNCTAD. A inclusão das transações invisíveis na Agenda da I UNCTAD motivou a elaboração de vários estudos preliminares, de caráter tentativo, sobre a matéria.

A primeira estimativa geral foi publicada pelo Fundo Monetário Internacional. Segundo essa estimativa, num resultado total negativo de US\$ 5,4 bilhões, apresentado pelos balanços de pagamentos dos países em desenvolvimento, em 1961, o déficit nas transações visíveis (importações e exportações) foi de US\$ 1,3 bilhão elevando-se o déficit nas transações invisíveis a US\$ 4,1 bilhões. Para esse vultoso déficit no balanço de serviços, os fretes contribuíram com UR\$ 1,9 bilhão, ou seja, praticamente 50%.

Nesse estudo, ainda que superficial, ficou nítida a identidade e a periculosidade do grande ofensor: 4/5 do resultado total negativo das operações internacionais dos países em desenvolvimento correspondem ao item serviços. Desses 4/5, praticamente a metade corresponde aos fretes marítimos. Uma das maiores fontes de drenagem contínua de divisas que sofrem os países em desenvolvimento, uma das principais razões do seu endividamento crônico e progressivo, estava claramente diagnosticada.

No caso do Brasil, a receita cambial das exportações é a principal fonte de recursos de que o país dispõe para atender a uma pauta relativamente rígida de importações e uma composição altamente deficitária de “serviços”. O resultado negativo líquido

anual das transações invisíveis oscila entre 300 e 400 milhões de dólares. Se compararmos essa situação cronicamente deficitária com a balança individual dos fretes, logo verificaremos o efeito deletério das transações marítimas sobre a capacidade do país de financiar as importações necessárias à manutenção do seu ritmo de crescimento econômico.

Em 1968, por exemplo, quando já começavam a se fazer sentir os incentivos à bandeira brasileira, o comércio exterior brasileiro (importações e exportações) gerou 492 milhões de dólares de fretes brutos. A armação nacional auferiu 153 milhões de dólares daquele total, ou seja, 31% dos fretes brutos gerados. A armação estrangeira ficou com os restantes 69%, isto é, 339 milhões de dólares. Ora, o argumentado na base de que cabe ao importador designar o transportador das mercadorias por ele adquiridas, e que, no caso brasileiro, o valor total das importações praticamente equivale ao valor total das exportações, teríamos que à bandeira brasileira caberia o transporte de 50% daqueles 492 milhões de dólares de fretes brutos, ou seja, 246 milhões de dólares. Assim, a bandeira brasileira deixou de auferir 93 milhões de dólares a que teria direito.

Mas, examinemos o problema ainda mais a fundo. Do total de fretes auferidos pela bandeira brasileira, em 1968 (153 milhões de dólares), apenas 62 milhões foram produzidos com navios próprios; 91 milhões correspondem a navios afretados. Digamos, ainda para argumentar, que a diferença entre o que a armação brasileira percebeu a título de fretes, nessa operação global de afretamento, e o que efetivamente pagou à armação estrangeira, pelo uso de seus navios, isto é, o lucro líquido dos armadores brasileiros, foi da ordem de 10% daquele total de 91 milhões. Teríamos, assim, que a bandeira brasileira, nas operações de afretamento, apenas guardou cerca de 9 milhões de dólares, pagando à armação estrangeira 82 milhões. Adicionemos, então, esses 82 milhões aos 92 milhões de dólares que a bandeira brasileira deixou de receber da quota que lhe estaria teoricamente reservada, corresponde ao transporte de importações do país. Encontraríamos, então, que o Brasil pagou à armação estrangeira 174 milhões de dólares, isto é, os armadores estrangeiros receberam 174 milhões de dólares além dos 246 milhões a que fariam jus. Esse seria, a grosso modo, o total de divisas que o Brasil deixou de ganhar, em 1968, no setor de fretes: 174 milhões de dólares. Esse total corresponde a cerca de 50% do déficit do balanço de invisíveis do país no mesmo período. Eis aqui quantificado, ainda que de forma aproximativa, o impacto dos fretes sobre o comércio exterior brasileiro, apesar de todas as medidas – ditas discriminatórias – que o Brasil vem adotando.

O mercado internacional de fretes é uma faceta invisível das transações comerciais que desfavorece sobremaneira os países em desenvolvimento. Tradicionalmente produtores de carga, dependem como vassalos dos serviços de transportes de empresas de países desenvolvidos.

Segundo pesquisa realizada pelo mesmo autor, estudos estatísticos publicados na *Review Of Maritime Transport*, em 1969, a cargo do secretariado da Conferência das Nações Unidas para o Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD), acusaram que os países desenvolvidos embarcaram 28,1% do total das cargas em 1968 e desembarcaram 75,1%, em termos de volume.

Por outro lado, os países em vias de desenvolvimento exportaram 63,5% do total mundial de cargas, principalmente produtos primários e importaram 18,3%, em regra, de produtos industrializados.

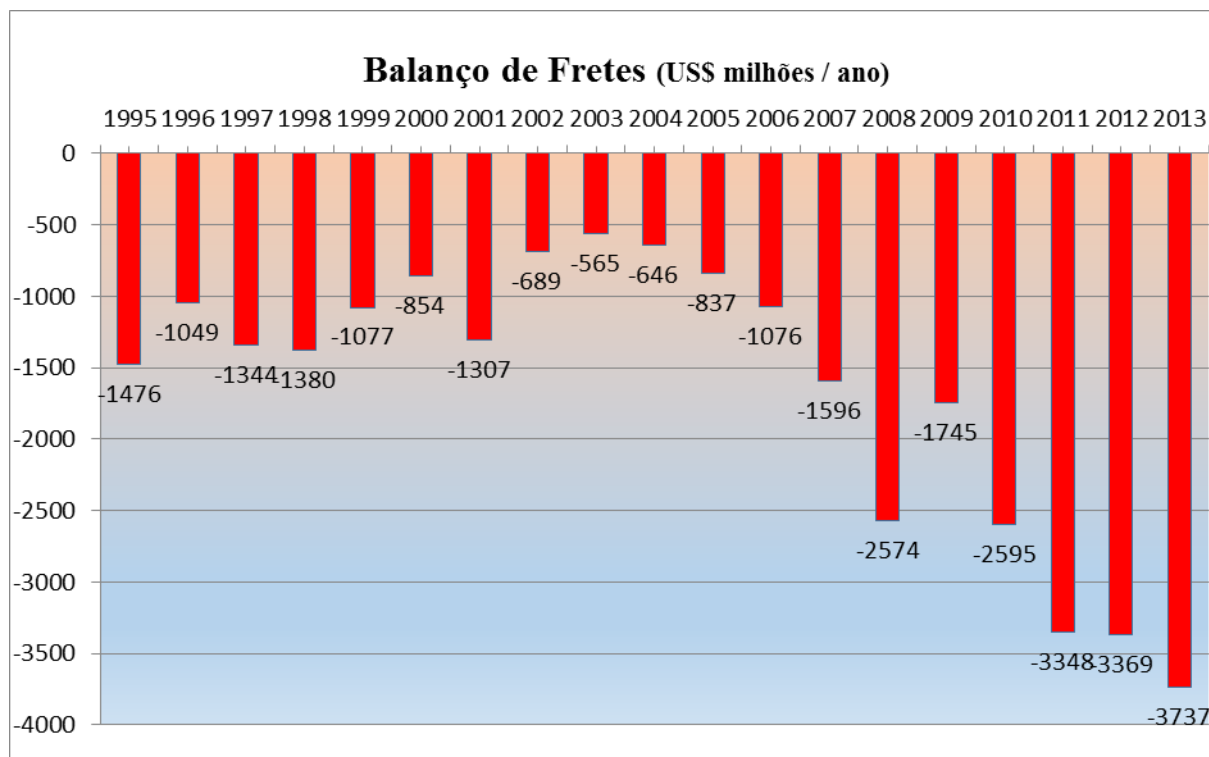
Está definido o papel de cada bloco na matriz de comércio exterior, realidade que não sofreu alterações significativas nestes 45 anos de história: a de que os países menos desenvolvidos respondem por grandes quantidades volumétricas embarcadas, pela natureza própria dos graneis, ao passo que os países desenvolvidos respondem pela exportação de bens industrializados.

