



Universidade de Brasília

Faculdade de Direito

FD/UnB

ROBSON LAPOENTE NOVAES JUNIOR

**AFRETAMENTO DE EMBARCAÇÕES ESTRANGEIRAS NA NAVEGAÇÃO DE
CABOTAGEM BRASILEIRA: ASPECTOS CONSTITUCIONAIS, REGULATÓRIOS
E CONCORRENCIAIS DO PL Nº 4.199/2020 (“BR DO MAR”)**

Brasília
2020



Faculdade de Direito
FD/UnB

ROBSON LAPOENTE NOVAES JUNIOR

**AFRETAMENTO DE EMBARCAÇÕES ESTRANGEIRAS NA NAVEGAÇÃO DE
CABOTAGEM BRASILEIRA: ASPECTOS CONSTITUCIONAIS, REGULATÓRIOS
E CONCORRENCIAIS DO PL Nº 4.199/2020 (“BR DO MAR”)**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à disciplina Redação de Monografia (FDD-0269), do Curso de Graduação em Direito, na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel.

Orientador: Prof. Mateus Rocha Tomaz.

Brasília
2020

Novaes Jr., Robson Lapoente. Afretamento de embarcações estrangeiras na navegação de cabotagem brasileira: aspectos constitucionais, regulatórios e concorrenciais do PL nº 4.199/2020 (“BR do Mar”). – 2020.

76f.

Monografia (Graduação em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2020.

Orientação: Prof. Mateus Rocha Tomaz.

1. Navegação de cabotagem. 2. Transportes. 3. Afretamento. 4. ANTAQ. 5. Projeto de Lei nº 4.199/2020. 6. Regulação. 7. Livre concorrência.

Avaliação: _____

BANCA EXAMINADORA

Prof. M.e. Mateus Rocha Tomaz (FD-UnB)
Orientador

Prof. M.e. Victor Oliveira Fernandes (IDP/FD-USP)
Examinador Externo

Prof. M.e. Marcus Vinícius Fernandes Bastos (FD-UnB)
Examinador Interno

Prof. M.e. Artur Cardoso Carvalho Santana (FD-USP)
Examinador Suplente

Brasília, ____ de _____ de 2020.

AGRADECIMENTOS

Tenho muito a agradecer e muito a me desculpar. Agradecer a todos que hoje estão em minha vida. Familiares, amigos antigos, amigos novos, todos. Foi um longo caminho até aqui. Caminho de muitos erros. Erros pequenos e grandes. Foram eles que me fizeram ser quem sou hoje, ainda muito pouco, mas à frente do que era. Cresci, passei a ver muitas coisas com outros olhos, me arrependi e me superei. Agora, mais um passo é dado.

Agradeço aos meus pais e meu irmão, pela paciência e apoio em todos os momentos. Agradeço aos meus avós, de origens humildes, que de tudo fizeram para que as gerações seguintes de suas famílias pudessem evoluir. Toda a experiência de vida que hoje carrego comigo é fruto de suas batalhas, sacrifícios e vitórias.

Agradeço aos meus amigos por sempre estarem ao meu lado, em todos os momentos, bons e ruins. Agradeço ao escritório Sergio Bermudes Advogados, melhor experiência de minha vida, não só pelas notáveis e intensas lições jurídicas, mas por tudo que as várias horas de convivência diária com profissionais brilhantes e pessoas íntegras me proporcionaram. Agradeço a todos do escritório, absolutamente todos, que de alguma forma contribuíram com meu desenvolvimento pessoal e profissional. Sou grato pelas inacreditáveis oportunidades que me foram dadas ao longo dos últimos anos. As discussões, conselhos e a confiança que me foi concedida é motivo de muito orgulho. As amizades que fiz são extraordinárias.

Agradeço ao meu orientador, Mateus Rocha Tomaz, brilhante acadêmico e advogado, que muito me ensina há anos, desde a entrevista em que nos conhecemos quando me candidatei ao estágio no Bermudes e que muito me ajudou no desenvolvimento deste trabalho. Agradeço também aos demais integrantes de minha banca, Victor Oliveira Fernandes, Marcus Vinícius Fernandes Bastos e Artur Cardoso Carvalho Santana, jovens e notáveis acadêmicos, que há anos vêm desenvolvendo relevantes pesquisas nas maiores universidades do Brasil, e que se dispuseram a contribuir nesta reta final de minha formação.

É só o início. Sigamos.

“A man should never be ashamed to own that he has been in the wrong, which is but saying in other words that he is wiser today than he was yesterday.”¹

“O ser humano é cego para os próprios defeitos. Jamais um vilão do cinema mudo proclamou-se vilão. Nem o idiota se diz idiota. Os defeitos existem dentro de nós, ativos e militantes, mas inconfessos.”²

“Cada estação da vida é uma edição, que corrige a anterior, e que será corrigida também, até a edição definitiva, que o editor dá de graça aos vermes.”³

¹Frase atribuída a Alexander Pope (1688-1744).

²RODRIGUES, Nelson. **Nelson Rodrigues: da palavra à imagem**. Organiz. Joel Cardoso. Intercom, 2010, p. 3.

³ASSIS, Machado de. **Memórias póstumas de Brás Cubas**. Rio de Janeiro: Editora Nova Aguilar, 1994, p. 39.

RESUMO

Este trabalho tem por objetivo empreender uma análise crítica do Projeto de Lei nº 4.199/2020 (“BR do Mar”) encaminhado pelo Poder Executivo ao Congresso Nacional, no segundo semestre de 2020, em regime de urgência, e que institui o “Programa de Estímulo ao Transporte por Cabotagem”. Em primeiro lugar, será feita uma contextualização do setor de transporte aquaviário, bem como um resgate legislativo das principais normas que o regem. Em seguida, será abordada, de maneira descritiva, a Resolução Normativa nº 01/2015/ANTAQ, por meio da qual, em 2015, a agência buscou regulamentar o afretamento de embarcações estrangeiras por empresas brasileiras de navegação (“EBNs”). Neste ponto, serão expostos o trâmite daquela Resolução da ANTAQ e uma série de pareceres e decisões administrativas que examinaram tecnicamente a sua legalidade e seus possíveis efeitos para o mercado. Subsequentemente, será explorado o trâmite legislativo do PL nº 4.199/2020, desde o texto-base enviado ao Parlamento pelo Ministério da Infraestrutura até o recentemente aprovado pela Câmara dos Deputados e enviado ao Senado Federal. O objetivo da pesquisa é, em síntese, analisar criticamente as novas regras impostas pelo PL nº 4.199/2020, problematizando o seu brevíssimo trâmite legislativo, requerido em regime de urgência pelo Presidente da República, e questionando as problemáticas técnico-jurídicas, regulatórias e concorrenciais, potencialmente advindas de referido PL e do seu processo legislativo.

Palavras-chave: Navegação de cabotagem. Transportes. Afretamento. ANTAQ. Projeto de Lei nº 4.199/2020. Regulação. Livre concorrência.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to critically analyze Bill no. 4.199/2020 (“BR do Mar”) sent by the Executive Power to the House of Representatives in the in the second semester of 2020, on an urgent basis, which established the “Cabotage Transport Stimulus Program”. At first, the waterway transport sector will be put in to content, as well as its main regulations. Next, will be descriptively analyzed the Normative Resolution no. 01/2015/ANTAQ, through which, in 2015, the agency seeked to regulate the chartering of foreigners vessels by Brazilian navigation companies (“EBNs”). At this point, the procedure and a series of reports and decisions that reviewed the Resolution will be exposed. Subsequently, the process of Bill no. 4199/2020 will be analyzed, since its first Resolution, until the text approved by the House of Representatives and sent to Federal Senate. Their justification and guidelines will be emphasized. The research pretend to critically analyze the new rules delimited by the Bill no. 4199/2020, problematizing it’s short legislative procedure due to the urgent basis required by the President. Technical-legal, regulatory and competitive issues arising from the Bill and its legislative process will be questioned.

Keywords: Cabotage. Transports. Chartering. ANTAQ. Bill n° 4.199/2020. Regulation. Competition law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO I	12
I.1. Navegação de cabotagem.	12
I.2. Histórico legislativo.	15
I.3. A criação da ANTAQ.	20
CAPÍTULO II.....	23
II.1. O surgimento da Resolução Normativa nº 01/2015/ANTAQ.....	23
II.2. O art. 5º da Resolução Normativa nº 01/2015/ANTAQ.....	27
II.3. O escrutínio técnico da Resolução.....	28
II.3.1. Pareceres da Secretaria de Acompanhamento Econômico do extinto Ministério da Fazenda e do Ministério Público Federal.	29
II.3.2. Análise do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).....	31
II.3.3. Julgamento pelo Tribunal de Contas da União.....	34
II.4. Poder normativo e a necessidade de fundamentação técnica.	38
CAPÍTULO III	42
III.1. A instituição do “Programa de Estímulo à Navegação de Cabotagem”.	42
III.2. A justificativa do PL nº 4.199	43
III.3. A redação aprovada pela Câmara do PL nº 4.199/2020.	50
III.4. As informações prestadas pelo CADE no processo legislativo.....	55
III.5. Críticas ao processo legislativo.....	58
CONCLUSÃO.....	68
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.	71

INTRODUÇÃO

A navegação de cabotagem constitui um relevante meio de transporte de cargas. No Brasil, é consideravelmente utilizada para o transporte de petróleo pela Petrobrás e suas coligadas. De alguns anos para cá, o modal parece ter chamado mais a atenção do mercado, que busca não depender unicamente do transporte rodoviário — a greve dos caminhoneiros realizada em de 2018, em razão do aumento dos preços do diesel, foi um grande exemplo.

No primeiro capítulo deste trabalho, será brevemente abordada a definição legal da navegação de cabotagem, comparada a outros meios de transporte aquaviário. Em seguida, será realizada uma contextualização mercadológica da cabotagem, com base em dados da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (“ANTAQ”). Também serão examinadas as principais normas que regem o setor de navegação, mencionando desde leis centenárias até a que criou a agência reguladora do setor, destacando-se suas competências e objetivos.

Feita essa panorâmica contextualização do setor e das regras que o regulam, principalmente os artigos 7º ao 10, da Lei nº 9.432/1997 (mais especialmente ainda o art. 9º), que hoje tratam da possibilidade e dos requisitos para o afretamento, por empresas brasileiras, de embarcações estrangeiras para a prestação de serviços de cabotagem, e analisadas as competências e objetivos outorgados pela Lei nº 10.233/2001 à ANTAQ, em seguida, serão abordados, de maneira descritiva, o trâmite, a redação e as análises realizadas, por diversos órgãos, acerca da Resolução Normativa nº 01/2015/ANTAQ, por meio da qual a agência buscou impor novos e questionáveis requisitos ao afretamento de embarcações estrangeiras.

A exposição da Resolução parece ser oportuna pelo fato de ter havido um amplo debate a seu respeito, tanto sobre sua legalidade, quanto sobre as consequências de suas previsões sobre o mercado de navegação de cabotagem. Além disso, segundo constatou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”), um dos dispositivos do PL nº 4.199/2020 (“BR do Mar”), especificamente um dos que trata das hipóteses de afretamento de embarcações estrangeiras na navegação de cabotagem, de alguma forma se aproxima da redação da Resolução nº 01/2015/ANTAQ.

Abordados os principais pontos da Resolução e os documentos que a analisaram, no terceiro capítulo, será esmiuçado o Projeto de Lei nº 4.199/2020 (“BR do Mar”). Serão examinados o contexto, a justificativa do Ministério da Infraestrutura, bem como o problemático trâmite legislativo do projeto na Câmara dos Deputados, que o aprovou em 8 de

dezembro de 2020, em regime de urgência, de acordo com a solicitação do Presidente da República. Nesse último capítulo, será realizada uma análise crítica do Projeto de Lei, sobretudo de seu açadoado trâmite legislativo até o encaminhamento ao Senado Federal.

Por derradeiro, retomando-se as análises e conclusões parciais de cada um dos capítulos, serão tecidas algumas considerações conclusivas críticas acerca de aspectos regulatórios, concorrenciais e constitucionais do Projeto de Lei nº 4.199/2020 (“BR do Mar”).

CAPÍTULO I

A CABOTAGEM NO BRASIL

I.1. Navegação de cabotagem.

A navegação de cabotagem é um modo de navegação costeira, em que, basicamente, não se perde de vista a terra firme ao longo do deslocamento da embarcação. A definição prevista pela Lei nº 9.432/1997, que regulamenta a ordenação do transporte aquaviário, define a navegação de cabotagem como sendo aquela “realizada entre portos ou pontos do território brasileiro, utilizando a via marítima ou esta e as vias navegáveis interiores”⁴.

Com a promulgação da Lei nº 10.893/2004, que dispõe sobre o adicional ao frete para a renovação da marinha e o fundo da marinha mercante, a definição legal do modal de transporte sofreu singelas alterações, retirando-se o termo “pontos” previsto pela legislação pretérita. De acordo com a norma mais recente, a navegação de cabotagem é aquela “realizada entre portos brasileiros”⁵.

O modal de transporte via cabotagem é, portanto, aquele realizado, em território nacional, entre portos de diferentes cidades, seja somente pelo mar, seja pelo mar e por algum rio navegável. SCHIRATO entende que “não é relevante para a configuração da navegação de cabotagem a nacionalidade da carga transportada”⁶, mas apenas que seu transporte ocorra internamente. A cabotagem diferencia-se das navegações de longo curso e da navegação interior (ou fluvial e lacustre), também definidas pelos dispositivos legais acima mencionados. Basicamente, a navegação de longo curso é aquela internacional, executada entre portos brasileiros e estrangeiros (Lei nº 10.893/2004, art. 2º, II), enquanto a interior, ou fluvial e lacustre, é a que se realiza somente por hidrovias interiores (Lei nº 10.893/2004, art. 2º, IV).

Contextualizando a cabotagem no Brasil, SILVEIRA explica que, durante anos, a forma aquaviária foi a principal para transporte de cargas no Brasil, representando, na década

⁴BRASIL, **Lei nº 9.432, de 8 de janeiro de 1997**. Artigo 2º, inciso IX: “Art. 2º Para os efeitos desta Lei, são estabelecidas as seguintes definições: IX - navegação de cabotagem: a realizada entre portos ou pontos do território brasileiro, utilizando a via marítima ou esta e as vias navegáveis interiores”.

⁵BRASIL, **Lei nº 10.893, de 13 de julho de 2004**. Art. 2º, inciso III: “Art. 2º Para os efeitos desta Lei: III - navegação de cabotagem é aquela realizada entre portos brasileiros, utilizando exclusivamente a via marítima ou a via marítima e as interiores”.