Percebe-se, desta feita, que os países em desenvolvimento são responsáveis por boa parte da parcela de carga transportada em termos volumétricos, como demandante de tais serviços. E os serviços são, em sua maioria de capacidade, oferecidos por países desenvolvidos, gerando um fluxo de pagamentos daqueles em direção a estes. Essa profunda diferença não dá mostras de ser resolvida no curto prazo.

Dados a seguir, extraídos do Balanço de Pagamentos, fretes do transporte marítimo, divulgados no sítio do Banco Central do Brasil demonstram que o saldo negativo de fretes pagos no comércio marítimo brasileiro nos últimos 9 anos tem se agravado de modo preocupante, ficando, no último ano, na ordem de 3,737 bilhões de dólares.

Os prejuízos que acarretam a falta de uma marinha mercante forte e competitiva, renunciados há mais de 50 anos, permanecem válidos apesar de todo o avanço experimentado pelo Brasil em diversas áreas, neste interstício de tempo.

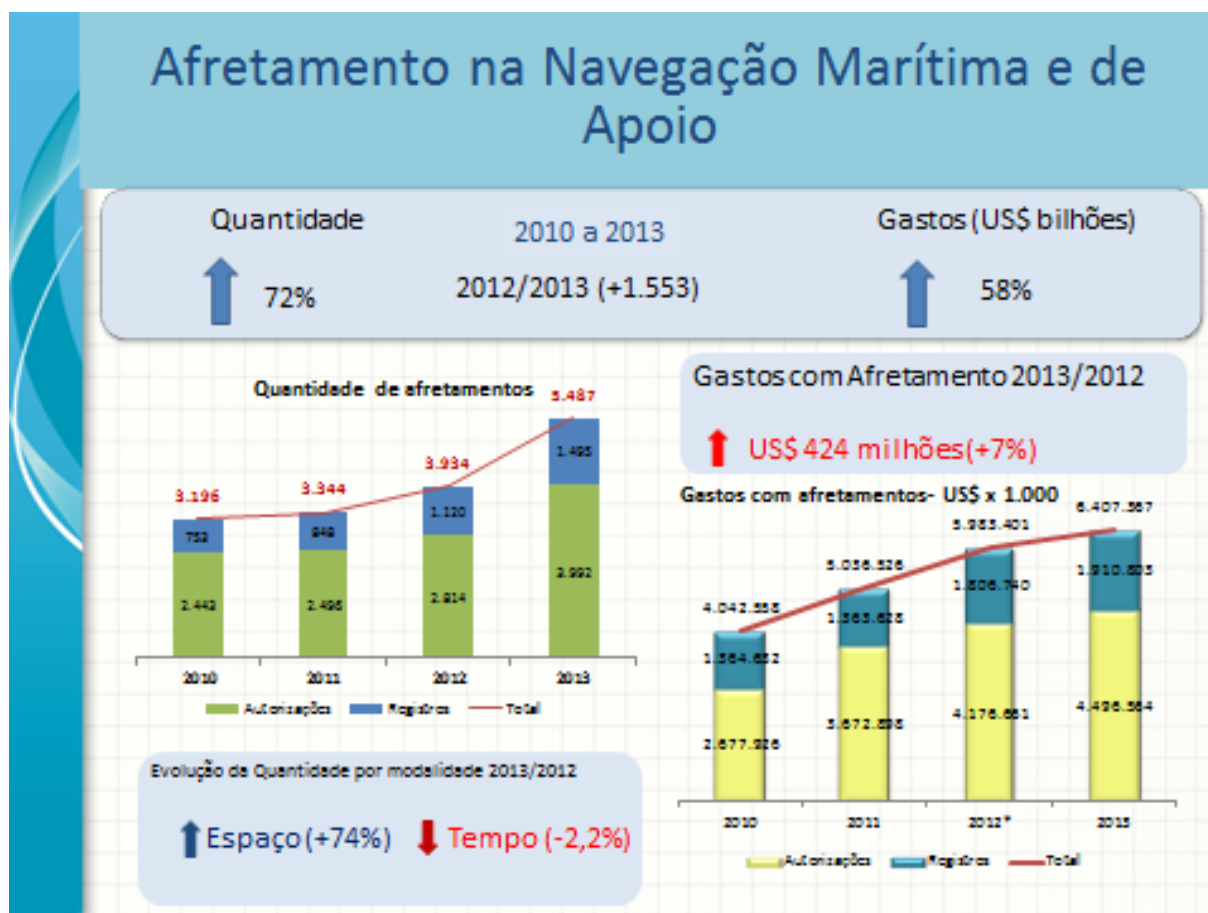
Gráfico 1 – Saldo de Fretes no Transporte Marítimo



Fonte: Banco Central

Além do frete, que remunera o valor pago pelo serviço de transporte, há também os gastos com afretamento, este tido como contrato de locação de embarcações, por meio do qual as empresas brasileiras pagam determinada taxa de afretamento pelo uso temporário de embarcação estrangeira afretada. Esse valor também entra na equação da balança de pagamentos do país, como valores remetidos aos armadores estrangeiros pelo uso de suas embarcações.

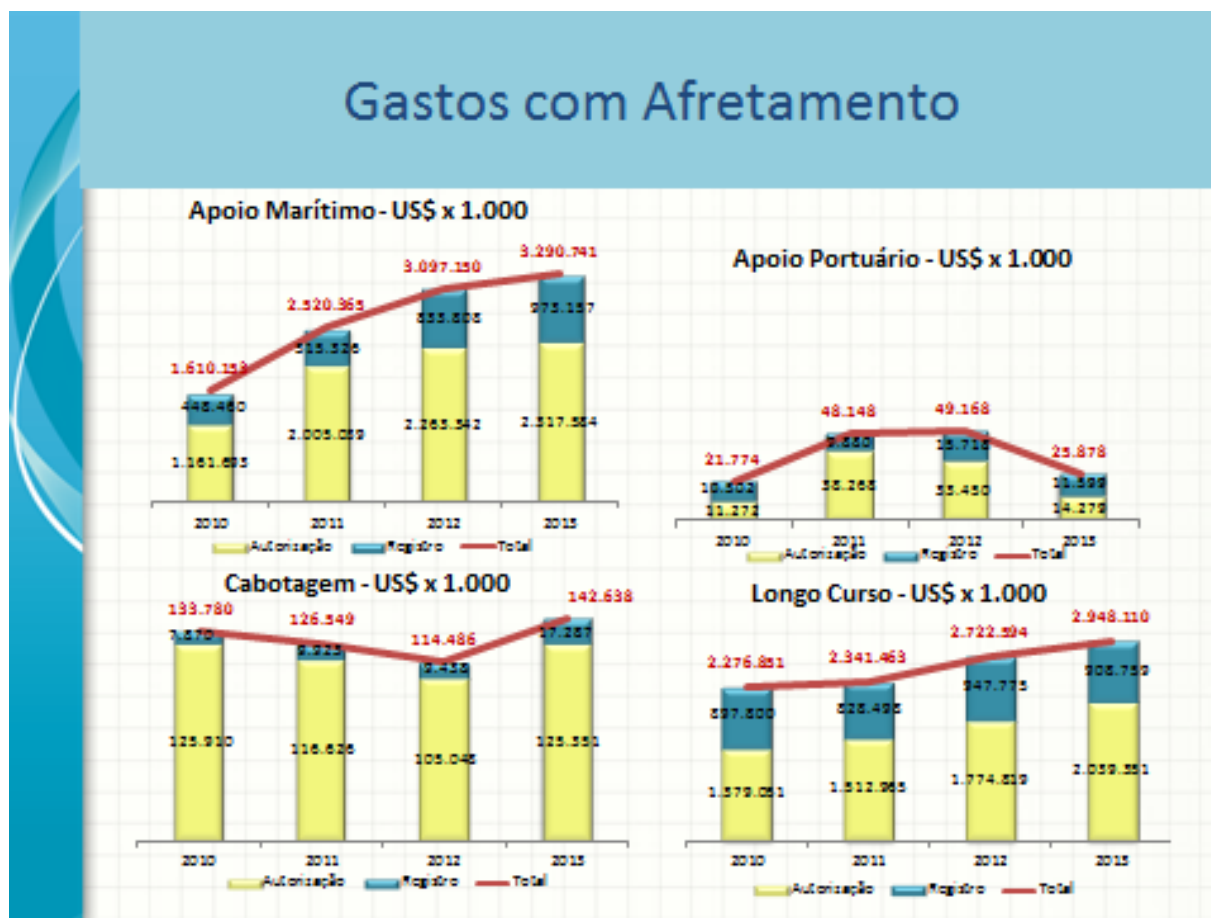
Dados recentes extraídos do Anuário Estatístico Aquaviário, publicado pela ANTAQ em fevereiro de 2014, revelam os superlativos e crescentes valores de afretamento pagos ao exterior pela locação de navios estrangeiros:



Fonte: Anuário Estatístico Aquaviário da ANTAQ

As autorizações de afretamento se referem à locação de navios estrangeiros, ao passo que os registros de afretamento estão relacionados à locação de navios nacionais. Os gastos totais com afretamento somam cerca de 6 bilhões e meio de dólares, sendo 4 bilhões e meio pagos ao exterior. A tendência observada a partir da série, iniciada em 2010, é crescente, da ordem de 58%.

O quadro a seguir retrata a distribuição dos gastos com afretamento entre as quatro modalidades de navegação legalmente previstas na Lei 9432/1997, a saber: (1) 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, (2) apoio portuário, a realizada exclusivamente nos portos e terminais aquaviários, para atendimento a embarcações e instalações portuárias, (3) cabotagem, a realizada entre portos ou pontos do território brasileiro, utilizando a via marítima ou esta e as vias navegáveis interiores e (4) longo curso, a realizada entre portos brasileiros e estrangeiros.



Fonte: Anuário Estatístico Aquaviário da ANTAQ

Por ser aberta a todas as embarcações e armadores, e por ser o vetor do intercâmbio internacional do país, a navegação de longo curso historicamente tem sido a responsável pela maior parte das remessas de pagamentos ao exterior. Todavia, com as descobertas de jazidas de petróleo na área do pré-sal, e com os avanços tecnológicos necessários para se extrair o combustível fóssil de profundidades cada vez maiores, a navegação de apoio marítimo passou, nos últimos anos, a ocupar o posto de maior remetente de valores pagos ao estrangeiro pelo afretamento de embarcações.

Há que se considerar, ainda, o fato de que boa parte da frota mundial encontra-se registrada em bandeiras de conveniência, assim denominadas as bandeiras de países sem tradição na atividade de navegação, sem vínculo genuíno com o navio que busca seu registro, e que oferecem facilidades, a saber: baixa incidência tributária, pouca ou nenhuma fiscalização e legislação branda (especialmente a trabalhista e tributária). Neste último caso, vale lembrar que a lei que rege as relações existentes a bordo do navio é a lei da bandeira que

o navio arvora. Exemplos de países que oferecem registro sob registros de conveniência são: Libéria, Panamá, Chipre, Malta, Bahamas, dentre outros.

Esta prática de registro de navios de grandes armadores sob bandeira de conveniência apenas agrava o problema relatado, uma vez que estabelece uma competição desigual com os navios registrados sob a bandeira dos países em desenvolvimento na briga pelos contratos de transporte de altos volumes de granéis. Fato é que a adoção de bandeiras de conveniência torna-se cada vez mais conveniente aos armadores estrangeiros das grandes potências marítimas, prejudicando a política de construção naval e de desenvolvimento da frota de países menos desenvolvidos.

Comparando o substancial volume de carga gerado pelos países em desenvolvimento com a baixa capacidade de que dispõem as respectivas marinhas mercantes, depreende-se que o frete produzido por esses países é de usufruto predominante dos países desenvolvidos. Em outras palavras, quem gera as enormes oportunidades não consegue aproveitá-las.

Releva deter com mais percuciência esta análise do mercado de fretes, para depois examinar a estrutura internacional adotada no transporte marítimo. Veja-se, primeiramente, o problema do custo do frete e do mecanismo de fixação das tarifas.

O valor atribuído ao frete é uma composição multifatorial que envolve custos operacionais do navio, custos fixos, as despesas pelo uso da infraestrutura portuária e o lucro auferido pelo armador. O custo operacional envolve as despesas do funcionamento normal do navio, especialmente sua armação: combustível, alimentação dos tripulantes, salários e manutenção. Os custos fixos envolvem tributos, seguros, depreciação e taxa de renovação da frota (Adicional ao Frete para Renovação da Marinha Mercante - AFRMM). Já as despesas portuárias vêm do uso da infraestrutura dos terminais: estiva, capatazia, uso do canal de acesso, praticagem, reboque, etc. Há também outros fatores incidentes que dependem do caso concreto, como a quantidade de oferta e demanda pelos serviços de mesma natureza, características da carga, rota de navegação, eficiência dos portos, sazonalidade da safra, oscilações cambiais, dentre outros.

Pode-se considerar em linhas bem gerais, que o percentual do frete varia entre 10 e 15 do preço final das mercadorias trasladadas o mercado internacional, variando conforme o tipo da carga (VALENTE, 1972).

Enquanto os graneis comandam valores de frete mais baixos, quando considerada a unidade de medida, a carga geral e a containerizada, tipicamente industrializada, demandam fretes mais altos por unidade de medida, o que leva os países menos desenvolvidos, importadores de produtos industrializados, a suportarem o ônus de arcar com o fluxo mais caro das relações de transporte marítimo.

A situação se agrava quando se considera que os graneis, cujo valor é negociado em bolsas de valores, como a bolsa de Nova Iorque, estão sujeitos a variações típicas dos mercados, ao passo que os fretes pagos muitas vezes permanecem os mesmos, obrigando os países produtores de matérias-primas a absorverem boa parte desta diferença, para permanecerem competitivos. Não é demais lembrar que os países desenvolvidos, que negociam a compra dos produtos primários, são, muitas vezes, os países detentores de frota capaz de transportar tais mercadorias, deixando os países produtores reféns dessa situação.

O poder que o frete exerce sobre o consumo das mercadorias comercializadas pode ser comparado ao poder dos tributos, na medida em que suas variações influenciam no preço final do produto.

Esta influência do poder que o frete exerce sobre o valor final da mercadoria deve ser analisada sob a perspectiva de que a maior parte dos usuários do transporte marítimo é formada por países em desenvolvimento, o que significa deduzir que sua influência na fixação das tarifas dos fretes é bastante diminuta, ficando ao arbítrio dos transportadores estrangeiros.

Estas questões relativas à precificação dos fretes devem ser levadas em conta na elaboração da política de marinha mercante a ser adotada pelos países nesta condição de desvantagem.

O preço do transporte marítimo não deixa de estar sujeito à clássica regra econômica de oferta *versus* demanda. Contudo, a depender do tipo de transporte, as empresas de navegação podem estar inseridas em ambiente mais concorrencial ou mais oligopolista. O transporte de graneis geralmente enquadra-se no primeiro caso, por se tratar de contratações de navio inteiro, para uma viagem completa, ou determinadas viagens sucessivas, tipicamente *spot*. No caso de transporte de contêineres e carga geral, a regra é a operação em linhas regulares (*liner services*), congregando determinado grupo de armadores, que frequentam os portos com periodicidade definida, com preços fixos de frete.

3.2 Os efeitos deletérios das chamadas “empresas de papel”.

A desregulamentação do transporte marítimo, no contexto da política neoliberal adotada pelo governo Collor, ocorrida no ano de 1990, marcou a liberalização do transporte marítimo, a qual expôs os armadores brasileiros à concorrência internacional, sem que os mesmos apresentassem porte necessário para fazer frente a grandes operadores em escala mundial (SINAVAL, 2010).

A promoção da abertura à concorrência internacional visava à diminuição dos preços dos bens e serviços nacionais, a exemplo de outros setores da indústria tradicionalmente protegidos, como a automobilística, por exemplo.