⁶SCHIRATO, Vitor Rhein. **Transportes aquaviários**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 44.

de 1950, 27,5% do volume de cargas transportadas⁷. Passou a perder espaço em razão da forte política “estradista” de governos anteriores, iniciada ainda na “República Velha” com o presidente Washington Luís⁸. Em 2000, com exceção do transporte petrolífero, o modal correspondeu à somente 1,8% do total das cargas transportadas no país e, após regredir por longos anos, a cabotagem só voltou a crescer na década de 2010⁹.

Apesar dos milhares de quilômetros de costa brasileira, o transporte aquaviário ainda possui pequena participação no setor de transporte de cargas se comparado com o transporte rodoviário. De acordo com a última publicação do material “Logística dos Transportes no Brasil”, do IBGE, 61% da carga é transportada por rodovias, 21% por ferrovias e somente 14% pela via aquaviária (englobando aqui todos os modos de transporte aquaviário, não só a cabotagem)¹⁰. Segundo dados do Poder Executivo, apresentados na justificativa do PL nº 4.199/2020 (“BR do Mar”), a movimentação de carga por cabotagem representa hoje 11% de participação, enquanto nas rodovias se transportam 65% do total das cargas¹¹.

Esse esquecimento da cabotagem é problemático. Considerando-se a ampla costa brasileira, essa forma de transporte é de todo viável. Ademais, dados apontam que é menos ofensiva ao meio ambiente, com menores índices de consumo de combustível quando comparada ao transporte rodoviário. Para percorrer 1.000 km, uma embarcação consome cerca de 4L de combustível por tonelada de carga, enquanto nas rodovias gasta-se 15L e, nas ferrovias, 6.5 litros¹². As emissões de gás carbônico e óxido de nitrogênio, na cabotagem, são consideravelmente menores. Sobre o ponto, SILVEIRA JR. destaca que:

⁷SILVEIRA JR., Aldery. **Metodologia para avaliar as condições de operação do transporte de carga por cabotagem no Brasil, sob a ótica dos armadores** [Distrito Federal] 2016. Tese de Doutorado – Universidade de Brasília. Faculdade de Tecnologia. Departamento de Engenharia Civil e Ambiental, p. 27.

⁸GUERRA, Sérgio. **Agências reguladoras: da organização administrativa piramidal à governança em rede**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p.48.

⁹SILVEIRA JR., Aldery. **Metodologia para avaliar as condições de operação do transporte de carga por cabotagem no Brasil, sob a ótica dos armadores** [Distrito Federal] 2016. Tese de Doutorado – Universidade de Brasília. Faculdade de Tecnologia. Departamento de Engenharia Civil e Ambiental, p. 27.

¹⁰Dados disponíveis em:

https://geoftp.ibge.gov.br/organizacao_do_territorio/redes_e_fluxos_geograficos/logistica_dos_transportes/Nota_tecnica_da_Logistica_dos_Transportes_no_Brasil_2014_20191031.pdf. Acesso em 20.11.2020.

¹¹Justificativa disponível em:

https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=6971622B621D4707CC46249804C7BAC9.proposicoesWebExterno2?codteor=1922656&filename=PL+4199/2020. Acesso em 2.12.2020.

¹²**Cabotagem como instrumento de preservação ambiental**. Apresentado no Congresso de Pesquisas e Ensino em Transportes. Belém, 2013. Disponível em:

https://www.academia.edu/9678913/CABOTAGEM_COMO_INSTRUMENTO_DE_PRESERVA%C3%87%C3%83O_AMBIENTAL. Acesso em 19.11.2020.

“[...] independente dos benefícios econômicos e ambientais advindos da maior utilização da cabotagem para transporte de carga, existem outros igualmente importantes, como os benefícios sociais, decorrentes da diminuição do volume de caminhões nas rodovias, traduzindo-se pela redução dos congestionamentos e do número de acidentes provocados por esses veículos”¹³.

Segundo dados da Confederação Nacional do Transporte (CNT), nos últimos anos, a navegação de cabotagem tem crescido. Com efeito, ela foi a única espécie da matriz aquaviária que registrou crescimento no primeiro semestre de 2020, ou seja, durante a pandemia do Covid-19, consubstanciando o transporte de 69,20 milhões de toneladas de carga entre janeiro e junho de 2020, com um crescimento de 1,5% em relação ao mesmo semestre de 2019¹⁴. O anuário da ANTAQ aponta que, até o dia 20 de novembro de 2020, foram transportadas 141.045.940 toneladas de carga através da cabotagem, o que representa um aumento de 12,06% em relação a 2019¹⁵.

Ainda sobre as características do mercado, em análise elaborada pelo CADE, constatou-se que, em 2017, 42 (quarenta e duas) empresas possuíam licenças para a prestação de serviços de navegação de cabotagem no Brasil. Mais da metade da capacidade de carga das embarcações corresponde às empresas do Grupo Petrobrás que servem exclusivamente à própria companhia, sem disponibilizar serviço ao mercado. Sem considerá-lo, somente quatro empresas possuem participação relevante, com mais de 10% de participação na capacidade total de carga no transporte de cabotagem. Segundo o Conselho, há uma grande disparidade no setor¹⁶. Uma análise mais ampla dos exames feitos pelo CADE será mais bem abordada nos capítulos seguintes deste trabalho, mas, ao que tudo indica dessa incursão introdutória sobre o tema, o mercado de navegação por cabotagem, no Brasil, aparenta ser bastante concentrado.

Importante destacar, ainda, a circunstância fática de que, apesar da antiga alta participação e do recente aumento da demanda no setor, a frota de embarcações no país não é capaz de suportá-la. Isto é, as empresas brasileiras de navegação (“EBNs”), únicas

¹³SILVEIRA JR., Aldery. **Metodologia para avaliar as condições de operação do transporte de carga por cabotagem no Brasil, sob a ótica dos armadores** [Distrito Federal] 2016. Tese de Doutorado – Universidade de Brasília. Faculdade de Tecnologia. Departamento de Engenharia Civil e Ambiental, p. 57.

¹⁴Disponível em: <https://www.cnt.org.br/analises-transporte>. Acesso em 19.11.2020.

¹⁵Disponível em: <http://web.antaq.gov.br/anuario/>. Acesso em 20.11.2020

¹⁶CADE, **Nota Técnica nº 9/2018/DEE/CADE**, que examinou os efeitos concorrenciais da regulação de afretamento de embarcações sobre o transporte de cabotagem. Disponível nos autos do Processo nº 08700.000678/2018-44:

https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_pesquisar.php?acao_externa=protocolo_pesquisar&acao_origem_externa=protocolo_pesquisar&id_orgao_acesso_externo=0 Acesso em 18.11.2020.

legitimadas a prestar o serviço de transporte via navegação de cabotagem¹⁷, não possuem navios em número suficiente para atender plenamente ao mercado¹⁸. A solução é o afretamento de embarcações estrangeiras para suprir tal demanda. É esse o foco principal deste trabalho.

I.2. Histórico legislativo.

Com mais de 7.500 km de costa e acesso, pelo mar, em 17, dos 26 estados que compõem a Federação¹⁹, é fácil imaginar que a regulamentação legislativa sobre os transportes marítimos no Brasil não é algo simples. E, de fato, desde o Brasil Colonial, o problema se apresenta. SCHIRATO aponta que o primeiro ato oficial de regulação na seara portuária foi promulgado em janeiro de 1808, poucos dias após a chegada da família real portuguesa ao Brasil. Tudo era monopolizado por embarcações portuguesas e o ato abriu os portos a outras nações com relações firmadas com Portugal, notadamente a Inglaterra. Após a Independência, em 1822, surgiram novas normas sobre a matriz logística nacional, inclusive acerca da navegação²⁰. O Código Comercial de 1850 também tratou amplamente da navegação, inclusive sobre o “fretamento” de navios²¹.

O Decreto nº 123, de 11 de novembro de 1892, sancionado por Floriano Peixoto, regulou especificamente a navegação de cabotagem. Destaquem-se algumas de suas previsões²²:

Art. 1º A navegação de cabotagem só póde ser feita por navios nacionaes.

Art. 2º Entende-se por navegação de cabotagem a que tem por fim a communicação e o commercio directo entre os portos da Republica, dentro das aguas destes e dos rios que percorram o seu territorio.

¹⁷O §3º do art. 178, da Constituição Federal de 1988, quando de sua promulgação, era claríssimo ao dispor que “A navegação de cabotagem e a interior são privativas de embarcações nacionais, salvo caso de necessidade pública, segundo dispuser a lei.”. Com a Emenda Constitucional nº 7, de 1995, a redação ficou mais branda, dispondo, nos termos do parágrafo único do art. 178, que “Na ordenação do transporte aquático, a lei estabelecerá as condições em que o transporte de mercadorias na cabotagem e a navegação interior poderão ser feitos por embarcações estrangeiras.”. Assim, de acordo com a Lei nº 9.432/97, é possível que as EBNs afremem, de empresas estrangeiras, se for o caso, embarcações para prestar serviços de navegação de cabotagem.

¹⁸Esta, inclusive, é uma das justificativas do PL nº 4.199/2020, como será mais bem abordado.

¹⁹Dados disponíveis em: <https://www.mma.gov.br/biodiversidade/biodiversidade-aquatica/zona-costeira-e-marinha>. Acesso em 6.10.2020.

²⁰SCHIRATO, Vitor Rhein. **Transportes aquaviários**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 17.

²¹BRASIL, **Lei nº 556, de 25 de junho de 1850**. Título IV. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim556.htm. Acesso em 7.10.2020.

²²Íntegra do Decreto disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-123-11-novembro-1892-541377-publicacaooriginal-44941-pl.html>. Acesso em 2.12.2020.

Art. 3º Para um navio ser considerado nacional exige-se:

- 1) que seja propriedade de cidadão brasileiro ou de sociedade ou empresa com sede no Brasil, gerida exclusivamente por cidadãos brasileiros;
- 2) que seja navegado por capitão ou mestre brasileiro;
- 3) que pelo menos dous terços da equipagem sejam de brasileiros.

Art. 4º Aos navios estrangeiros é proibido o commercio de cabotagem, sob as penas de contrabando, sendo-lhes entretanto permitido:

Desde o século XIX, reserva-se a empresas brasileiras, “sob as penas de contrabando” aos navios estrangeiros, a prestação de serviços por navegação de cabotagem. Apesar de algumas políticas de abertura a sujeitos internacionais, o conceito continuou praticamente o mesmo de lá para cá. Para operar na cabotagem, é imprescindível a participação de uma empresa brasileira de navegação (“EBN”).

A partir da Revolução de 1930 e da ascensão de Getúlio Vargas ao poder, a intervenção estatal e o foco na industrialização nacional tiveram consequências relevantes no setor aquaviário. Foi na Constituição de 1934 que surgiu a primeira menção constitucional à navegação de cabotagem²³. A alínea “e”, do inciso XIX, do art. 5º, dispunha que competia privativamente à União legislar sobre o regime de portos e a navegação de cabotagem²⁴. No Governo Vargas, foi promulgado o Decreto-lei nº 2.784, de 20 de novembro de 1940, o qual dispunha sobre as empresas de navegação de cabotagem nos seguintes termos²⁵:

Art. 1º São nacionais, para o efeito de realizar a navegação de cabotagem, de acordo com os arts. 16, n. XII, e 149, da Constituição, e observado o disposto quanto aos comandantes e à tripulação, os navios:

- a) que sejam propriedade de brasileiros natos;
- b) que pertençam a sociedades constituídas no Brasil, desde que mais de metade do capital pertença a brasileiros natos.

Art. 2º Em qualquer caso, a administração da empresa deverá ser constituída com maioria de brasileiros natos, ou a brasileiros natos deverão ser delegados todos os poderes de gerência.

Art. 3º Nas sociedades por ações, estas serão nominativas, e preferenciais as de estrangeiros.

²³SCHIRATO, Vitor Rhein. **Transportes aquaviários**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 19.

²⁴BRASIL, **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm.

²⁵Íntegra do Decreto-lei disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2784-20-novembro-1940-412778-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em 2.12.2020.

Parágrafo único. Dentro do limite dos estatutos, e respeitada a restrição do art. 1º, letra b, as ações poderão ser subscritas ou adquiridas por brasileiros naturalizados e por estrangeiros com permanência legal no Brasil.

Art. 4º A transmissão de ações, ou de quotas, inter vivos ou causa mortis, efetuar-se-á de modo que não seja excedido o limite fixado nesta lei à participação de estrangeiros e brasileiros naturalizados no capital da sociedade, devendo ser vendidas, na forma da lei, aquelas de cuja transmissão a herdeiros e legatários resultaria o excesso.

Art. 5º O funcionamento das sociedades a que se refere esta lei depende de autorização do Governo, que será processada no Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio.

Art. 6º O Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio baixará as instruções que forem necessárias para a execução desta lei.

SCHIRATO explica que, nas Constituições de 1946 e 1967, o marco legislativo do setor permaneceu sem relevantes alterações. Foram criadas empresas estatais e órgãos públicos para instituir a atuação do poder público, mas sem considerável modificação na Constituição Federal²⁶.

Já na Constituição de 1988, o comando de que compete à União legislar sobre o regime de portos e a navegação de cabotagem foi transferido para o artigo 22, inciso X²⁷. Ademais, nela, há outra relevante disposição sobre cabotagem, instituída pelo art. 178, cuja redação foi posteriormente alterada pela Emenda Constitucional nº 7/1995:

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

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

Ainda durante o desenrolar da Constituinte de 1987-1988, foi promulgada a Lei nº 7.652, de 3 de fevereiro de 1988²⁸, que passou a regular, entre outras questões, o registro de propriedade das embarcações. Anos mais tarde, em 1997, surgiu a principal norma federal sobre o transporte aquaviário no Brasil até então. A Lei nº 9.432/1997 surgiu em contexto de

²⁶SCHIRATO, Vítor Rhein. **Transportes aquaviários**. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 21/22.

²⁷BRASIL, **Constituição Federal de 1988**. “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: X - regime dos portos, navegação lacustre, fluvial, marítima, aérea e aeroespacial;”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 2.10.2020.

²⁸BRASIL, **Lei nº 7.652, de 3 de fevereiro de 1988**. Dispõe sobre o registro da Propriedade Marítima e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Leis/L7652.htm. Acesso em 2.10.2020.

forte regulação, em que o Estado deixou de atuar como empresário, para atuar como regulador das atividades econômicas²⁹.

No que diz respeito ao afretamento de embarcações para a prestação de serviços de cabotagem, a norma dispunha — ainda dispõe — em seu artigo 7º e também em seu Capítulo VI, dos artigos 8º ao 10, o seguinte:

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

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

Art. 8º A empresa brasileira de navegação poderá afretar embarcações brasileiras e estrangeiras por viagem, por tempo e a casco nu.