Se por um lado a entrada desenfreada de armadores estrangeiros refletiu em decréscimo no valor pago pelos fretes de transporte marítimo, em virtude de sua menor matriz de custos, possibilitada pelo registro dos navios em bandeiras de conveniência, por outro lado, a frota de navios de bandeira brasileira sofreu forte declínio e a indústria naval restou praticamente sucateada.

Tal abertura completa e rápida do mercado, levada a cabo por medidas tomadas sem estudos prévios de impacto no setor, a saber, as Portarias 7, 8, 9 e 10 do Ministério da Infra-Estrutura, publicadas no D.O.U em 16 de janeiro de 1991, introduziram fortes efeitos desregulamentadores, respectivamente, às navegações de longo curso, cabotagem, apoio portuário e apoio marítimo. Permitiam, principalmente, acesso a qualquer tráfego pelas linhas autorizadas, e simplificação de regras de afretamento de embarcações estrangeiras.

Tais medidas, aliadas ao congelamento do capital mínimo exigido para a autorização de novas empresas, que chegou a níveis próximos de US\$ 10 mil, e desnecessidade de ter navios próprios, inseriram neste ramo corretores de cargas (*brokers*) e agentes marítimos, até então obrigados a valerem-se dos serviços de empresas de navegação brasileira para o transporte de mercadorias. Mais que estimular a concorrência, o que se observou foi a desarticulação do mercado pelas “novas” empresas, criadas somente para dar cobertura de bandeira aos armadores estrangeiros. As empresas autorizadas também passaram a ter acesso aos tráfegos reservados por acordos bilaterais (Brasil/Argentina, Brasil/Chile etc.), abrindo assim mais uma brecha às empresas estrangeiras (VELASCO e LIMA, 2002).

Releva trazer ao corpo do trabalho os “Considerandos” que levaram à edição das portarias, a exemplo da Portaria 10/MINFRA, de 14/01/1991:

CONSIDERANDO que é objetivo do Programa Federal de Desregulamentação fortalecer a iniciativa privada, em todos os seus campos de atuação, reduzir a interferência do Estado na vida e nas atividades dos cidadãos, contribuir para maior eficiência e menor custo dos serviços prestados pela Administração Pública Federal e atender satisfatoriamente os usuários desses serviços;

CONSIDERANDO que a atividade privada deve ser regida, basicamente, pelas regras de livre mercado;

CONSIDERANDO que compete à Administração Federal autorizar o funcionamento de empresas brasileiras de navegação de apoio marítimo, inclusive no que se refere a especialização por atividade ou tipo de serviço;

CONSIDERANDO que as restrições à livre atuação das empresas brasileiras de navegação de apoio marítimo não se coadunam com os princípios consagrados no art. 170 da Constituição;

CONSIDERANDO, finalmente, que constitui diretriz da política governamental melhorar a eficiência e a competitividade da navegação de apoio marítimo, permitindo maior participação de empresas naquela atividade, resolve:

Art. 1º É facultado às empresas brasileiras autorizadas a funcionar na navegação de apoio marítimo, a exclusivo critério das mesmas, operarem em quaisquer das atividades de apoio marítimo às plataformas continentais de pesquisa, exploração e produção de hidrocarbonetos e outros minerais em águas sob jurisdição nacional.

Art. 2º As empresas de navegação interessadas em operar em mais de uma das atividades previstas no artigo anterior deverão comunicar, previamente, o seu interesse ao Departamento Nacional de Transportes Aquaviários.

Art. 3º Esta Portaria, entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 4º Ficam revogados os itens 6.2, 6.3, 6.4a, 7.1d, 7.2, 7.3, 7.4c, 7.4e, 8, 10, 11, 12, 13, 13.1, 13.2, 14, 16, 16.1, 16.2, 16.3, 16.4, 17.1d, 17.1e, 17.1f, 17.1g, 17.1h, 18g, 21 e os Anexos “A” e “B” da Resolução nº 10.650, de 11 de dezembro de 1989, da extinta Secretaria de Transportes Aquaviários, e demais disposições em contrário.

O livre mercado, o menor preço aos usuários e a livre atuação das empresas foram os alicerces motivadores das breves linhas das referidas portarias, em oposição aos motivos elencados na revogada Resolução 10.650/1989, do Ministério dos Transportes, quais sejam, redução dos custos operacionais pelas empresas, aumento do emprego de embarcações de registro nacional e aumento da competitividade entre as embarcações da frota brasileira, foco até então voltado para a empresa brasileira de navegação.

Segundo Motta (2007), boa parte do surgimento das “empresas de papel” se deu mesmo com a ulterior edição da lei 9432/1997, ordenatória do transporte aquaviário, por introduzir, na lei 9.074/1995, que dispõe sobre outorga e prorrogação de concessões e permissões de serviços públicos, dispositivo que prevê a independência de autorização para o transporte aquaviário de carga, fato que ensejou liminares assegurando o funcionamento de empresas desprovidas de qualquer embarcação.

Nesta mesma linha discorre a doutrina especializada de Biolchini (2005), que remete ao artigo 11 da lei 10233/2001, acerca dos princípios gerais que regem o gerenciamento da infraestrutura e a operação dos transportes aquaviário e terrestre, dentre os quais, a “ampliação da competitividade do País no mercado internacional”.

Deve-se salientar a importância da manutenção da autorização como forma de outorga para o setor privado, porque, no caso da marinha mercante, é difícil instituir um processo licitatório, por diversos motivos: o setor, em sua maior parte, foi privatizado; a autorização é para a empresa e não para o serviço de transporte em si, e o objeto, navegação, é mercado aberto, não havendo o que licitar.

Verificam-se, assim, determinados pontos muito importantes da lei em tela, que podem ser concatenados resumidamente, da seguinte forma: consoante prevê o artigo 29 da lei da ANTAQ, as autorizações somente serão concedidas às empresas ou entidades constituídas sob as leis brasileiras (exigência já prevista na lei ordenatória), com sede e a administração no país, e que atendam aos requisitos técnicos, econômicos e jurídicos estabelecidos pela Agência. Prevê o inciso I do artigo 43 que as autorizações independem de licitação, serão exercidas em liberdade de preço e em ambiente de livre e aberta competição, não tendo prazo de vigência. As empresas que, na época da instalação da ANTAQ, já fossem detentoras de outorgas expedidas por entidades públicas federais do setor de transportes tiveram seus direitos ratificados por meio de novos instrumentos de outorga.

A par da globalização, impõe-se fazer prevalecerem os objetivos fundamentais da República na construção de uma sociedade livre, justa e solidária, calcada no primado do trabalho e no bem-estar e justiça sociais (CF, artigos 3º e 193). Por conta disso, a reestruturação da Administração Pública brasileira, com a instituição de Agências Reguladoras, atribuiu à ANTAQ as funções de regulação do setor aquaviário, baseada, entre outros, nos princípios da preservação do interesse nacional e na promoção do

desenvolvimento econômico e social, visando ampliar a competitividade do país no mercado internacional (BIOLCHINI, 2005).

Ora, em defesa dos interesses nacionais, a própria Constituição Federal, na letra “d”, do inciso XII do art. 21 previu a competência da União para explorar os serviços de transporte aquaviário.

Para cumprir esse mister, a Lei nº 9.432/1997 veio dispor sobre a ordenação do transporte aquaviário e, no inciso V, do artigo 2º, ao definir a denominada empresa brasileira de navegação, especificou dever a mesma cumprir a exigência de estar autorizada a operar pelo órgão competente. Esse requisito, por evidente, além de denotar que a lei em comento seguiu a orientação constitucional, vinculou-a ao cumprimento de tal exigência.

Ocorre que, antes do advento da Portaria nº 6 do Ministério dos Transportes, primeira norma regente da matéria após o período de desregulamentação, qualquer empresa podia obter autorização para atuar como empresa brasileira de navegação, inclusive afretando navios mesmo sem possuir algum.

Ora, sendo a autorização ato administrativo unilateral, discricionário e precário pelo qual a Administração faculta ao particular, *in casu*, a exploração da atividade de utilidade pública, está a mesma sujeita ao poder de polícia do Estado. Portanto, a precariedade da autorização implica a sua cassação, sendo, assim, legítima a Portaria nº 6, ao estabelecer, *v.g.*, no artigo 4º e incisos I a III do artigo 5º critérios gerais para expedição de autorização para empresas brasileiras de navegação operarem no transporte aquaviário.

Dispunha claramente os artigos 4º e 5º da Portaria nº 6 do Ministério dos Transportes que:

Art. 4º A pessoa jurídica interessada em operar como empresa brasileira de navegação deverá ser constituída segundo as leis brasileiras, com sede no país e ter por objeto o transporte aquaviário.

Art. 5º A empresa deverá possuir pelo menos uma embarcação inscrita no Registro de Propriedade Marítima, em tráfego, **operando comercialmente**, além de capital mínimo integralizado de:

I – 6.500.00 UFIRs (seis milhões e quinhentas mil unidades fiscais de referencia), para a navegação de longo curso;

I – 4.500.00 UFIRs (quatro milhões e quinhentas mil unidades fiscais de referencia), para a cabotagem;

I – 2.000.00 UFIRs (dois milhões de unidades fiscais de referencia), para a navegação de apoio”.(destaquei)

Tais empresas, desprovidas de embarcações e sem capital suficiente a honrar os valores contratados, ao contrário de promoverem o desenvolvimento nacional, comprometem a competitividade das empresas de navegação brasileira, já que operam no mercado com os mesmos direitos da bandeira brasileira sem, no entanto, atender aos requisitos mínimos estabelecidos por lei para operarem como tal, configurando uma concorrência desigual.

Os requisitos básicos para uma empresa operar como empresa brasileira de navegação foram estabelecidos pela lei nº 9.432/1997 e pela Resolução 2510/2012-ANTAQ. Quando autorizadas, todas as empresas brasileiras de navegação têm direito às preferências de transporte indicadas pela legislação, aos afretamentos de embarcações estrangeiras conforme regimento vigente, bem como acesso aos recursos do Fundo de Marinha Mercante, através de financiamento e da conta vinculada de Adicional ao Frete para Renovação da Marinha Mercante.

Como contrapartida, exige-se justificadamente que as empresas apresentem determinados requisitos mínimos, entre os quais se destaca a necessidade de ter, própria ou afretada a casco nu, pelo menos uma embarcação de bandeira brasileira adequada à operação que desejam empreender, e apresentarem capital mínimo compatível com o segmento no qual desejam operar, por se tratar de atividade que lida com contratos de grande monta, além, de efetivamente, operarem comercialmente as embarcações que lhe deram a razão de serem autorizadas. Exige-se, desta forma, o real e concreto exercício do objeto social da empresa, disponibilizando à sociedade oferta de serviços de transporte pela via aquaviária.

Todavia, utilizando-se de artifícios, algumas empresas têm conseguido, através de liminares, obter o direito ou a manutenção de serem autorizadas a operar sem atender aos requisitos mínimos da legislação pertinente. A estas empresas conveniu-se denominá-las “empresas de papel” por não apresentarem praticamente baixo ou nenhum capital e investimento, nem estrutura administrativa adquirida, sendo apenas, contempladas com um documento que, embora passível de revogação, lhes permite todos os direitos da bandeira brasileira. Cria-se, assim, uma condição de competição desleal entre estas e aquelas regularmente autorizadas que investiram e lutam com os problemas de competitividade típicos da globalização.

Embora numericamente em menor número, o efeito dessas empresas sobre a economia do País é extremamente danoso. A análise de estatísticas oficiais mostra que enquanto as empresas oficialmente autorizadas geram de fretes com seus navios próprios e eventuais afretados mais do que gastam com afretamentos de embarcações estrangeiras, as “empresas de papel”, ao contrário, gastam com afretamento mais do que geram de fretes.

Estas empresas não contribuem para desenvolvimento do País, não geram empregos, nem diretos na tripulação de navio brasileiros, nem indiretos na construção de navios no Brasil, não contribuem para nossa balança de pagamentos, além de serem possíveis e potenciais instrumentos de evasão fiscal.

Por essa razão torna-se importante a rígida aplicação da legislação pertinente, impedindo a operação destas empresas, danosas à concorrência e à economia do País.

A título exemplificativo, empresas autorizadas e não autorizadas (leia-se: mantidas através de liminares) foram comparadas em termos de geração de fretes e de gastos com afretamentos de navios estrangeiros, para fins de comparação dos efeitos que cada categoria sobre a economia nacional.

Enquanto as empresas regularmente autorizadas pagaram pelo afretamento acumulado no ano de 1997 (frete gerado) o valor de US\$ 302.361.265,00 (isso significa que esse dinheiro saiu do país a título de pagamento de afretamento) e geraram como receita da operação de seus navios próprios US\$ 258.515.862,29, e com navios afretados US\$ 683.395.706,83. Verifica-se, portanto, que geraram mais frete do que gastaram com afretamento de navios, o que é razoável, porque demonstraram que tiveram recursos em caixa para pagar por esses afretamentos e por outros custos envolvidos nas operações.

O oposto ocorreu com as não autorizadas, em valores que despertam a atenção.

As empresas não autorizadas gastaram com afretamento US\$ 92.362.008,00. Ou seja, não geraram nada com navios próprios porque não os tem e com os navios que afretaram geraram irrisórios US\$ 36.069.212,71. Significa dizer que remeteram para o exterior em divisas praticamente o triplo do que geraram com fretes, mas a título de afretamentos (BIOLCHINI, 2005).

O paradoxo reside no fato de que inexiste lógica em gastar mais com afretamento de navios do que a empresa gera com a operação dos mesmos. Fica a indagação de onde foram providos recursos para enviar aos armadores externos.

No caso em tela, torna-se um obstáculo ampliar a competitividade do país no mercado internacional se não forem mitigados os efeitos dessas “empresas de papel” causam ao mercado, enquanto detentoras de direitos típicos de empresas brasileiras de navegação.

A função econômica da regulação do setor aquaviário, que deve visar à regulação da competição, merece atentar a este fenômeno e induzir determinado comportamento aos atores do mercado no sentido da produção de fretes em navios nacionais, tal como se propôs a Resolução 1811/2010-ANTAQ, em análise.

Do exposto, é cediço concluir que as “empresas de papel” não atendem ao princípio da função social da propriedade, quer porque não a possuam, quer porque não a operam de modo efetivo, configurando-se, neste caso, como abuso do direito da propriedade, posto que não se encontra ofertada ao gozo da sociedade, tampouco gerando emprego e renda.

CAPÍTULO 4 – A comprovação de operação comercial segundo a Resolução 1811/2010-ANTAQ.

O termo “operação comercial”, propriamente dito, não possui definição legal, sendo apenas utilizado o termo “operação” em linhas genéricas nas Leis 10.233/2001 e 9432/1997.

Todavia, a exigência se fez presente na Resolução 843/2007 (hoje revogada, porém vigente à época da edição da Resolução 1811/2010) e mantida na atual norma regente da matéria, Resolução 2510/2012, que disciplina as regras que a empresa brasileira de navegação, postulante à autorização, deve observar como condição de manutenção de seu instrumento autorizativo. Senão, vejamos:

Art. 15. A empresa brasileira de navegação deverá manter aprestada e em operação comercial pela referida empresa, no mínimo, uma embarcação na navegação autorizada, e, no caso de uma paralisação eventual superior a 90 (noventa) dias contínuos, apresentar justificativa devidamente comprovada para apreciação e decisão pela ANTAQ.

§ 1º A embarcação de que trata este artigo deverá ser de propriedade da empresa brasileira de navegação ou, no caso de autorização com base no inciso II do art. 5º, afretada a casco nu, por prazo superior a um ano, para as navegações de cabotagem, de apoio marítimo e de apoio portuário.

A obrigação imposta às empresas autorizadas é uma clara demonstração de combate às “empresas de papel”, na medida em que busca efetivar concretamente o uso comercial de embarcações brasileiras regularmente. No caso de base de outorga fulcrada no inciso II do art. 5º, qual seja, de afretamento a casco nu de embarcação de bandeira brasileira, a operação comercial deve ser com esta, afretada.