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

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

II - quando verificado interesse público, devidamente justificado;

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

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

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

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

²⁹GUERRA, Sérgio. **Agências reguladoras: da organização administrativa piramidal à governança em rede**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, pp. 89/90.

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

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

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

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

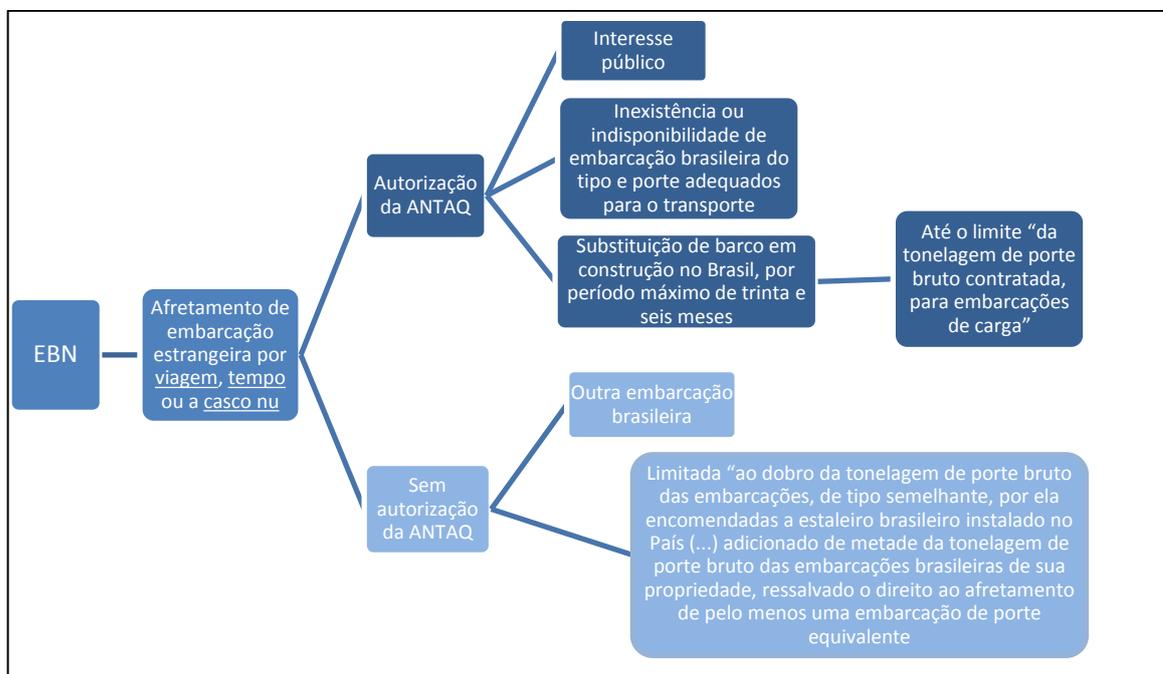
Há no transporte aquaviário, portanto, basicamente quatro modalidades de afretamento de embarcações estrangeiras por empresas nacionais: (a) no afretamento a casco nu, o afretador tem “a posse, o uso e o controle da embarcação, por tempo determinado, incluindo o direito de designar o comandante e a tripulação”; (b) no afretamento por tempo, o afretador “recebe a embarcação armada e tripulada, ou parte dela, para operá-la por tempo determinado”; já no (c) afretamento por viagem, “o fretador se obriga a colocar o todo ou parte de uma embarcação, com tripulação, a disposição do afretador para efetuar transporte em uma ou mais viagens”; e, por fim, (d) o afretamento por espaço “equivale ao contrato de afretamento por viagem no qual somente uma parte da embarcação é afretada”³⁰.

Para o transporte por cabotagem, a empresa brasileira pode afretar navios estrangeiros por viagem, por tempo e a casco nu. E assim o pode fazer em duas hipóteses. Na primeira delas, é necessária uma autorização da ANTAQ, que deverá confirmar a “inexistência ou indisponibilidade de embarcação de bandeira brasileira do tipo e porte adequados para o transporte ou apoio pretendido”, ou se há interesse público, ou se a afretadora busca substituir um barco em construção no Brasil, por período máximo de trinta e seis meses, até o limite “da tonelagem de porte bruto contratada, para embarcações de carga” ou “da arqueação bruta contratada, para embarcações destinadas ao apoio” (Lei nº 9.432/97, art. 9º, I, II e III).

³⁰Definições disponibilizadas pela ANTAQ:
<http://web.antaq.gov.br/portalv3/Anuarios/Anuario2012/Apresentacao6.htm>. Acesso em 2.12.2020.

Por outro lado, é possível o afretamento sem autorização da ANTAQ quando se tratar de outra embarcação brasileira, ou, para a cabotagem, quando o afretamento limitar-se “ao dobro da tonelagem de porte bruto das embarcações, de tipo semelhante, por ela encomendadas a estaleiro brasileiro instalado no País [...] adicionado de metade da tonelagem de porte bruto das embarcações brasileiras de sua propriedade, ressalvado o direito ao afretamento de pelo menos uma embarcação de porte equivalente” (Lei nº 9.432/97, art. 10).

Esta é, até hoje, a norma principal e estes são os requisitos para o afretamento de navios estrangeiros na navegação de cabotagem. Para facilitar a visualização:



Organograma elaborado com base nas hipóteses de afretamento previstas pela Lei nº 9.432/1997

Como se verá adiante, a ANTAQ tentou, em 2015, criar, por Resolução, critérios adicionais para o afretamento de navios estrangeiros, mas não obteve sucesso. Agora, o Poder Executivo busca, por meio da BR do Mar (PL nº 4.199), dentre outras regulamentações, emplacar esses critérios adicionais intentados pela ANTAQ em 2015. Essas questões serão abordadas nos capítulos subsequentes.

I.3. A criação da ANTAQ.

Em 2001, foi promulgada a Lei nº 10.233, de 5 de junho. Embora com um pequeno atraso em relação a outras autarquias reguladoras, como a Agência Nacional de Energia

Elétrica (“ANEEL”), criada em 1996, pela Lei nº 9.427, e a Agência Nacional de Telecomunicações (“ANATEL”), criada em 1997, pela Lei nº 9.472³¹, finalmente foi instituída a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (“ANTAQ”). A autarquia foi criada conjuntamente com o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte (“CONIT”), a Agência Nacional de Transportes Terrestres (“ANTT”), e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes (“DNIT”).

Sobre o contexto em que isso aconteceu, ROCHA explica que o Governo FHC pretendeu, sobretudo por meio do “Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado”, retirar de si a função empresária e tornar-se um sujeito fiscalizador/regulador³². Para isso, precisava de braços em cada um dos setores. Foi então que surgiram as agências reguladoras, autarquias de regime especial, com autonomia acentuada e que, do ponto de vista estrutural, seguiram o exemplo estadunidense (*Independent Regulatory Commission*)³³.

Sobre as competências das agências reguladoras, ARANHA destaca que essas se diferenciam de demais órgãos públicos em razão de suas independências decisória, de objetivos, de instrumentos e financeira. A autarquia especial deve possuir condições de escapar de interferências externas. Para tanto, suas decisões são irrecorríveis administrativamente e seus diretores são eleitos com mandatos fixos, além de possuírem uma estrutura própria. Seus objetivos são previstos em lei, não pelos Governos contemporâneos. Ademais, cabe às agências fixar sanções e exarar permissões. Ou seja, possuem instrumentos próprios de controle³⁴.

A norma que instituiu a ANTAQ — Lei nº 10.233/2001 — deixou claros os objetivos e as atribuições da autarquia, vinculada ao Ministério da Infraestrutura. Seus objetivos são listados pelo art. 20 da lei e, em essência, visam à implementação das políticas públicas do setor (inciso I) e à regulação das “atividades de prestação de serviços e de exploração da infra-estrutura de transportes, exercidas por terceiros” (inciso II), sobretudo para viabilizar a movimentação de pessoas e bens “em cumprimento a padrões de eficiência, segurança,

³¹Entre 1997 e 2001, também foram criadas a Agência Nacional do Petróleo – ANP (Lei nº 9.478/97), a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – atual ANVISA (Lei nº 9.782/99), Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS (Lei nº 9.961/2000), e a Agência Nacional das Águas – ANA (Lei nº 9.984/2000).

³²ROCHA, Regina Bernardes. **Órgãos Reguladores no Brasil** in Direito regulatório: temas polêmicos / Coordenado por Maria Sylvania Zanella Di Pietro. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 218.

³³GUERRA, Sérgio. **Agências reguladoras: da organização administrativa piramidal à governança em rede**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, pp. 117/118.

³⁴ARANHA, Marcio Iorio. **Manual de Direito Regulatório**. 3ª ed. Londres: Laccademia Publishing, 2015, pp. 139/141.

conforto, regularidade, pontualidade e modicidade nos fretes e tarifas” (II, “a”) e harmonizar o mercado, “arbitrando conflitos de interesses e impedindo situações que configurem competição imperfeita ou infração da ordem econômica” (II, “b”)³⁵.

As atribuições, por sua vez, são previstas pelas dezenas de incisos do art. 27. Dentre eles, os mais relevantes para esta pesquisa são os previstos pelos incisos II, IV, V, VIII e XXIV. São eles que conferem à autarquia o poder de efetivamente regular o mercado. Desde a promoção de estudos sobre as tarifas, sobre a composição da frota nacional e sobre a política de afretamento (incisos II e VIII), até a regulamentação quanto à execução dos serviços aquaviários e portuários, “garantindo isonomia no seu acesso e uso, assegurando os direitos dos usuários e fomentando a competição entre os operadores” (inciso IV), tudo é competência da ANTAQ.

Cabe à agência, ainda, executar a logística de controle do setor, outorgando permissões e autorizações de funcionamento (inciso V) e fiscalizar a prestação dos serviços de transporte marítimo (inciso XXI). Além dos estudos sobre a frota e questões referentes ao afretamento, é da ANTAQ a atribuição de “autorizar as empresas brasileiras de navegação de longo curso, de cabotagem, de apoio marítimo, de apoio portuário, fluvial e lacustre, o afretamento de embarcações estrangeiras para o transporte de carga, conforme disposto na Lei no 9.432, de 8 de janeiro de 1997” (inciso XXIV).

De acordo com estatísticas disponibilizadas pela própria ANTAQ, de 2002 até outubro de 2020, foram editados/publicados, entre outros³⁶: 7.686 Resoluções; 4.928 Portarias da Diretoria; 1.759 Termos de Autorização; 979 Acórdãos; 482 Reuniões Ordinárias da Diretoria; 140 Termos de Liberação de Operação; 29 Resoluções Normativas; 25 Reuniões Extraordinárias da Diretoria; 14 Instruções Normativas; e 3 Súmulas Administrativas.

Há pouco mais de cinco anos, entre os milhares de seus atos regulamentares, a ANTAQ editou a Resolução Normativa nº 01/ANTAQ, de 13 de fevereiro de 2015, que será amplamente abordada no próximo capítulo deste trabalho.

³⁵BRASIL, **Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001**. Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes, e dá outras providências.
Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110233.htm. Acesso em 3.10.2020.

³⁶Dados disponíveis no sítio de consulta da ANTAQ: <http://sophia.antaq.gov.br/terminal/Busca/Avancada>. Acesso em 8.10.2020.

CAPÍTULO II

A RESOLUÇÃO NORMATIVA Nº 01/2015/ANTAQ

II.1. O surgimento da Resolução Normativa nº 01/2015/ANTAQ.

Após a constatação, pela autarquia, da expansão do mercado aquaviário e do aumento de demanda pela construção de navios, a ANTAQ, especificamente o Superintendente de Navegação Marítima e de Apoio, instituiu, em junho de 2014, um “Grupo de Trabalho” cujo objetivo era revisar o conteúdo das resoluções sobre o tema³⁷. Logo nas primeiras reuniões, destacou-se que a regulamentação futura — que veio a ser a RN nº 01/2015 — deveria atender-se para a proteção da marinha mercante nacional e “evitar a entrada de especuladores no mercado nacional”, chamados de “empresas de papel”³⁸.

Segunda consta da exposição de motivos da referida Resolução, as condutas a que se buscava coibir com sua edição eram as seguintes: (a) criação de “empresas de papel”, que basicamente adquiriam autorizações por um formato mais simples e as negociavam com navios estrangeiros, cujas limitações eram maiores; e (b) atuação dos “vendedores de bandeira”, que intermediavam o negócio ao invés de oferecer suas embarcações nacionais. Embora reconhecesse que o afretamento de navios estrangeiros era inevitável, diante da demanda do mercado, para a ANTAQ, o instrumento deveria ser excepcional, não a regra.

De acordo com a agência, as condutas acima mencionadas prejudicavam as empresas que investiam na frota nacional, retirando delas fluxo financeiro para a renovação da frota brasileira³⁹. Alegou a autarquia, ainda, que “após um ano de utilização do sistema de gerenciamento de afretamento na navegação marítima e de apoio (SAMA)”, foram identificadas distorções no mercado⁴⁰.

O objetivo ficou claro desde o início dos trabalhos:

“[...] com a nova norma pretende-se atacar os seguintes problemas: impedir que empresas que possuam frota mínima, também conhecidas como empresas de papel, consigam afretar sem limitações, especialmente

³⁷ ANTAQ, **Processo Administrativo nº 50300.001334/2014-14**. Disponível em: https://sei.antaq.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0TxMIY7suxqYeS0_-bnQRzBgPmJAHdOAenqRd0Bw6N_JHI13VRrriyPP9VduBLW_dPwMCTHY8Ir2IGWKTLaOYcZXE7FKtI_PwJjqrzhixjAbmqrvzGpygTacdaGbTnv – Acesso em 08.10.2020.

³⁸ Idem, pp. 11/13.

³⁹ Idem, p. 35.

⁴⁰ Idem, p. 98.

navegação de cabotagem e de longo curso, pois isso gera distorção no mercado; corresponder as infrações a todas as obrigações constantes na norma; promover a padronização de conceitos; e, internamente, estabelecer parâmetros para custos e condições técnicas aceitáveis, capazes de tornar o bloqueio eficaz; definidos quais os pontos devem ser atacados pela norma, cada membro do grupo foi designado para analisar uma parte da norma e trazer sugestões de alteração para a próxima reunião.”⁴¹

Em dois dias, já havia soluções propostas, tais como:

“[...] dentre as contribuições apresentadas destacaram-se a) a restrição de afretamento a embarcação de tipo semelhante àquela que a empresa possui, b) limitar o afretamento por espaço, com vistas a limitar a atuação das empresas de papel; c) promover a limitação temporal mínima e máxima para a circularização; d) definir critérios ou justificativas admissíveis para cancelamento da circularização; os membros acordaram que para o subafretamento serão válidas as mesmas regras do afretamento, devendo ser redigida seção específica para tanto”.⁴²

Pouco após um mês da instituição do Grupo de Trabalho pela ANTAQ, foi exarada a Nota Técnica nº 000011/2014/GDM, pela Gerência de Desenvolvimento e Regulação da Navegação Marítima e de Apoio. Por meio dela, foi proposta a unificação e atualização das Resoluções nºs 2.919, 2.920, 2.921 e 2.922, todas de 2013.