Houve, indubitavelmente, uma evolução em comparação à redação da primeira norma que regeu a matéria (Resolução 52/2002-ANTAQ), a qual continha o dever de manter embarcação em condição de operação comercial, o que possibilitaria burlas na interpretação, especialmente por parte de empresas que não dessem funcionalidade efetiva às embarcações, mantendo-as somente em *stand by*:

Art. 11 A empresa brasileira de navegação deverá manter aprestada e em **condição de operação comercial**, no mínimo, uma embarcação e, no caso de uma paralisação eventual superior a 90 (noventa) dias contínuos, apresentar justificativa devidamente comprovada para apreciação e decisão pela ANTAQ. (negritei)

Novamente, a busca em que se concentra a imposição é a de geração de renda e empresa, com a utilização do ativo e da valorização do trabalho nacional, trazendo as divisas dessa atividade para a internalidade do país.

E não é só.

A pretensão é, na mesma esteira, a de manter à disposição da sociedade uma frota suficiente, ampla e diversificada a serviço da movimentação de bens, em ambiente de livre e aberta concorrência.

O descumprimento da obrigação sujeita o infrator à cominação prevista no inciso VI do artigo 23 do mesmo normativo:

VI – não manter aprestada e em operação comercial pela empresa na navegação autorizada ao menos uma embarcação adequada, na forma do disposto no art. 15 (Multa de até R\$ 50.000,00 por quinzena de atraso ou fração);

Muito embora o teto pecuniário previsto, cinquenta mil por quinzena de dias não operados, seja de valor significativo, não foi arbitrado a qualquer talante. Primeiro, por coibir exemplarmente a inércia da propriedade e da empresa, conduzindo-a à consecução de seu objeto intrínseco. Segundo, porque os custos envolvidos na manutenção de um navio são de

grande monta, de sorte que o risco da assimetria econômica entre uma empresa em dia com suas obrigações regulatórias e uma “empresa de papel” justificam a penalização exemplar da segunda. Terceiro, porque, uma vez autorizada a empresa, passa a existir no mercado uma expectativa de oferta de transporte de mercadorias, e sua frustração é potencialmente capaz de gerar graves prejuízos a eventuais donos de mercadorias que esperavam contar com esse serviço.

Mas, revisitando a questão da indefinição que circunda a matéria da operação comercial, tal limbo acabou por gerar interpretações, deveras díspares, acerca de seu cumprimento por parte das empresas de navegação.

Ora, se existe um dispositivo que impõe a necessidade de se operar comercialmente, até para que se faça jus ao instrumento de autorização outorgado, bastaria, numa rasa análise, celebrar contratos comerciais de transporte pela via aquaviária para manter-se em dia com a obrigação regulatória. Assumindo-se que, para contratar, a empresa pode se utilizar de navios afretados de terceiros e, conforme já visto, a preferência acaba por recair sobre os navios de bandeira alienígena, por não incidir o famigerado custo-Brasil, restou indispensável disciplinar o tema por meio de normativo específico.

Conforme se infere dos incisos VI a IX do artigo 2º da norma em tela, operação comercial é o emprego de embarcação em decorrência da relação jurídica que vise o transporte de mercadorias (no caso da navegação de longo curso e cabotagem) ou contratação de operações de apoio (no caso da navegação de apoio marítimo e apoio portuário) entre a EBN¹ e a contratante. Ressalvada a navegação de longo curso, nos demais casos a EBN deve ser detentora da gestão náutica² no navio:

VI - operação comercial de embarcação na navegação de longo curso: é o emprego de embarcação em decorrência de relação jurídica que vise o transporte de mercadorias, estabelecida diretamente entre a EBN e a pessoa jurídica contratante do transporte das mercadorias.

VII - operação comercial de embarcação na navegação de cabotagem: é o emprego de embarcação em decorrência de relação jurídica que vise o transporte de mercadorias, estabelecida diretamente entre a EBN, detentora da gestão náutica da embarcação, e a pessoa jurídica contratante do transporte das mercadorias.

¹ EBN é abreviatura de empresa brasileira de navegação.

² gestão náutica da embarcação: é o controle efetivo pela empresa brasileira de navegação sobre a administração dos fatos relativos ao aprovisionamento, equipagens, à navegação, estabilidade e manobra do navio, à segurança do pessoal e do material existente a bordo, à operação técnica em geral, ao cumprimento das normas nacionais e internacionais sobre segurança, prevenção da poluição do meio ambiente marinho e direito marítimo, e à manutenção apropriada da embarcação (inciso I do artigo 2º da Resolução 1811/2010-ANTAQ).

VIII - operação comercial de embarcação na navegação de apoio marítimo: é o emprego de embarcação em decorrência de relação jurídica que vise a contratação de operações de apoio marítimo, estabelecida diretamente entre a EBN, detentora da gestão náutica da embarcação, e a pessoa jurídica que contrata a operação neste tipo de navegação.

IX - operação comercial de embarcação na navegação de apoio portuário: é o emprego de embarcação em decorrência de relação jurídica que vise a contratação de operações de apoio portuário, estabelecida diretamente entre a EBN, detentora da gestão náutica da embarcação, e a pessoa jurídica que contrata a operação neste tipo de navegação.

Feitas as definições, coube ao capítulo seguinte da norma, em seu artigo 4º, estabelecer o modo pelo qual as empresas deveriam comprovar sua operação comercial. Analisemo-lo:

Art. 4º Para fins de atendimento à exigência regulatória de comprovação da operação comercial das embarcações, considera-se que:

I - o fretamento a casco nu de uma embarcação não comprova a sua operação comercial pelo fretador;

O comando do inciso I tutela a operação efetiva da embarcação por parte da EBN, o que deixa de ocorrer quando celebrado um contrato de fretamento a casco nu, posto que é cedida tanto a gestão náutica quanto a gestão comercial³, inexistindo posse ou qualquer tipo de ingerência por parte do fretador. Deste modo, caso a embarcação seja garantidora de outorga da EBN, e não raro, a única embarcação de sua frota, fica prejudicado a garantia de exercício de seu objeto social, por seus próprios meios.

Para além de tal fato, deixa de contratar marítimos brasileiros, deixa de auferir fretes próprios, assumindo meramente um perfil de agenciador marítimo.

II - o fretamento por tempo de uma embarcação, conjugado com a sua gestão náutica, na navegação de apoio marítimo comprovará a sua operação comercial pelo fretador, quando este operar efetivamente a embarcação e a EBN afretadora for a beneficiária direta da operação de apoio contratada;

Este inciso trata de regra especial à navegação de apoio marítimo, caracterizada predominantemente pela prestação de serviços às plataformas exploradoras e produtoras de petróleo. Pela particularidade da atividade, é comum que empresas exploradoras *offshore* também se dediquem ao ramo da navegação, como é o caso da Petrobrás. Neste sentido, o polo contratante se confunde com o próprio usuário do serviço de apoio marítimo. Por este particular, no fretamento por tempo, a EBN fretadora acaba por, de fato, prestar os serviços para a EBN afretadora, quando esta também atua no ramo petrolífero. De se ressaltar que a gestão náutica deve permanecer com a EBN fretadora, para demonstrar que de fato apresta e

³ gestão comercial da embarcação: é o controle efetivo pela empresa brasileira de navegação sobre a negociação de contratos de transporte ou de operações de apoio marítimo e portuário, inclusive o adimplemento das obrigações comerciais assumidas nas esferas pública e privada (inciso II do artigo 2º da Resolução 1811/2010-ANTAQ).

opera a embarcação objeto do contrato. A bem da verdade, trata-se de conceito redundante, uma vez que, no contrato de afretamento por tempo, a gestão náutica permanece com o fretador.

III - o fretamento por tempo de uma embarcação não comprovará a sua operação comercial pelo fretador, na navegação de longo curso, de cabotagem e de apoio portuário, salvo para o fim específico de transporte de petróleo, derivados, gás e biocombustíveis na cabotagem e no longo curso, desde que conjugado com a gestão náutica da embarcação pela EBN fretadora e que a EBN afretadora seja a beneficiária direta do transporte da carga.