Ao examinar a sugestão, a Procuradoria Federal junto à ANTAQ apresentou parecer destacando, quantos aos aspectos formais, que a Resolução estaria nos limites da competência da agência previstos pelas Leis nº 9.432/97 e 10.233/2001, mas que não havia qualquer análise sobre o impacto regulatório da Resolução, isto é, a demonstração prática dos impactos antes da norma e o que se imaginaria para quando promulgada. Destacou-se também a necessidade de realização de audiência pública⁴³.

É interessante notar que, sobre as questões de afretamento, a Procuradoria havia destacado, ainda em 2014, que chamou sua atenção “a exigência de ‘ser proprietária’ prevista no inciso II, do § 3º, do art. 5º, já que há previsão de expedição de outorga para funcionar como EBN mediante afretamento de embarcação a casco nu, na forma do art. 5º, II, da Res. 2.510/ANTAQ”⁴⁴.

⁴¹Idem, p. 17.

⁴²Idem, p. 19.

⁴³Idem, p. 87.

⁴⁴Idem, p. 89.

Continuado o trâmite, após a consolidação do texto por um dos diretores da agência, foi agendada audiência pública com o objetivo de “Obter subsídios e informações adicionais para o aprimoramento do ato normativo [...] que objetiva aprovar proposta de norma para disciplinar o afretamento de embarcação por empresa brasileira de navegação marítima”⁴⁵. Na sessão, estiveram presentes cerca de 80 representantes dos mais diversos agentes do setor; de empresas nacionais a agentes do extinto Ministério da Fazenda⁴⁶. Com efeito, das quase 800 contribuições, foram validadas 641, entre comentários, elogios, e objeções. Segundo a autarquia, 180 foram acatadas, 131 parcialmente acatadas e 330 não acatadas⁴⁷.

Das contribuições que não foram acatadas, 86 eram referentes à questão do afretamento de embarcações estrangeiras por empresas brasileiras — objeto deste trabalho —, e solicitavam “que ficasse expressa a possibilidade de empresas não-EBN afretar; a retirada de limitações ao afretamento, no caso de indisponibilidade de embarcação brasileira, tais como embarcação de tipo semelhante e limitações de tonelagem própria; a possibilidade de realizar afretamentos por prazo superior a 12 meses”⁴⁸.

Na oportunidade, a Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, ressaltou, tal como a Procuradoria Federal já havia feito, a ausência da apresentação de justificativas para a edição do regulamento no que concerne a essas exigências específicas. Foi sugerido, inclusive, que “nas próximas audiências públicas, a ANTAQ disponibilize, juntamente com a proposta da norma, material que fundamente a edição da norma proposta, avaliando potenciais benefícios e impactos, de modo a permitir uma maior participação social, ampliando a qualidade do processo de elaboração de normas”⁴⁹.

Em um posterior parecer opinativo, a Procuradoria Especializada foi além dos aspectos formais e destacou que algumas das limitações impostas pelo regulamento proposto não iam ao encontro da norma que dispunha sobre a ordenação do transporte aquaviário (Lei nº 9.432/97). A Procuradoria deixou claro que “a limitação imposta na parte final do art. 5º, inciso I, “a”, assim como o art. 3º, inciso III, “a” não encontra espeque no teor do art. 9º, inciso I, da Lei nº 9.432/97)”. Mais do que isso, ressaltou os requisitos da Lei federal que, naquele momento, aparentavam ser ilegalmente ampliados pela regulamentação que estava

⁴⁵Idem, p. 127.

⁴⁶Idem, p. 137.

⁴⁷Idem, p. 751.

⁴⁸Idem, p. 753.

⁴⁹Idem, p. 494.

sendo empreendida pela agência, isto é, que os requisitos impostos à navegação da cabotagem não haviam sido estipulados para outras formas de transporte, o que, sem justificativa, causava estranheza⁵⁰.

A necessidade de uma fundamentação técnica foi destacada do início ao fim do processo administrativo. A conclusão da Procuradoria merece ser transcrita:

“No entanto, o que também se deduz da análise empreendida neste processo, que busca a edição da nova norma sobre afretamentos, é uma latente necessidade do ente regulador, *in casu* a ANTAQ, empreender estudos que resultem em uma análise técnica aprofundada sobre os novos instrumentos normativos (no qual se inclui o presente), especialmente nas situações em que se propõe a inserção de requisitos/condicionantes não previstas na legislação de regência, de forma a legitimar o poder normativo exercido. Sob esta ótica, torna-se medular a motivação clara, expressa e congruente destes atos. Não que os demais atos administrativos não precisem ser motivados, haja vista estarem inseridos dentro de um estado Democrático de Direito, mas em virtude desta discricionariedade técnica, ou especificidade do ato regulatório, torna-se de sobremaneira importante a motivação, sob pena de caracterização da arbitrariedade, não júzos técnicos especializados.

Com efeito, é imperioso ter uma perfeita e objetiva identificação dos reais motivos que levaram o agente regulador a culminar em uma decisão, assim como os parâmetros por ele utilizados. Isto porque a regulação exercida pelas Agências Reguladoras leva em consideração um elemento prospectivo, voltado para o presente, mas com visão no futuro do mercado regulado, com repercussão no marco regulatório.”⁵¹

Parece ter agido com acerto a Procuradoria Federal. Não é nenhuma novidade que a fundamentação técnica de atos administrativos das agências é indispensável. Ainda neste capítulo será abordada a importância da motivação de atos como estes, sobretudo quando se trata de uma relevante alteração normativa. Com efeito, após os apontamentos por parte da Procuradoria, a ANTAQ de fato apresentou, quando a minuta da Resolução normativa já estava pronta para publicação, uma sucinta justificativa técnica. Não se pode deixar de observar que o documento, feito num formato de respostas aos questionamentos do órgão consultivo, pouco disse e nada parece ter, na verdade, justificado.

Entre críticas e elogios, já se via, naquele momento, a relevância da propositura. Em fevereiro de 2015, após a 378ª Reunião Ordinária da agência, foi aprovada a Resolução Normativa nº 1/2015, que revogou as Resoluções nºs 2.919, 2.920, 2.921 e 2.922, as quais

⁵⁰Idem, p. 767.

⁵¹Idem, p. 760.

vigiam desde junho de 2013. A disposição mais controversa, objeto deste trabalho, constava do art. 5º, da RN/ANTAQ⁵².

II.2. O art. 5º da Resolução Normativa nº 1/2015/ANTAQ.

A norma era complexa e, em seus 31 artigos, estabelecia os procedimentos e critérios para o afretamento de embarcação por empresa brasileira nas navegações de apoio portuário, apoio marítimo, cabotagem e longo curso⁵³. O objeto de estudo deste trabalho, contudo, restringe-se ao exame dos requisitos impostos pelo art. 5ª, III, alínea “a”, que recebeu a seguinte redação:

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

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

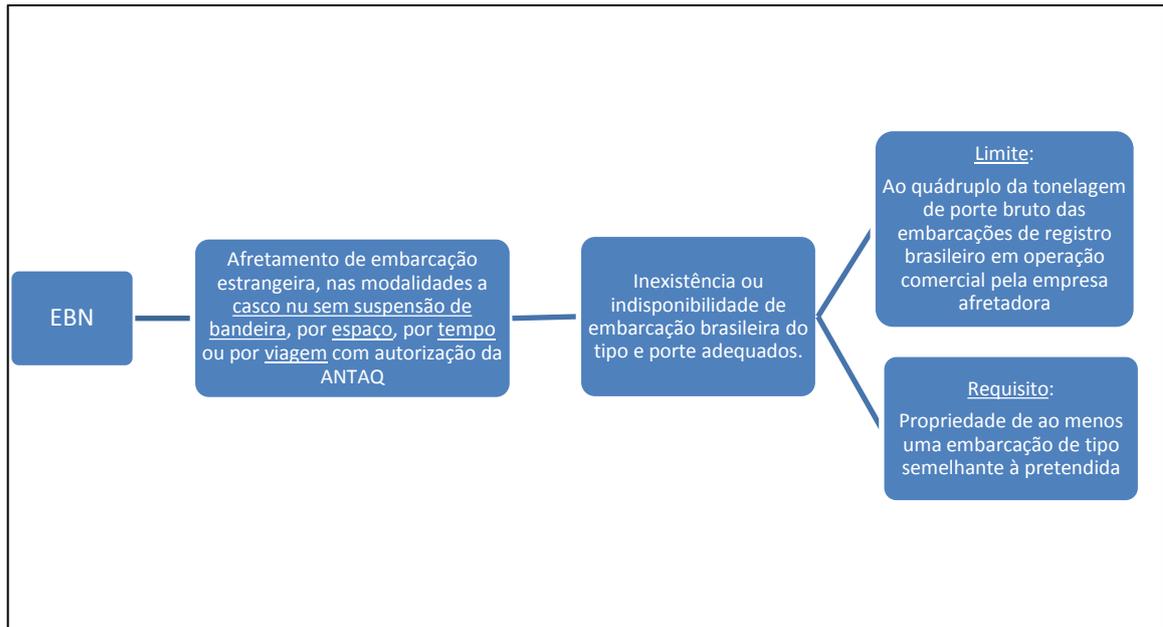
a) verificada, mediante circularização, inexistência ou indisponibilidade de embarcação de bandeira brasileira do tipo e porte adequados, nos prazos consultados, admitindo-se o bloqueio parcial, nas modalidades por espaço, por tempo em uma única viagem ou por viagem, cuja autorização será limitada ao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

Como se vê, a norma estipulou um requisito e um limite para o afretamento de embarcações estrangeiras por parte de empresas brasileiras (“EBNs”) na execução de serviços de cabotagem. O requisito é que a EBN deveria ser proprietária de ao menos uma embarcação de tipo semelhante a que pretende afretar e o limite é que a EBN só transporte na embarcação por ela afretada no máximo quatro vezes a tonelagem de porte bruto que suas próprias embarcações possuem.

Na prática, o afretamento para a navegação de cabotagem ficaria assim condicionado:

⁵²Idem, p. 891.

⁵³ANTAQ, **Resolução Normativa nº 01, de 13 de fevereiro de 2015**. Disponível em: http://portal.antaq.gov.br/index.php/hrf_faqs/resolucao-normativa-no-01-2015/#:~:text=RESOLU%C3%87%C3%83O%20NORMATIVA%20N%C2%BA%2001%2DANTAQ,MAR%C3%8DTIMO%2C%20CABOTAGEM%20E%20LONGO%20CURSO. Acesso em 5.10.2020.



Organograma elaborado com base nas hipóteses previstas pela RN nº 01/2015/ANTAQ

Percebe-se que havia diferenças com o organograma elaborado de acordo com as previsões da Lei nº 9.438/97. A Resolução impunha mais requisitos do que a Lei nº 9.432/97. No que diz respeito ao afretamento condicionado à autorização da ANTAQ, a RN nº 01/2015/ANTAQ previu que, quando inexistente embarcação brasileira adequada, a EBN poderia afretar embarcação estrangeira, (a) limitando-se a autorização “ao quádruplo da tonelagem de porte bruto das embarcações de registro brasileiro em operação comercial pela empresa afretadora”, sendo que a EBN afretadora (b) deveria ter em sua propriedade “ao menos uma embarcação de tipo semelhante à pretendida” (RN nº 01/2015/ANTAQ, art. 5ª, III, alínea “a”).

II.3. O escrutínio técnico da Resolução.

Como já era de se esperar, houve uma reação dupla do setor. O foco daqueles⁵⁴ que enxergavam a Resolução como ilegal ou mesmo inconstitucional era, de um lado, a afronta ao que prevê o art. 9º da Lei 9.432/97 (como inclusive apontou a Procuradoria Federal no processo administrativo explorado no tópico anterior) e, de outro, uma suposta ofensa à livre

⁵⁴A título de exemplo, vale mencionar os processos judiciais propostos pela empresa Posidonia Shipping & Trading Ltda., alegadamente uma das EBNs que seriam prejudicadas pelas hipóteses de afretamento previstas pela RN nº 01/2015/ANTAQ. Foram impetrados mandados de segurança perante a Justiça Federal do Distrito Federal (MS nº 1000594-21.2017.4.01.3400 e nº 1004259-79.2016.4.01.3400). Ambos os casos aguardam julgamento de mérito dos recursos de apelação interpostos perante o Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

concorrência, que, por sua vez, causaria danos ao mercado, na medida em que a Resolução criaria ilegais empecilhos à entrada de empresas brasileiras no setor.

Essa questão centralizou o debate de vários órgãos, judiciais e administrativos. O Conselho Administrativo de Defesa Econômica, a Advocacia-Geral da União, o Ministério Público Federal, a Secretaria de Acompanhamento Econômico do extinto Ministério da Fazenda exararam notas e pareceres. O Tribunal de Contas da União aprofundou-se na discussão e chegou a julgar representação cujo objeto era a Resolução, em julho de 2020. A seguir, serão mais bem examinados todos estes documentos.

II.3.1. Pareceres da Secretaria de Acompanhamento Econômico do extinto Ministério da Fazenda e do Ministério Público Federal.

Ao investigar a forma pela qual a Resolução foi aprovada, o Ministério Público Federal requisitou a instauração de processo disciplinar interno na ANTAQ, bem como de inquérito policial perante a Polícia Federal, para apurar “possíveis irregularidades” praticadas no procedimento de edição da RN nº 01/2015⁵⁵. O referido inquérito foi submetido à apreciação da Secretaria de Acompanhamento Econômico do extinto Ministério da Fazenda⁵⁶, que, em abril de 2017, exarou o Parecer Técnico nº 09/2017-COGCR/SUCON/SEAE/MF. Utilizando-se do Guia de Avaliação da Concorrência da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), a Secretaria examinou o possível impacto concorrencial decorrente da RN nº 01/2015/ANTAQ para o mercado de navegação de cabotagem brasileiro.

A SEAE/MF concluiu que a “Resolução Normativa Antaq nº 01, de 2015, reduz, potencialmente, a concorrência nos setores de navegação de apoio portuário e cabotagem” por criar barreiras geográficas para a prestação dos serviços e limitar a capacidade de escolha dos consumidores⁵⁷. As justificativas foram resumidas na seguinte tabela, disponibilidade no referido parecer:

⁵⁵IC nº 1.30.017.000488/2016-77.