Este dispositivo trata da regra geral relação entre o afretamento por tempo e a comprovação de operação comercial na navegação de longo curso, cabotagem e apoio portuário. Distintamente do inciso anterior, neste caso o referido afretamento não assegura a comprovação de operação comercial, uma vez que ao ceder a embarcação em afretamento por tempo, cede-se também sua gestão comercial. Deter a gestão comercial significa deter os direitos sobre a celebração de contratos de transporte com a embarcação afretada. Vale dizer, quem auferirá os dividendos dos contratos de transporte (longo curso e cabotagem) e da prestação de serviços (apoio portuário) será o afretador. Nesta linha de raciocínio, a EBN fretadora restará limitada no exercício de seu objeto social, posto que se comporta mais como locadora de embarcação tripulada e armada, porém, sem ser a responsável pela produção dos fretes. Embora, inquestionavelmente, a propriedade esteja sendo exercida em prol da função social à qual se destina, o mesmo não se pode afirmar quando à função social da EBN cedente da embarcação, desprovida do controle sobre a gestão comercial da mesma.

IV - na navegação de longo curso a operação comercial será comprovada pela apresentação do conhecimento de embarque emitido pela EBN.

O conhecimento de embarque é o documento que atesta o carregamento da mercadoria a bordo da embarcação. Nele estão apostos os dados da mercadoria, remetente e destinatário. A importância desta exigência se espalha para além da simples comprovação funcional pela empresa de navegação. Ela permite atribuir a devida responsabilidade pelo transporte da mercadoria, *in casu*, o emissor do conhecimento, além de dificultar eventuais ilícitos fiscais, por se tratar de documento que evidencia a contratação do transporte, sujeito à tributação.

V - na navegação de cabotagem a operação comercial será comprovada pela apresentação do Conhecimento de Transporte Aquaviário de Carga (CTAC) referente à carga transportada em embarcação de bandeira brasileira de propriedade ou afretada a casco nu pela EBN que deseja comprovar a operação comercial.

O CTAC é o conhecimento de embarque aplicado aos carregamentos pelo transporte marítimo de cabotagem. A exigência de ser expedido pela própria empresa brasileira através de sua frota representa a efetivação do uso comercial das embarcações de que dispõe, em

prestígio à função social da propriedade e da empresa. O funcionamento efetivo e regular de navios brasileiros possibilita a maior geração de empregos, a maior disponibilidade de oferta de transportes e a arrecadação de tributos, contribuindo para a formação de renda e para o desenvolvimento. Por ser a expedidora do documento, a empresa de navegação contratada para o transporte assume sua responsabilidade perante o embarcador e pelo órgão regulador pela adequada prestação de tais serviços.

VI - na navegação de apoio marítimo e de apoio portuário, poderá ser comprovada a operação comercial mediante a apresentação de documentação fiscal que comprove a vigência ou a conclusão de uma operação por embarcação própria ou afretada a casco nu pela EBN que deseja comprovar a operação comercial.

A navegação de apoio marítimo e de apoio portuário são atividades essencialmente de prestação de serviços, em vez de transporte de mercadorias. Pelo fato de ter natureza de prestação de serviços, está sujeita à tributação municipal do ISSQN, devidamente lançado em documento fiscal, com previsão na Lei Complementar 116/2003. Neste sentido, ao prestar serviços de apoio marítimo e de apoio portuário e apresentar o documento fiscal comprobatório, está a empresa brasileira de navegação em conformidade com seu dever de função social, tanto ao realizar serviços para qual se encontra autorizada, quanto por empregar mão-de-obra para sua consecução e recolher os tributos que incidem sobre a atividade.

VII - o transporte de carga própria para o fim específico de transporte de petróleo, derivados, gás e biocombustíveis nas navegações de longo curso e cabotagem bem como as operações em benefício próprio nas navegações de apoio marítimo e portuário comprovarão a operação comercial da embarcação.

Este inciso faculta a possibilidade de comprovação de operação comercial através do transporte de carga própria de petróleo e derivados na navegação de longo curso e cabotagem, bem como de operação realizada em benefício próprio na navegação de apoio portuário e apoio marítimo. No caso do transporte de petróleo e derivados, tal faculdade reflete o fato de que determinadas empresas atuam tanto no ramo de exploração e produção de petróleo como no ramo de transporte e do apoio marítimo, de tal sorte que estas se tornam atividades-meio daquela, quando observado a empresa em todos os seus ramos.

De maneira análoga, determinadas empresas de navegação possuem embarcações mercantes que demandam prestação de serviços de apoio portuário, quando frequentam os portos nacionais e, por possuírem outorga de autorização para mais de um tipo de navegação, utilizam-se de suas embarcações de apoio portuário para atender seus navios de carga. Em todos os casos encontra-se atendido o exercício do objeto social para a qual se encontram

autorizados, compondo parte de uma gama plural de atividades que determinada sociedade empresária pode assumir.

CONCLUSÕES

O percurso desenvolvido neste ensaio teve início com os apontamentos que norteiam a concepção hodierna da função social da propriedade e sua extensão à função social da empresa. Verificou-se que a evolução da sociedade demandou uma nova leitura do próprio Estado, que não podia ficar mais alheio ao uso arbitrário da propriedade dinâmica, entendida como bens de produção, por seus detentores. De individual e absoluta, a propriedade assumiu a identidade de poder-dever, o direito à propriedade é garantido, desde que disponibilizada à comunidade para a fruição de seu bem-estar.

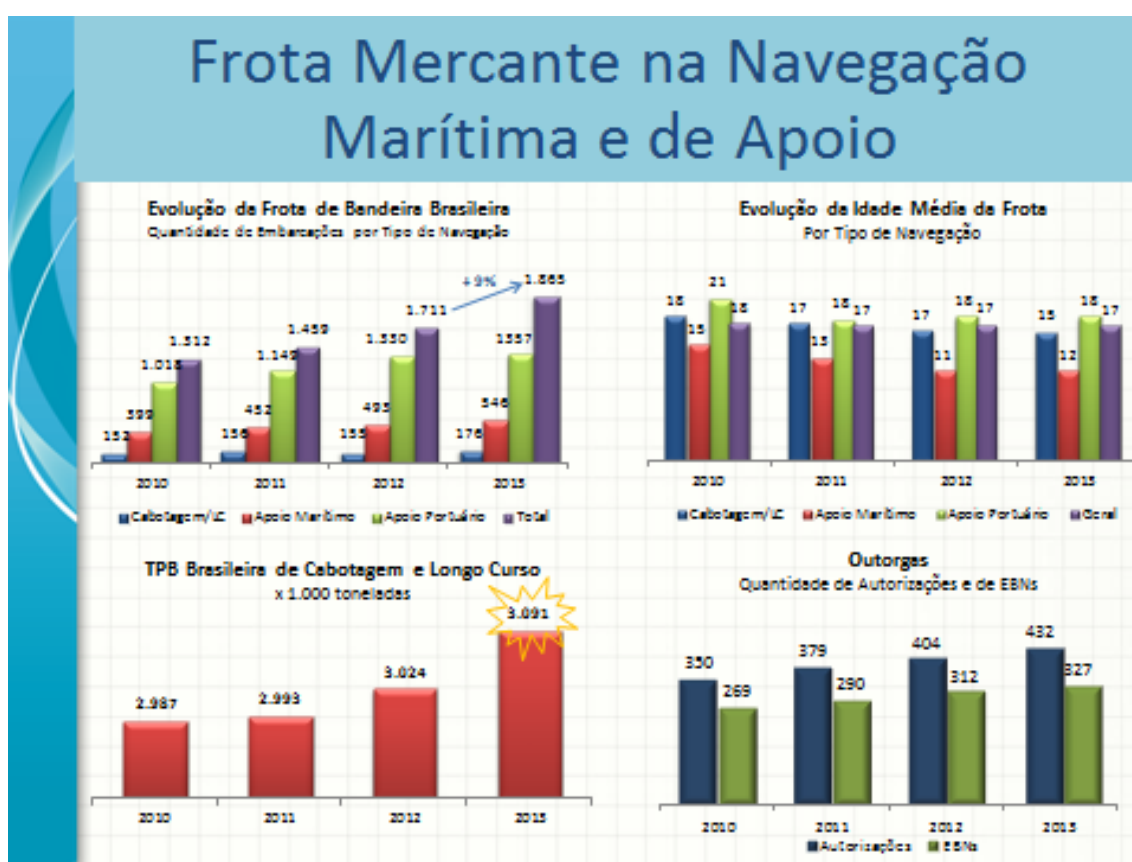
Tais conceitos foram amoldados à figura da embarcação e da empresa brasileira de navegação, aquela entendida como bem de produção, porque geradora de fretes, e instrumento de efetivação do objeto social da atividade empresarial.