⁵⁶SEAE/MF, **Parecer Técnico nº 09/2017-COGCR/SUCON/SEAE/MF**, p. 2: “...é competência desta Secretaria a advocacia da concorrência, que consiste em esclarecer e incutir nos agentes econômicos os ganhos alocativos e produtivos que a introdução e manutenção da concorrência produzem” Disponível em: http://www.consultaesic.cgu.gov.br/busca/dados/Lists/Pedido/Attachments/1235310/RESPOSTA_PEDIDO_168_53006298201806.pdf. Acesso em 10.10.2020.

⁵⁷Idem, pp. 5/6.

Quadro 1 – Impactos concorrenciais identificados		
Dispositivos	Efeitos anticompetitivos	Observações
Art. 5º, inciso II, alínea “a”	Item “v” do 1º efeito Item “i” do 4º efeito	Cria uma barreira à entrada para embarcações estrangeiras com tonelagem superior ao dobro do porte bruto das embarcações brasileiras de propriedade da empresa afretadora na prestação de serviços de navegação de apoio portuário
Art. 5º, inciso III, alínea “a”	Item “v” do 1º efeito Item “i” do 4º efeito	Cria uma barreira à entrada para embarcações estrangeiras com tonelagem superior ao quádruplo do porte bruto das embarcações de registro brasileiro em operação comercial pela empresa afretadora na prestação de serviços de navegação de cabotagem.

Tabela elaborada pela SEAE/MF no Parecer Técnico nº 09/2017-COGR/SUCON/SEAE/MF

Sob a ótica do princípio da legalidade, a SEAE/MF ponderou que a Resolução “apresenta limitações mais restritivas do que aquelas contidas na Lei nº 9.432, de 1997”, tendo em vista que esta “não impõe limite de tonelagem nem a obrigação de a afretadora ser proprietária de embarcação semelhante”⁵⁸. Por conta dessas limitações, as distorções do setor se agravariam. A íntegra da conclusão técnica é oportuna:

“Nesse quadro, verifica-se que a resolução Normativa Antaq nº 1, de 2015, contém exigências adicionais que condicionam o afretamento de embarcações estrangeiras, conforme apontado acima, aprofundando as distorções no mercado e limitando ainda mais a capacidade dos agentes cometerem entre si, com o potencial de trazer prejuízos ao processo concorrencial e à eficiência operacional dos setores econômicos afetados. Vinculando-se o afretamento a um múltiplo de tonelagem das embarcações da empresa afretadora, criam-se limites na atuação dessas empresas e, no limite, barreiras à entrada no mercado de navegação.

[...]

Portanto, ao limitar o afretamento de embarcações estrangeiras a um múltiplo da tonelagem das embarcações da empresa brasileira afretadora nos casos de navegação de apoio portuário e cabotagem, acrescida, nesta última, da propriedade de pelo menos uma embarcação semelhante à pretendida, a Resolução Normativa Antaq nº 1, de 2015, dificulta a entrada de embarcações estrangeiras no mercado nacional e cerceia a atuação das empresas brasileiras afretadoras. Com a imposição dessas exigências, as empresas afretadoras que se utilizam de embarcações de maior tonelagem teriam sua atuação restringida, o que fragilizaria sua capacidade de contestar parcelas de mercado das demais empresas”⁵⁹.

Ainda segundo o Parecer, o desequilíbrio do mercado decorreria da vantagem que empresas com embarcações maiores possuiriam se comparadas àquelas que detêm navios de menor porte no que diz respeito ao afretamento de navios estrangeiros. Assim, segundo a SEAE/MF, na prática:

⁵⁸Idem, p. 7.

⁵⁹Idem, pp. 7/8.

“Por vincular a autorização de fretamento a um múltiplo da tonelagem de porte das embarcações de propriedade da empresa afretadora, entende-se que a distorção tende a gerar efeitos cumulativos. Assim, além de ter potencialmente um efeito danos nos preços, na variedade e na qualidade das operações restringidas pela regulamentação, tal distorção pode se agravar a longo prazo, com aumento do poder de mercado das empresas dominantes restrição na atuação dos incumbentes de menor participação e elevação das barreiras à entrada de novos concorrentes em decorrência dos mandamentos contidos na Resolução Normativa Antaq nº 1, de 2015.”⁶⁰

O Ministério Público Federal também se posicionou contrariamente à normativa. Meses antes, em processo judicial ajuizado por uma das empresas do setor contra a RN nº 01/2015/ANTAQ (cuja resolução final até hoje não foi atingida), o MPF opinou pelo desprovisionamento de recurso interposto pela ANTAQ contra decisão da Justiça Federal do Distrito Federal que havia determinado a suspensão do ato normativo. Por meio do Parecer nº 1.220/2016/EGM/PRR 1ª Região, e sopesando a previsão do já mencionado art. 9º, I, da Lei nº 9.432/97, o *Parquet* considerou que Resolução ofendia ao princípio da legalidade. Isso porque, estaria inovando, sem amparo legal, ao criar novas limitações não previstas em lei.

Mas não só da legalidade tratou o parecer. O MPF considerou que a limitação prevista pela Resolução, “num regime de livre concorrência, demonstra-se prejudicial às empresas menores”, não podendo a ANTAQ “impor exigências à impetrante que, claramente, violam os princípios da legalidade e do livre exercício de atividade econômica”⁶¹. Este ponto é extremamente relevante e será desenvolvido nos tópicos seguintes.

No Parecer da SEAE/MF, foi solicitado, ainda, o encaminhamento do processo ao CADE, para que a autarquia analisasse possível infração concorrencial relacionada à Resolução da ANTAQ.

II.3.2. Análise do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

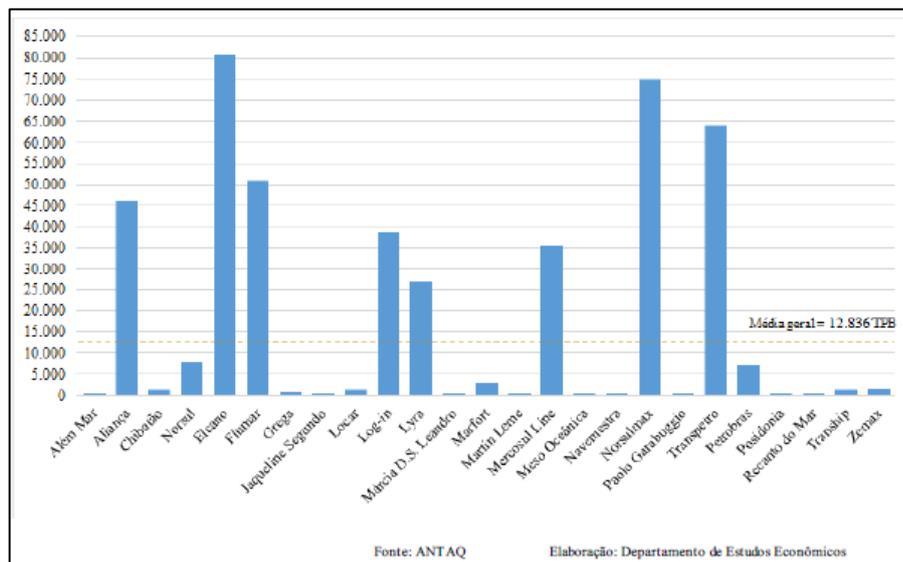
Em 2018, a discussão bateu às portas do CADE. Na verdade, não era a primeira vez que o Conselho analisava o mercado de navegação ou mesmo a prática de cabotagem. No ano anterior, 2017, o CADE examinou Ato de Concentração proposto pelas empresas estrangeiras

⁶⁰Idem, p. 8.

⁶¹MPF, **Parecer nº 1.220/2016/EGM/PRR 1ª Região**, p.3. Disponível nos autos do Agravo de Instrumento nº 1002720-93.2016.4.01.0000, em trâmite perante a Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

CMA CGM S.A. e MAERSK LINE A/S⁶² e autorizou, sem restrições, a aquisição, pela CMA CGM S.A., da brasileira MERCOSUL LINE NAVEGAÇÃO E LOGÍSTICA LTDA., que até então era do grupo da MAERSK, e cuja atuação se dava na navegação de cabotagem no Brasil, sobretudo no transporte de contêineres. Naquela oportunidade, foi feita ampla análise do mercado de navegação de cabotagem. O Parecer nº 285/2017/CGAA5/SGAI/SG examinou o pedido e as justificativas das empresas e opinou pela aprovação sem restrição da aquisição, concluindo que não haveria prejuízos ao ambiente concorrencial⁶³.

Ao retornar ao CADE, em 2018, agora em caráter consultivo e ainda mais objetivo, o Conselho examinou os efeitos concorrenciais da regulação de afretamento de embarcações sobre o transporte de cabotagem justamente sob a ótica da Resolução nº 01/2015/ANTAQ. Nesta segunda análise, autuada perante o CADE sob o nº 08700.000678/2018-44⁶⁴, o Conselho constatou que havia uma considerável disparidade entre as 42 empresas do setor à época, no que se referia às suas capacidades e tamanho. Somente oito despontavam no mercado. Com efeito, segundo o Conselho, em 2017, a capacidade média das embarcações de cabotagem por empresa, era a seguinte⁶⁵:



Índice elaborado pelo CADE na Nota Técnica nº 9/2018/DEE/CADE

⁶²CADE, **Processo Administrativo 08700.004700-2017-44**. Disponível em:

https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_pesquisar.php?acao_externa=protocolo_pesquisar&acao_origem_externa=protocolo_pesquisar&id_orgao_acesso_externo=0. Acesso em 7.10.2020.

⁶³Idem, pp. 215/216.

⁶⁴CADE, **Processo Administrativo nº 08700.000678/2018-44**. Disponível em:

https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_pesquisar.php?acao_externa=protocolo_pesquisar&acao_origem_externa=protocolo_pesquisar&id_orgao_acesso_externo=0. Acesso em 7.10.2020.

⁶⁵Quadro elaborado pelo Departamento de Estudos Econômicos do CADE com base em dados da ANTAQ.

Poucas eram as empresas com uma relevante representatividade, isto é, com uma relevante capacidade de carga. A maior parte estava abaixo da média do mercado. Segundo o Conselho, este quadro decorria da circunstância de que as líderes do setor, que compunham (e ao que parece ainda compõem⁶⁶) grandes conglomerados internacionais e nacionais, possuem navios de porte maior, próprios ou afretados⁶⁷.

Os requisitos instituídos pela Resolução nº 01/2015 da ANTAQ pareciam criar, na visão do CADE, barreiras insuperáveis. Basicamente, quem detinha muitos navios com grande capacidade (pouquíssimas empresas) poderia afretar e quem não os possuía (a maior parte do setor, amplamente composto por pequenas empresas) estariam impedidas para tanto. Foi essa a ponderação feita pela CADE à época. O Conselho destacou, ainda, que as maiores empresas, por serem as mais bem financiadas, com várias embarcações de vários tipos e também por possuírem muitas vezes “operações integradas” no mercado, facilmente conseguiriam as autorizações de afretamento⁶⁸.

Por outro lado, as pequenas empresas não mais conseguiriam, a prevalecer esse cenário, “rivalizar com as líderes de mercado”. A conclusão do CADE merece destaque:

“As demais empresas, de pequeno e médio porte, com atuação exclusiva na navegação e com frota composta de embarcações de menor porte terão maior dificuldade de ampliar sua operação utilizando-se do afretamento de navios estrangeiros de grande porte, pois estarão restringidos por uma menor capacidade de investimento em embarcações próprias e pela limitação da capacidade máxima a ser afretada (limitada ao quádruplo da tonelagem de porte bruto da sua própria frota). Tais limitações dificultam a possibilidade de alguma dessas empresas virem a crescer e passar a rivalizar com as líderes do mercado, à medida que restringem uma opção que viabilizaria uma expansão de oferta de capacidade com investimento menor.”⁶⁹

As detentoras de grandes navios não se interessariam pelo Brasil, uma vez que, na prática, não conseguiriam afretar suas embarcações às empresas que as necessitassem em razão dos óbices normativos. Ou seja, quem poderia afretar, não precisaria, por já possuir

⁶⁶O CADE examinou a questão novamente em 2020, já sob a perspectiva do PL nº 4.199 (BR do Mar), e constatou que as hipóteses para afretamento previstas pela nova proposta também causaria efeitos negativos à concorrência. A mais recente nota técnica será mais bem abordada no próximo capítulo deste estudo.

⁶⁷CADE, **Nota Técnica nº 9/2018/DEE/CADE**, p.4. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_pesquisar.php?acao_externa=protocolo_pesquisar&acao_origem_externa=protocolo_pesquisar&id_orgao_acesso_externo=0. Acesso em 7.10.2020.

⁶⁸Idem, p. 5.

⁶⁹Idem.

embarcações e por integrar enormes conglomerados multinacionais⁷⁰. Já quem precisaria dos afretamentos, as pequenas empresas, não poderiam afretar, e continuariam estagnadas, sem capital para, inclusive, investir na aquisição de outra embarcação, por exemplo, que a autorizasse a realizar um futuro afretamento nos moldes das exigências estampadas na Resolução da ANTAQ. As EBNs não cresceriam em quantidade e em fatia do setor, diminuindo a concorrência do mercado de navegação de cabotagem no Brasil⁷¹.

Dessa forma, de acordo com as conclusões do CADE, menos navios de grande porte navegariam pelas águas brasileiras⁷². Somente aqueles de propriedade dos poucos grandes conglomerados internacionais conseguiriam prosperar.

A análise concorrencial enviada ao Senado, à Câmara, ao Ministério dos Transportes e à própria ANTAQ, concluiu, em síntese, pelos seguintes possíveis efeitos negativos da RN nº 01/2015 ao mercado brasileiro de navegação de cabotagem: (a) “limitação à expansão das pequenas empresas de transporte de cabotagem”; (b) “elevação de barreiras à entrada”; (c) “aumento da concentração do mercado”; e (d) “uma redução da oferta de embarcações de grande porte por empresas não atuantes no país”⁷³.

II.3.3. Julgamento pelo Tribunal de Contas da União.

Em 2018, o Plenário do Tribunal de Contas da União, em exame liminar da TC nº 003.667/2018-9 (que foi instaurada a partir de denúncia de uma das pequenas empresas brasileiras que se sentiram prejudicadas pela regulamentação empreendida pela agência), concluiu que a ANTAQ, ao editar a Resolução nº 01/2015, extrapolou os limites regulamentares previstos pelo art. 178 da Constituição Federal⁷⁴ e pelo por vezes mencionado

⁷⁰A Nota destaca que “Também é possível que haja uma redução da oferta de embarcações de grande porte no país, pois as restrições de afretamento concentram a demanda por navios de grande porte nas maiores empresas de cabotagem (sendo que algumas destas já pertencem a grupos internacionais)”. Idem, p. 6.