Em sequência, foram elencados diversos aspectos de relevante interesse do transporte marítimo, a demonstrar seu imperativo para a questão de segurança nacional, de soberania e de desenvolvimento econômico. A par do interesse público a ser perseguido, foram alertados alguns problemas decorrentes da deficiência de uma marinha mercante própria para o provimento de transporte de nossa produção, além dos anseios de navegadores estrangeiros em operar em águas jurisdicionais brasileiras em auferir receitas do mercado nacional. Foram expostos diversos retratos demonstrativos da expressiva remessa de divisas para o pagamento de serviços de transportes e pelo afretamento de bandeiras estrangeiras, comprometendo o *déficit* do balanço de pagamentos, em especial no quesito “serviços”, com claros prejuízos econômicos na conta corrente brasileira.

Igualmente prejudicial é a atuação das denominadas “empresas de papel”, que promovem concorrência desleal com as empresas devidamente comprometidas com a formação da marinha mercante e da construção naval para a movimentação de bens e serviços. Seus efeitos mostram-se nefastos para o desenvolvimento econômico, por comportarem-se como porta de entrada à entrada de bandeiras estrangeiras, principalmente de conveniência, além de não possuírem capital condizente com vulto dos contratos deste setor.

Ao final, foi analisado, ponto a ponto, o plexo de obrigações previsto na Resolução 1811/2010-ANTAQ, à luz da função social da propriedade e da empresa, observado o interesse público atinente ao transporte marítimo, cuidando-se de tratar especificamente das peculiaridades técnicas de cada classe de navegação.

Pois bem, decorridos pouco mais de 3 anos de sua publicação, é esperado que a Resolução 1811/2010-ANTAQ tenha gerado impactos no setor regulado, o que impende aferir os dados relativos à evolução de frota e número de empresas que buscaram a outorga de autorização junto à ANTAQ. Os dados coletados permitem o otimismo, conforme segue:



Fonte: Anuário Estatístico Aquaviário da ANTAQ

A normatização promovida pela Agência, no tocante às regras de comprovação de operação comercial, editadas a partir da Resolução 1811/2010-ANTAQ, coincidiu com a crescente evolução da frota de pavilhão nacional, tanto em quantidade de embarcações, quanto em capacidade de carga. Em mesmo sentido, percebe-se a entrada de mais empresas de navegação no universo regulado e uma discreta diminuição da idade média da frota.

Pode-se inferir, a partir dos dados expostos, que o maior rigor na comprovação operacional de navios brasileiros teve influência na maior valorização da bandeira brasileira,

com possíveis reflexos no aquecimento da indústria naval, mediante construção de novas embarcações e maior retenção de pagamentos no mercado interno.

De certo modo a norma, objeto deste trabalho, ajudou a sedimentar a estabilização do marco legal, oferecendo ambiente seguro ao empreendimento pelo empresário, por regulamentar procedimentos que se coadunam com a boa prática da atividade. Isto se reflete, sobretudo, na quantidade de novos autorizados ingressantes e na maior capacidade de carga - TPB⁴, o que possibilita maior oferta de serviços, ambiente concorrencial e queda de preços.

De igual giro e de modo mais amplo, o que se verifica é que as condições ínsitas na Resolução 1811/2010-ANTAQ são afirmações consecutórias do princípio da função social da propriedade e da empresa. A função social da propriedade, prevista constitucionalmente, neste caso aplicada especificamente às embarcações mercantes, orienta que o empresário, além de detentor do poder sobre a propriedade, tem um dever correspondente para com toda a sociedade de usar as embarcações de sua frota no sentido de destiná-las segundo o interesse público. Restou demonstrado também que a empresa brasileira de navegação, enquanto proprietária de navios, tem que atender aos interesses coletivos, determinados pela sua função social, sobretudo numa atividade como a do transporte aquaviário de mercadorias, sujeito à regulação estatal e, conforme se verificou, de alta relevância para a economia e soberania nacional, na movimentação de bens e serviços.

A norma sob enfoque, em última análise, foi editada para assegurar ao país a promoção do desenvolvimento, do pleno emprego e a construção de uma sociedade mais livre, justa e solidária, consubstanciada pela comprovação operacional efetiva de seu objeto social. A embarcação, como parte do território de sua bandeira, e como propriedade dinâmica, é símbolo singular no comércio marítimo, inegavelmente vinculado a uma função social. Estudada em seu contorno regulatório trouxe-se a lume o papel que a empresa brasileira de navegação pode desempenhar para promover os valores albergados pelo ordenamento jurídico.

⁴ TPB significa Tonelagem de Porte Bruto: peso, em toneladas, de tudo que o navio é capaz de transportar.

REFERÊNCIAS

ANUÁRIO ESTATÍSTICO DE 2013. Brasília: ANTAQ, 2014. Anual. Disponível em <<http://www.antaq.gov.br/Portal/Anuarios/Anuario2013/index.htm>>

BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Série História do Balanço de Pagamentos**. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/?SERIEBALPAG>>. Acesso em: 26 fev. 2014

BIOLCHINI, M. C. A., **Regulação do Transporte Aquaviário: Regulação da Outorga de Autorização**. São Paulo: Lumen Juris, 2005.

BRASIL. CF de 1891.

BRASIL. CF de 1934.

BRASIL. CF de 1937.

BRASIL. CF de 1946.

BRASIL. CF de 1967.

BRASIL. CF de 1988.

BRASIL. Decreto 15.788/1922

BRASIL. Decreto-lei nº 1.951/1939.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.100/1941.

BRASIL. Lei nº 556/1850.

BRASIL. Lei nº 3.071/1916.

BRASIL. Lei nº 6.404/1976.

BRASIL. Lei nº 7.652/1988.

BRASIL. Lei nº 9.432/1997.

BRASIL. Lei nº 10.233/2001.

BRASIL. Lei nº 10.406/2002.

BRASIL. Lei nº 11.101/2005.

BRASIL. Resolução Antaq nº 52/2002.

BRASIL. Resolução Antaq nº 843/2007.

BRASIL. Resolução Antaq nº 1.811/2010.

BRASIL. Resolução Antaq nº 2.510/2012.

CAMPANHOLE, Adriano, CAMPANHOLE, Hilton Lobo. **Constituições do Brasil**. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 1992.

CRETELLA JUNIOR, José. **Curso de direito romano**. 22ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999

DUGUIT, Léon. **Fundamentos do Direito**. Campinas: Editora LZN, 2003.

FERNANDES, Paulo Campos; LEITÃO, Walter de Sá. **Contratos de Afretamento à Luz dos Direitos Inglês e Brasileiro**. São Paulo: Renovar, 2007.

LACERDA, José Candido Sampaio de. **Curso de direito privado da navegação**. 3. Ed. Ver. E atual. Por Aurélio Pitanga Seixas Filho. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1984.

MOTTA, Andrea Limani Boisson. **Regulação Jurídica do Transporte Aquaviário de Mercadorias**. São Paulo: Lumen Juris, 2007.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SINAVAL - SINDICATO NACIONAL DA INDÚSTRIA DA CONSTRUÇÃO E REPARAÇÃO NAVAL E OFFSHORE. **Histórico resumido da indústria de construção naval no Brasil**. Disponível em: <<http://www.sinaval.org.br/docs/Balanco-Historia.pdf>>. Acesso em: 25 fev. 2014.

SIQUEIRA, Alessandro Marques de. **Função social da propriedade. Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2076, 8 mar. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/12400>>. Acesso em: 25 fev. 2014.

VALENTE, Murillo Gurgel. **A Política de Transporte Marítimos do Brasil (Crônica de uma Batalha)**. Rio de Janeiro: Ministério dos Transportes, Serviço de Documentação: 1974.