⁷¹Concluiu-se que “Nesse contexto, espera-se que as pequenas empresas do mercado tenham maiores dificuldades para afretar embarcações estrangeiras, o que limitaria sua capacidade de crescimento e a possibilidade de se tornarem concorrentes efetivas das líderes do mercado. Além disso, aumenta o volume de investimento necessário para que uma empresa entrante consiga se estabelecer em condições de rivalizar com as empresas incumbentes”. Idem.

^{72c}Assim, o mercado nacional ficaria menos atrativo para outras empresas de navegação que poderiam disponibilizar embarcações de grande porte para o transporte de cabotagem no Brasil.” Idem.

⁷³Idem, pp. 5/6.

⁷⁴BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Art. 178: A lei disporá sobre a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre, devendo, quanto à ordenação do transporte internacional, observar os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 6.10.2020.

art. 9º da Lei nº 9.432/1997. Por meio do Acórdão nº 308/2018-TCU-Plenário, a Corte de Contas unanimemente ratificou a liminar proferida monocraticamente pelo Ministro BRUNO DANTAS, relator do feito, e determinou que a ANTAQ se abstinhasse de “exigir as limitações de quadruplo de tonelagem e de propriedade de embarcação do tipo semelhante à pretendida previstas no art. 5º, inciso III, alínea “a”, da Resolução Normativa Antaq 1/2015, por ausência de amparo legal, até que o Tribunal decida sobre o mérito das questões”⁷⁵.

Pouquíssimos meses antes da proposição da BR do Mar⁷⁶, o Plenário do TCU julgou o mérito da Representação nº 003.667/2018-9. Em sessão realizada no dia 1º de julho de 2020, a Corte confirmou a medida cautelar anteriormente concedida pelo Acórdão nº 380/2018, para:

“[...] determinar à Agência Nacional de Transportes Aquaviários que ao examinar pedido de autorização de afretamento de embarcação estrangeira nas hipóteses em que for verificada inexistência ou indisponibilidade de embarcação de bandeira brasileira do tipo e porte adequados para o transporte ou apoio pretendidos (art. 9º, inciso I, da Lei 9.432/1997), abstenha-se em definitivo de exigir as limitações de quadruplo de tonelagem e de propriedade de embarcação do tipo semelhante à pretendida previstas no art. 5º, inciso III, alínea “a”, da Resolução Normativa Antaq 1/2015, por ausência de amparo legal e por haver reserva legal absoluta para regulação da matéria, conferida pela Constituição Federal/1988, art. 178, parágrafo único.”⁷⁷

Destaque-se o parecer apresentado naqueles autos pelo então Subprocurador-Geral do Ministério Público junto ao TCU, LUCAS ROCHA FURTADO, o qual concluiu, em síntese que “não houve a prática de ilegalidade na edição da Resolução Normativa Antaq-1/2015 (...) tendo a agência atuado dentro dos limites de sua competência legal”⁷⁸.

FURTADO ponderou que a Emenda Constitucional nº 7/1995, que alterou a redação do artigo 178 da Constituição Federal, visou aumentar a competitividade do setor aquaviário, permitindo a execução dos serviços de transporte por navios estrangeiros em situações especificadas em lei⁷⁹. O parecer destacou que a fiscalização e regulação não poderiam ser feitas somente por meio legal, tendo em vista que a ANTAQ fora criada justamente para este fim, e com a vantagem de fazê-las “com a flexibilidade e a tempestividade que se fazem necessárias”⁸⁰.

⁷⁵TCU, **Acórdão nº 308/2018-TCU-Plenário**. Disponível nos autos da TC nº 003.667/2018-9.

⁷⁶Enviada ao Congresso Nacional no dia 13.02.2020, com pedido de urgência.

⁷⁷TCU, **Acórdão nº 1.693/2020-TCU-Plenário**. Disponível nos autos da TC nº 003.667/2018-9, p. 41.

⁷⁸Íntegra do parecer transcrita no Acórdão nº 1.693/2020-TCU-Plenário, pp. 21/31 (peça 71 dos autos da TC nº 003.667/2018-9).

⁷⁹Idem, p. 24.

⁸⁰Idem, p. 28.

Como será abordado ao fim deste capítulo, as ponderações realizadas pelo professor LUCAS ROCHA são, em certa medida, verdadeiras. É função das agências reguladoras *regular* o setor de forma mais aproximada, imparcial e com a possibilidade de adequação normativa muito mais ágil. E, de fato, a tarefa é árdua, “por envolver numerosas, complexas e dinâmicas variáveis, de caráter técnico e específico e, no mais das vezes, envolvendo interesses antagônicos”⁸¹. É justamente por isso que das agências se espera uma atuação imparcial calcada na fundamentação técnica de suas decisões e na sua blindagem de interferências político-governamentais. Por outro lado, todos os seus atos deveriam ser justificados. Eis o problema principal da RN nº 01/2015/ANTAQ, que parece ter falhado em sua justificação (como destacou a Procuradoria ainda nos primórdios da elaboração do documento).

Ao julgar definitivamente o caso, o Plenário do TCU, no mesmo sentido dos pareceres mencionados nos tópicos anteriores, exarou o Acórdão nº 1.693/2020, concluindo que a ANTAQ ultrapassou os limites impostos pela Lei nº 9.432/1997, ofendendo, assim, ao princípio da legalidade:

“Ao confrontar o disposto no art. 9º, inciso I, da Lei 9.432/1997, com o art. 5º, inciso III, da Resolução Normativa 1/2015, observa-se que o regulador restringiu sobremaneira as condições legalmente estabelecidas para afretamento de embarcações estrangeiras, passando a exigir quatro vezes a tonelagem bruta das embarcações de registro brasileiro em operação comercial pela empresa afretadora, além de estabelecer que seja proprietária de ao menos uma embarcação de tipo semelhante à pretendida.”⁸²

Sob o aspecto da competência da ANTAQ, dispostas na já delineada Lei nº 10.233/2001, bem como sob o aspecto da Lei nº 9.432/97, que normatiza o afretamento de embarcações estrangeiras, o Tribunal de Contas da União entendeu que “a disposição da lei específica prevalece sobre a da lei geral”⁸³. Ou seja, os limites impostos pelo art. 9º da Lei nº 9.432/97 se sobrepunham à norma que legitima a ANTAQ a regular o afretamento. Dessa forma, para os Ministros, a Resolução da ANTAQ não seria legítima, justamente por tratar de “matéria reservada ao legislador”⁸⁴.

⁸¹Idem.

⁸²TCU, **Acórdão nº 1.693/2020-TCU-Plenário**. Disponível nos autos da TC nº 003.667/2018-9, p. 37.

⁸³Idem.

⁸⁴Idem, p. 38.

No que se refere à adequação e a proporcionalidade da RN nº 01/2015 da ANTAQ, o TCU entendeu que, ainda que se considerasse que legal a medida, não havia fundamentos técnicos que justificassem a edição da Resolução:

“48. Ora, é tormentoso para o Tribunal abonar os atos de autorização de afretamento emitidos pela Antaq a partir de condicionantes que se desbordam do que foi estabelecido pelo legislador, sobretudo por se tratar de matéria reservada exclusivamente à lei, agravado ainda pela ausência de evidências que nortearam a discricionariedade técnica do regulador.

49. Ainda que se aceite, como nos pareceres da Seinfra e do MPTCU, que as condições de afretamento possam ser estabelecidas pelo regulador, tratando-se apenas de reserva legal relativa – friso que este não é o meu posicionamento – as falhas encontradas no processo normativo maculariam a legitimidade da Resolução Normativa 1/2015.

50. O TCU reconhece a autoridade normativa da Antaq para regulamentar administrativamente o setor econômico de sua alçada, ou mesmo a liberdade de agir normativamente na ausência de legislação específica sobre os temas em geral, visto que, de fato, o legislador não pode descer às minúcias de todos os temas técnicos. Não se pretende aqui ainda, no exercício do controle externo, substituir o ente regulador da exegese da legislação sobre temas de sua competência, nem a respeito das políticas específicas do setor. Contudo, a deferência deste Tribunal à interpretação empreendida pelo ente administrativo pressupõe que a regulação técnica, além de obedecer aos limites impostos pelas normas superiores, eminentemente às normas constitucionais como neste caso, esteja devidamente fundamentada no processo que lhe deu origem.”⁸⁵

Posicionamento que chama a atenção, e que parece ser o mais relevante para esta análise, refere-se ao fundamento do TCU quanto aos impactos da RN nº 01/2015, da ANTAQ, sobre a concorrência no mercado de navegação de cabotagem. Para a Corte de Contas, haveria o risco de se criar um “mercado altamente concentrado”, com o conseqüente aumento do custo do transporte aos contratantes, veja-se:

“56. Se por um lado as restrições ao afretamento podem mitigar tais problemas, do outro lado, cria-se um mercado altamente concentrado, com significantes barreiras de entrada, que, por consequência, aumentam o custo do transporte de cabotagem. Constata-se, portanto, a necessidade de sopesar valores com base em parâmetros objetivos, envolvendo diversos atores no processo decisório e explicitando as razões técnicas que sustentam a escolha regulatória.”⁸⁶

⁸⁵Idem, p. 39.

⁸⁶Idem, p. 40.

Como se pôde ver, o Tribunal de Contas da União discutiu principalmente os vícios formais da RN nº 01/2015/ANTAQ — sua ilegalidade em razão da divergência com a Lei nº 9.432/97 e a falta de justificativa técnica em sua elaboração —, mas, houve também, uma análise quanto aos danos que a norma causaria ao mercado de navegação de cabotagem. O entendimento e seus fundamentos são pertinentes.

II.4. Poder normativo e a necessidade de fundamentação técnica.

Conforme abordado no tópico que tratou da criação da ANTAQ, não se pode negar ou mesmo diminuir a importância das agências reguladoras para o papel a que se propôs cumprir o Estado quando da sua criação. Sobre a justificativa dos amplos poderes conferidos a essas autarquias especiais, ODETE MEDAUAR destaca que:

“Uma das explicações centra-se na seguinte: o Poder Executivo tem a função de direção política e administrativa, aí incluindo o poder regulamentar; tais funções não poderiam ser desempenhadas corretamente se tudo fosse predeterminado, de modo absoluto, pela lei; o Estado contemporâneo, muito complexo, com amplas funções, não pode atuar sem flexibilidade; torna-se fundamental deixar margem de maleabilidade à Administração em época de rápidas mudanças; grandes metrópoles, convivência de massa, problemas sociais, grandes tragédias exigem, por vezes, rapidez de atuação e certa margem de escolha; a discricionariedade atende, portanto, a necessidade institucional.

De modo correlato, pondera-se ser impossível ao legislador elaborar normas para todos os aspectos da vida social em que o Estado atua.

O poder discricionário seria explicado também pela necessidade de adequar a disciplina de certas matérias às situações concretas que surgem.”⁸⁷

De fato, parece inviável que tudo se regule por lei. Primeiro porque, no Parlamento, é inegável que aspectos políticos possam se sobrepôr a justificativas técnicas. MARÇAL JUSTEN FILHO explica que, diferentemente do legislativo, “o parâmetro fundamental norteador das decisões das agências não é a vontade, mas sim a racionalidade”⁸⁸. Ademais, a morosidade na promulgação de leis não consegue acompanhar a rapidez da economia, do mercado e da tecnologia.

⁸⁷MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 19ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 138.

⁸⁸JUSTEN FILHO, Marçal. **Agências reguladoras e democracia: existe um déficit democrático na “regulação independente”?** in O poder normativo das agências reguladoras / Coordenado por Alexandre Santos de Aragão. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 244.

Nesse sentido, CARVALHO FILHO destaca que “as leis, em seu sentido clássico, não mais acompanham – essa é que é a verdade – a celeridade em que se processam as mudanças nos campos social, político e econômico”⁸⁹. Sendo assim, é necessária e benéfica a delegação regulamentar a entes técnicos imparciais, se eles assim atuarem de fato, demonstrando procedimentalmente a racionalidade de suas decisões mediante fundamentos compromissados, em primeiro lugar, com a técnica.

A esta altura, podem-se questionar dois pontos: (a) deveria a ANTAQ justificar a Resolução ou qualquer de seus atos estariam abarcados por sua discricionariedade? e (b) poderia a agência estipular requisitos além daqueles previstos pela Lei nº 9.432/97?. Parece que a resposta para a primeira pergunta é positiva e, para a segunda, negativa.

No âmbito de atuação da agência reguladora, antes de tudo, deve haver fundamentação técnica das decisões administrativas e das regulamentações por ela exaradas, “eis que a função regulatória tem a peculiaridade de se destinar a uma coletividade e, portanto, deve ser exercida por quem tenha conhecimento específico sobre aquele setor”⁹⁰. E assim deve ser justamente para não se confundirem com decisões meramente políticas. Sobre o tema, invoca-se a lição de MOREIRA:

“Ainda que oriundas de processos legitimadores, as decisões normativas das agências reguladoras independentes orientam-se por parâmetros eminentemente técnicos: significam uma tentativa de neutralização das influências políticas (e econômicas) que os agentes públicos porventura poderiam sofrer.

Num plano ideal, a entidade reguladora afasta-se dos próprios regulados e do governo, atribuindo precisão científica imparcial às suas decisões. Isso para conferir estabilidade e segurança aos setores econômicos regulados. Portanto, e ao menos em tese, os argumentos político-democráticos não poderiam se prestar à não implementação de uma decisão puramente técnica. O que já se presta a atenuar a eficácia da legitimação democrática pelo processo.

Mais do que isso: ao contrário dos atos positivados pelo Legislativo em face da Administração, a participação dos interessados não possui efeitos vinculantes. Pode ser fundamentadamente rejeitada a sempre perigosa “discricionariedade técnica” – locução quase mágica, que simultaneamente pretende legitimar a decisão (emitida de forma neutra por um técnico com conhecimentos extraordinários) e eliminar o controle jurisdicional (o

⁸⁹CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Agências Reguladoras e Poder Normativo** in O poder normativo das agências reguladoras / Coordenado por Alexandre Santos de Aragão. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 65.

⁹⁰VILLELA SOUTO, Marcos Juruena. **Extensão do poder normativo das agências reguladoras** in O poder normativo das agências reguladoras / Coordenado por Alexandre Santos de Aragão. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 101.

Judiciário não disporia do conhecimento sofisticado que possibilitasse o controle).⁹¹

Apesar da autonomia conferida às agências — até porque, inclusive no âmbito técnico, há controvérsias⁹² —, todas as decisões por elas tomadas devem ser, sempre, “sujeita[s] a um requisito de racionalidade técnico-científica”⁹³. VILLELA SOUTO pondera que “a busca do ponto ótimo – equilíbrio entre os ônus criados pela regulação à liberdade e o proveito proporcionado – não admite opções”⁹⁴.

Havendo lei sobre a matéria, o ato fica mais restrito. Com efeito, cabe às agências regulamentar — no sentido de complementar — a legislação, por meio de normas técnicas⁹⁵, sem ultrapassar seus limites. De forma incisiva, MEIRELLES ensina que “como ato inferior à lei, o regulamento não pode contrariá-la ou ir além do que ela permite. No que o regulamento infringir ou extravasar a lei, é irritado e nulo, por caracterizar situação de ilegalidade”⁹⁶. As decisões das agências reguladoras, de forma a justificar sua autonomia, devem ser tecnicamente justificadas. Quando não são, tornam-se ilegais os seus atos, por ofender a própria norma que as criou.

No caso, apesar de, ainda em 2015, a Procuradoria Especializada junto à ANTAQ ter insistido na necessidade de apresentação de argumentos técnicos que embasassem as alterações propostas, parece que a ANTAQ assim não o fez. Tanto é que, em 2019, quando da análise final pelo TCU, foi destacada, novamente, a necessidade de “parâmetros objetivos”, com a exposição de “razões técnicas que sustentam a escolha regulatória”. A RN nº 01/2015/ANTAQ parece que, de fato, não poderia prosperar.

Os pareceres e notas técnicas apresentados por diversas autoridades, conforme demonstrado ao longo deste capítulo, se detiveram em apresentar análises técnicas

⁹¹BOCKMANN MOREIRA, Egon. **Os limites à competência normativa das agências reguladoras** in *O poder normativo das agências reguladoras* / Coordenado por Alexandre Santos de Aragão. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 164.

⁹²ODETE MEDAUAR pondera que “no campo da técnica e das ciências exatas, biológicas, matemáticas também há diversidade de entendimentos, controvérsias” in MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 19ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 139.

⁹³JUSTEN FILHO. Marçal. **Agências reguladoras e democracia: existe um déficit democrático na “regulação independente”?** in *O poder normativo das agências reguladoras* / Coordenado por Alexandre Santos de Aragão. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 245.

⁹⁴VILLELA SOUTO, Marcos Juruena. **Extensão do poder normativo das agências reguladoras** in *O poder normativo das agências reguladoras* / Coordenado por Alexandre Santos de Aragão. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 98.

⁹⁵CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Agências Reguladoras e Poder Normativo** in *O poder normativo das agências reguladoras* / Coordenado por Alexandre Santos de Aragão. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 66.

⁹⁶MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 18ª ed., São Paulo: Malheiros, 1993, p. 163.

fundamentadas no sentido de evidenciar a carência de sustentáculo para a atuação regulamentar da ANTAQ. Se de um lado a ANTAQ parece não ter justificado seu ato, por outro, parece ter restringido, sem poder, as hipóteses de afretamento de embarcações estrangeiras por EBNs previstas pelo art. 9º, da Lei nº 9.432/1997.

Quanto ao mérito da Resolução, destacam-se as notas técnicas elaboradas pelos CADE e pela SEAE/MF, que, há alguns anos, e de forma unânime, concluíram que as restrições impostas pelo art. 5º, III, “a”, da RN nº 01/2015/ANTAQ, eram danosas ao mercado de transporte aquaviário. A conclusão do CADE, que foi reiterada em 2020, em análise de algumas das previsões do PL nº 4.199/2020, será objeto de tópico próprio deste trabalho.

CAPÍTULO III

O PL Nº 4.199/2020 (“BR DO MAR”)

III.1. A instituição do programa de estímulo à navegação de cabotagem.

Em agosto de 2019, o Conselho do Programa de Parcerias de Investimentos da Presidência da República⁹⁷ publicou a Resolução nº 70/2019, por meio da qual opinou “favoravelmente à instituição da política federal de estímulo ao transporte de cabotagem, consubstanciada no programa de estímulo à cabotagem BR do Mar”⁹⁸.

A publicação considerou que o transporte aquaviário seria o mais eficiente, menos custoso e menos ofensivo ao meio ambiente que os demais meios de transporte de cargas. Além disso, segunda consta da resolução opinativa, a cabotagem seria a “medida mais eficaz e célere para equilibrar os dispêndios excessivos da União, dos Estados, Distrito Federal e Municípios em projetos de infraestrutura rodoviária e ferroviária”⁹⁹. Para justificar as políticas de estímulo à cabotagem, sobretudo as que tratam do uso de navios estrangeiros no país, o Conselho defendeu que haveria “relevante interesse público”¹⁰⁰.

Os objetivos do programa de estímulo à cabotagem apelidado de BR do Mar, listados no art. 3º da Resolução nº 70/2019, seriam os seguintes:

Art. 3º São objetivos da política a que se refere o art. 1º, dentre outros:

I – incrementar a oferta e a qualidade do transporte por cabotagem;

II – incentivar a concorrência e a competitividade na prestação do serviço de transporte por cabotagem;

III – ampliar a disponibilidade de frota no território nacional;

IV – incentivar a formação, a capacitação e a qualificação de marítimos nacionais;

V – estimular o desenvolvimento da indústria naval nacional para a construção, jumborização, conversão, modernização, docagem e reparação embarcações utilizadas na navegação de cabotagem;

VI – revisar a vinculação das políticas de navegação de cabotagem das políticas de construção naval;

⁹⁷Instituído pela Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016, que criou o Programa de Parcerias de Investimentos.

⁹⁸BRASIL, Presidência da República. **Resolução nº 70, de 21 de agosto de 2019**. Disponível em: https://www.ppi.gov.br/html/objects/downloadblob.php?cod_blob=6499 Acesso em 14.11.2020.

⁹⁹Idem, p.1.

¹⁰⁰Idem.

VII – incentivar as operações especiais de cabotagem e os investimentos decorrentes em instalações portuárias, para atendimento de cargas em tipo, rota ou mercado ainda não existentes ou consolidados na cabotagem brasileira; e

VIII - otimizar o uso de recursos advindos da arrecadação do Adicional ao Frete para a Renovação da Marinha Mercante – AFRMM.¹⁰¹

Dos objetivos acima transcritos, chamam atenção as tentativas de “incrementar a oferta e a qualidade do transporte por cabotagem” (inciso I); “incentivar a concorrência e a competitividade na prestação do serviço de transporte por cabotagem” (inciso II); e “ampliar a disponibilidade de frota no território nacional” (inciso III). Das sete diretrizes previstas pelo art. 4º da Resolução, destacam-se a “redução de barreiras de entrada ao mercado brasileiro de cabotagem” (inciso III) e a “redução dos custos de investimento em embarcações” (inciso IV)¹⁰².

O programa, formalizado pela Resolução nº 70, de 21 de agosto de 2019, assinada pelo Ministro de Estado Chefe da Casa Civil da Presidência da República e pela Secretária Especial do Programa de Parcerias de Investimentos da Casa Civil da Presidência da República ia ao encontro dos apontamentos feitos pelos órgãos concorrenciais quando do exame da Resolução Normativa nº 01/2015, da ANTAQ. Quando da edição do PL nº 4.199/2020, esperava-se que os possíveis efeitos negativos à concorrência seriam, finalmente, enfrentados.

III.2. A justificativa do PL nº 4.199¹⁰³

Quase um ano após a publicação da Resolução nº 70, de 21 de agosto de 2019, pela Presidência da República, foi apresentado ao Congresso Nacional, no dia 13 de agosto de 2020, o projeto de lei que instituiu o “Programa de Estímulo ao Transporte de Cabotagem”, a chamada “BR do Mar”¹⁰⁴. Os proponentes alegaram que o programa era fruto de um trabalho

¹⁰¹Idem, pp. 2/3.

¹⁰²Idem.

¹⁰³Íntegra do PL e de seus andamentos disponíveis em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2260433>. Acesso em 9.12.2020.

¹⁰⁴Três dias antes, em 10 de agosto de 2020, o Ministro da Infraestrutura, Tarcísio Gomes de Freitas, o Ministro da Economia, Paulo Roberto Nunes Guedes, e o Ministro-chefe da Secretaria-Geral da Presidência da República, Jorge Antônio de Oliveira Francisco, encaminharam, por meio da EMI nº 00016/2020 MINFRA ME SG-PR, a íntegra da proposta, com sua justificativa, ao Presidente da República. O documento foi enviado juntamente com a PL ao Congresso.

longo, tendo sido supostamente realizadas “diversas reuniões e debates” com os agentes do setor¹⁰⁵.

A justificativa apontava que a modalidade de transporte aquaviário, apesar de mais segura, eficiente e sustentável, representaria somente 11% (onze por cento) da matriz logística brasileira, enquanto a rodoviária, menos produtiva e mais custosa, seria responsável por cerca de 65% (sessenta e cinco por cento) das cargas movimentadas nacionalmente. O PL ponderou, ainda, que a utilização excessiva do modal rodoviário criaria custos à União com “manutenção” e “viabilização de novas rotas, além de trazer consigo estatísticas negativas decorrentes dos altos índices de acidentes e mortes no trânsito causados por caminhões”¹⁰⁶. Por outro lado, o transporte aquaviário seria consideravelmente mais seguro e já estava em crescimento¹⁰⁷.

O objetivo mencionado na justificativa reiterou aqueles constantes da Resolução nº 70/2019, da Presidência. Buscou-se “assegurar maior disponibilidade de navios na costa brasileira para atender a demanda nacional, com baixo custo operacional”¹⁰⁸, bem como solucionar os problemas impeditivos do setor para fomentar a entrada de novos *players*.

Apesar de a justificativa enviada ao Congresso ser consideravelmente singela, sem qualquer aprofundamento técnico ou comprobatório, fato é que existe um documento que buscou supostamente justificar a propositura legal. Trata-se da Nota Técnica nº 10/2020/CGNV/DHNI-SNPTA¹⁰⁹, elaborada, em março de 2020, pelo Departamento de Navegação e Hidrovias (“DHNI”), do Ministério da Infraestrutura. Por meio da referida nota, o Poder Executivo avaliou o setor de transporte aquaviário e apresentou as justificativas que entendia pertinentes para as mudanças regulatórias e concorrenciais propostas no PL. Dentre seus objetivos principais, destacam-se:

¹⁰⁵Na proposta encaminhada ao Congresso, não há nenhum anexo com atas ou documentos técnicos justificando as proposições, nem mesmo a fonte referenciada dos dados mencionados. Pelo que consta do documento, as reuniões foram obtidas contribuições dos “usuários dos serviços, dos transportadores, de representantes do poder público e privado, de entidades representativas dos trabalhadores, da Indústria Naval, do Poder Legislativo, entre outros”.

¹⁰⁶Justificativa e PL disponíveis em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2260433>. Acesso em 9.12.2020.

¹⁰⁷Segundo a proposta, “Entre os anos de 2010 e 2018 foi registrado crescimento de 39,5% em toneladas, com destaque para o seguimento de carga containerizada, que apresentou expansão de 146% em número de unidades transportadas nesse mesmo período, segundo os dados estatísticos publicados pela Antaq”.

¹⁰⁸Justificativa e PL disponíveis em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2260433>. Acesso em 9.12.2020.

¹⁰⁹BRASIL, Ministério da Infraestrutura. **Nota Técnica nº 10/2020/CGNV/DHNI-SNPTA**. Disponível em: <https://www.gov.br/infraestrutura/pt-br/imagens/2020/09/NotaTcnicaBRdoMar.pdf>. Acesso em 2.12.2020.

“b) facilitar a obtenção de maior quantidade de embarcações para atender as necessidades logísticas e garantir o escoamento das cargas nacionais de um ponto a outro do país, garantindo maior previsibilidade e segurança logística ao usuário do serviço

c) estimular o uso de embarcações estrangeiras afretadas por tempo e, com isso, viabilizar o transporte por cabotagem com menor custo operacional, objetivando a redução de frete ao usuário do serviço.”¹¹⁰

Destaca-se, ainda, a busca por “soluções equilibradas e responsáveis, necessárias para auferir ganho de eficiência logística para o país no curto e médio prazos, sem que se colocasse em risco a performance já positiva que este modo de transporte vem demonstrando para o país”¹¹¹.

No extenso documento, são mencionados uma série de estudos elaborados ao longo das últimas décadas por órgãos públicos, agências privadas e demais sujeitos do setor¹¹². Dentre eles, chama atenção a publicação da *Review of Maritime Transport 2015*, da Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (“UNCTAD”). Em tal estudo, cujas principais conclusões foram listadas pela nota técnica, foi indicado como “determinante para a definição dos custos do transporte marítimo internacional”, dentre outros, o nível de concorrência e de regulação do mercado. Confira-se:

“Qualquer impedimento à livre concorrência e a existência potencial de comportamento colusivo, atomização e monopólios terão impactos nas estruturas de preços, e esses fatores serão discutidos nos parágrafos a seguir. Historicamente, as companhias de navegação tentaram concentrar as atividades de acordo com outros participantes do mercado em certos pontos, já que estão cientes dos benefícios das economias de aglomeração e escopo. As diferentes estratégias das companhias marítimas, o equilíbrio de poder entre as companhias marítimas, os embarcadores e os portos e as restrições relacionadas ao transporte terrestre podem ter impacto na evolução e nas características e na competição nas redes de transporte marítimo. Além disso, as alianças estratégicas entre o porto e a indústria naval, que foram impulsionadas por fortes processos de concentração e integração vertical a nível global, têm uma profunda influência na estrutura da rede marítima e também no grau de integração de uma região no transporte marítimo global. Rede de transporte.

¹¹⁰Idem, pp. 1/2.

¹¹¹Idem, p. 3.

¹¹²Destacam-se, por exemplo: estudo intitulado “Evolução e Perspectivas e Desenvolvimento da Marinha Mercante Brasileira”, do Senado Federal; dados da Confederação Nacional Dos Transportes – CNT; da Secretaria De Portos Da Presidência Da Republica – SEP.

Os formuladores de políticas precisam observar atentamente os processos de concentração no setor marítimo e estar cientes dos possíveis efeitos negativos sobre o comércio e a competitividade das exportações de um país, predominantemente em países e regiões periféricos de rede.”¹¹³

A nota ressaltou que a navegação de cabotagem é objeto de políticas nacionalistas em vários países¹¹⁴, com destaque à legislação dos Estados Unidos da América¹¹⁵. Houve menção a um estudo, contratado pelo Senado Federal, ainda em 2008, que indicou que a manutenção das políticas restritivas no setor de cabotagem era medida válida para o desenvolvimento da marinha mercante, uma vez que:

“A reserva da cabotagem deve ser mantida, pois não se vislumbram benefícios para o país com a sua eliminação. Melhores níveis de frete podem ser obtidos em um primeiro momento, como no caso da importação de trigo mencionado, mas não há nenhuma garantia de que as empresas estrangeiras venham a mantê-los no médio prazo. Num segundo momento, elas poderiam buscar a maximização das receitas de fretes na cabotagem, passando a subsidiar outro trade mais competitivo. O grande poder de mercado das transportadoras internacionais poderia ser usado para quebrar os competidores nacionais e instalar um regime não-competitivo de transporte de cabotagem no país. Além disso, problemas de falta de navios como os que ocorreram em 2004 e 2005 poderiam voltar, agora em maiores proporções.”¹¹⁶

Quanto aos “entraves que impedem o desenvolvimento da navegação de cabotagem no país”, foram mencionados estudos da Confederação Nacional dos Transportes (“CNT”), que destacavam como razões, principalmente, a falta de infraestrutura portuária, idade avançada das embarcações, excesso de burocracia e ao alto custo, alta tributação e escassez de mão-de-obra¹¹⁷. Uma das medidas propostas por uma consultoria contratada pela Secretaria de Portos da Presidência da República (“SEP”), em 2015, era “diminuir as assimetrias concorrenciais verificada nos transportes rodoviário e marítimo”¹¹⁸.

¹¹³BRASIL, Ministério da Infraestrutura. **Nota Técnica nº 10/2020/CGNV/DHNI-SNPTA**, p. 11. Disponível em: <https://www.gov.br/infraestrutura/pt-br/imagens/2020/09/NotaTcnicaBRdoMar.pdf>. Acesso em 2.12.2020.

¹¹⁴Idem, p. 15: “IV - Relação dos países que os navios de bandeira estrangeiras são totalmente excluídos da navegação de cabotagem, sem qualquer exceção: Bélgica, Estônia, Grécia, Itália, Polônia, Suécia, Turquia, Estados Unidos, China, Colômbia, Indonésia, Lituânia. V - Relação dos países que os navios de bandeira estrangeiras são parcialmente excluídos da navegação de cabotagem: Austrália, Canadá, Coreia, Chile, Finlândia, França, Alemanha, Grécia, Israel, Japão, Coreia, Letônia, México, Portugal, Eslovênia, Espanha, Suécia, Reino Unido, Brasil, Costa Rica, Índia, Rússia, África do Sul.”

¹¹⁵Idem: “Uma das políticas vigentes mais restritivas no mundo quanto à navegação de cabotagem é a estabelecida pelos Estados Unidos. A lei da Marinha Mercante de 1920, mais conhecida como Jones Act, em que o Congresso americano declarou: “É necessário para a defesa nacional e o desenvolvimento do comércio interno e externo dos Estados Unidos que o Estados Unidos tenha uma marinha mercante”.

¹¹⁶Idem, p. 30.

¹¹⁷Idem, p. 32.

¹¹⁸Idem.

Tomaram-se em conta, ainda, algumas ponderações da Secretaria Especial de Assuntos Estratégicos da Presidência da República (“SEAE”), que indicava como obsoleto o protecionismo da cabotagem e propunha a revisitação da legislação regulatória, “como a exigência de nacionalidade das embarcações para autorizações de operação e de afretamento”. Segundo a SAEA, “as empresas de navegação já operam sujeitas a considerável grau de controle estrangeiro e com significativa proporção da frota também estrangeira”¹¹⁹.

Foram mencionadas críticas dos *players* do setor às barreiras de entrada de agentes internacionais ao mercado, que já é concentrado, o que impossibilitaria a “competição de empresas estrangeiras de navegação, proporcionando a constituição de um mercado oligopolizado ou monopolizado”. Além disso, foram listados como outros problemas: o custo operacional “de tripulação e de combustível, tributação e condições de investimentos muito desfavoráveis em relação as empresas estrangeiras”¹²⁰.

As EBNs, por outro lado, sopesaram que a “burocracia documental exigida pela Receita Federal, Anvisa e outros”, a “reduzida flexibilidade para renovação e expansão da frota, devido a indisponibilidade de embarcações no País”, o “alto custo de importação”, a “imposição de restrições de afretamento de embarcações estrangeiras”, a “dificuldade para contratar a construção de navios em estaleiros brasileiros”; dentre vários outros fatores¹²¹, atrapalhariam o desenvolvimento do modal da cabotagem.

Feitas todas essas análises, a Nota Técnica contextualizou as modalidades de afretamento (a casco nu, por tempo e por viagem) e sua regulamentação da seguinte forma:

“3.15.7.4.32. A utilização de embarcações estrangeiras afretadas a casco nu pelas EBNs trazem menores custos para as empresas, maior flexibilidade e não exigem a realização de investimento. O afretamento a casco nu, ou também denominado *bareboat*, é a forma de contrato atual na qual a embarcação fica sobre a posse do afretador por período de tempo superiores a 2 anos, período após o qual este afretamento pode ser renovado ou finalizado. E esta a modalidade de contratação de embarcação que traz maior

¹¹⁹Idem, p. 39.

¹²⁰Idem, p. 55.

¹²¹São eles: “elevada burocracia para obtenção de financiamentos por meio do FMM; escassez de tripulantes em razão de existirem somente 2 escolas de oficiais de marinha mercante; dificuldade para negociação de projetos de cabotagem nos portos com vistas a viabilizar a implantação dos processos *just in time*; prioridade dos terminais portuários para cargas de longo curso; maior custo de abastecimento de navios na cabotagem que para os navios de longo curso em razão de questões tributárias, em desconformidade com o marco regulatório (art. 12 da Lei nº 9.432/1997); impostos elevados e inexistência, no Brasil, do *tonnage tax*, sistema de imposto único baseado na tonelagem do navios, a exemplo do que ocorre no exterior; custo de praticarem elevado; não implantação dos mecanismos previstos no Regime Especial Brasileiro - REB (Decreto nº 2.256/1997); e falta de regulamentação do Operador de Transporte Multimodal (OTM)”. Idem, p. 58.

facilidade para modernização da frota e previsibilidade para a prestação do serviço aos usuários. Em contrapartida, traz menor vínculo da embarcação com o país em relação a uma embarcação própria.

3.15.7.4.33. Já as modalidades de afretamento por tempo ou por viagem de embarcações estrangeiras trazem ainda a vantagem adicional de apresentarem menores custos operacionais, pois possuem condições tributárias e trabalhistas mais favoráveis que uma embarcação com bandeira brasileira.¹²²

Por fim, na linha dos objetivos posteriormente listados Projeto apresentado à Câmara dos Deputados, reiterou-se que se pretende “incrementar a oferta e a qualidade do transporte por cabotagem no país”, “aumentar a competitividade das empresas brasileiras de navegação”, “reduzir o custo logístico para o usuário do serviço” e “estimular o desenvolvimento da indústria naval nacional”¹²³. A Nota frisa ainda que:

“[...] o incremento de embarcações estrangeiras, operadas por empresas constituídas sob as leis brasileiras, com sede e administração no Brasil para o transporte de cabotagem, é imprescindível para afastar do mercado interno a volatilidade do mercado internacional, proporcionando um serviço de transporte interno com regularidade, estabilidade e previsibilidade de preços.”¹²⁴

As principais diretrizes do que veio a ser o PL nº 4.199/2020 eram:

I - reestruturar o mercado de cabotagem, com permissão de uso de embarcações de bandeira estrangeira para compor parcela da frota das Empresas Brasileiras de Navegação;

II - incentivar o aumento da concorrência no mercado da cabotagem, com a redução de barreiras de entrada;

IV - aumentar a competitividade da cabotagem, com a equalização de custos em relação aos benefícios sociais e estratégicos para o país¹²⁵

Destaca-se a ponderação final feita pelo Ministério da Infraestrutura acerca das reais medidas que seriam mais eficientes ao um cenário em um cenário ideal, mas que, “*em virtude da conjuntura fiscal enfrentada pelo país*”, não foram incorporadas, dando lugar àquelas dispostas no PL nº 4.199/2020. Veja-se:

“5.6. Idealmente, as medidas de incentivos aos navios de bandeira brasileira que proporcionariam as condições operacionais semelhantes as percebidas por navios que arvoram outras bandeiras passariam pela redução da carga tributária para as empresas, com a adoção da tributação sobre a tonelagem da

¹²²Idem, p. 59.

¹²³Idem, p. 61.

¹²⁴Idem.

¹²⁵ Idem, pp. 62/63.

embarcação, desoneração de encargos trabalhista para os marítimos e pela não tributação do combustível usado por embarcações, de modo semelhante as políticas de fomento ao transporte marítimo implementadas por países desenvolvidos, entre os quais a maioria dos países membros da OCDE.

Entretanto, em virtude da conjuntura fiscal enfrentada pelo país, as propostas de estímulo a navegação que estão sendo apresentadas visam proporcionar ao mercado nacional usufruir de parte dos benefícios fiscais de algumas bandeiras internacionais.¹²⁶

Percebe-se que o próprio Governo reconheceu, logo no início do Projeto, que as mudanças propostas não seriam as “ideais”. Outro ponto que chama bastante atenção no documento é a repetição do objetivo de fomentar o setor, sua concorrência e a diminuição de barreiras à entrada de novos agentes. Tudo em prol do avanço do transporte aquaviário, mas resguardando as empresas nacionais em continuidade à política protecionista da cabotagem, reprisada mundo afora.

Voltando à justificativa apresentada à Câmara — que, frisa-se, não foi instruída com a cópia da Nota Técnica nº 10/2020/CGNV/DHNI-SNPTA, a qual, portanto, não foi objeto de qualquer debate legislativo —, o Executivo buscou antecipar-se às críticas, que foram inevitáveis¹²⁷⁻¹²⁸, e tentou rebater a existência de consequências negativas ao setor de transporte rodoviário, defendendo que o transporte de longas distâncias pelo meio aquaviário proporcionaria “melhores condições de trabalho e qualidade de vida aos motoristas”, que passariam a atender demandas de curtas distâncias¹²⁹.

Outro ponto que chamou a atenção foi a solicitação de urgência para o trâmite legislativo do PL nº 4.199/2020¹³⁰. Segundo o Executivo, a demora do exame pelo Congresso Nacional e a consequente demora na implementação do novo marco legal poderia “paralisar” o mercado e manter o desequilíbrio na matriz. Isso porque, por se tratar de um setor com uma alta carga de financiamento privado, os investidores aguardariam a palavra do Legislativo

¹²⁶Idem, p. 78.

¹²⁷“Na carta, assinada em nome da Abrava (associação dos motoristas autônomos), Chorão afirma que a proposta pode reduzir em até 40% o volume de viagens de longa distância feitas pela categoria. Ele também reclama que o grupo não teria sido chamado para debater o tema.”

Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/painelsa/2020/10/caminhoneiros-madam-carta-a-ministro-para-reclamar-da-br-do-mar.shtml>. Acesso em 14.11.2020.

¹²⁸Disponível em: <https://monitormercantil.com.br/caminhoneiros-contra-prensa-do-br-do-mar>. Acesso em 14.11.2020.

¹²⁹Justificativa e PL disponíveis em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2260433>. Acesso em 9.12.2020.

¹³⁰Foi aventada previsão do §1º do artigo 64 da Constituição Federal: “Art. 64. A discussão e votação dos projetos de lei de iniciativa do Presidente da República, do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores terão início na Câmara dos Deputados. §1º - O Presidente da República poderá solicitar urgência para apreciação de projetos de sua iniciativa.”

para dar seguimento aos seus projetos. A questão da urgência, razoável ou não, não foi bem recebida por parte do Congresso e por agentes do setor de transportes. Caminhoneiros se opuseram fortemente ao regime de urgência no trâmite da questão. Alguns congressistas, inclusive, apresentaram pedido de retirada da urgência, tanto pelo entrave que o trâmite causa a outras votações¹³¹ quanto por entenderem que tamanha mudança (da matriz logística nacional) não poderia ter seu debate legislativo encurtado¹³².

Por conta de outras discussões que aparentavam ser mais relevantes no momento, como, por exemplo, a definição da Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização para 2021, e a MP 1.000, que reduz o valor do auxílio emergencial durante a pandemia, a tendência era que o PL da BR do Mar perdesse sua urgência¹³³⁻¹³⁴⁻¹³⁵. Desde sua propositura, em 13.8.2020, a medida havia sido retirada de pauta mais de seis vezes¹³⁶.

Ocorreu que, no último dia 8 de dezembro de 2020, por volta das 2h da manhã, após dezenas de pedidos de retirada de pauta, o PL foi finalmente votado e aprovado pela Câmara dos Deputados¹³⁷. O texto final será a seguir abordado, mas, no que diz respeito aos dispositivos que tratam do afretamento de embarcações estrangeiras (arts. 5º e 16), foi mantida a proposição encaminhada pelo Poder Executivo. O PL será agora encaminhado ao Senado Federal. A urgência e o encurtamento da discussão pelo Legislativo serão mais bem abordados no fim deste capítulo.

III.3. A redação aprovada pela Câmara do PL nº 4.199/2020.

Após a apresentação de 127 emendas ao projeto e do entrave em votá-las, o texto foi aprovado pelo Plenário da Câmara dos Deputados, após quase três meses de sua propositura. O placar não foi apertado, de 439 parlamentares, 324 votaram pela aprovação do texto após as

¹³¹Como será a seguir abordado, de acordo com o art. 204 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, encerrado o prazo de 45 dias do recebimento de projetos com urgência pela Câmara, o projeto é automaticamente incluído em pauta, sobrestando demais votações.

¹³²Disponível em: <https://www.portosenavios.com.br/noticias/navegacao-e-marinha/br-do-mar-deputados-apresentam-requerimento-para-retirada-de-urgencia>. Acesso em 18.11.2020.

¹³³Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/economia/2020/09/26/internas_economia.1189156/br-do-mar-deve-perder-urgencia-na-camara.shtml. Acesso em 18.11.2020.

¹³⁴Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/economia/br-do-mar-desagrada-industria-local-projeto-emperra-camara/> Acesso em 18.11.2020.

¹³⁵Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2020/10/projeto-que-cria-a-br-do-mar-enfrenta-resistencia-para-sair-do-papel.shtml> Acesso em 18.11.2020.

¹³⁶<https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2260433> 18.11.2020

¹³⁷Disponível em: <https://valor.globo.com/politica/noticia/2020/12/07/mesmo-com-obstruo-da-oposio-cmara-aprova-texto-base-de-projeto-da-br-do-mar.ghhtml>. Acesso em 9.12.2020.

emendas acolhidas pelo relator, 114 votaram pela reparação e somente um se absteve¹³⁸. Não houve tamanhas alterações no texto original ao ponto de tornar necessário um aprofundado cotejo do Projeto enviado ao Congresso e a redação por ora aprovada pela Câmara. Basta que se analise, neste momento, a norma que será encaminhada ao Senado Federal para sua futura deliberação.

No texto aprovado no dia 8 de dezembro de 2020¹³⁹, foram mantidos os objetivos de, dentre outros, “ampliar a oferta e melhorar a qualidade do transporte por cabotagem” (art. 1º, I), “incentivar a concorrência e a competitividade na prestação do serviço de transporte por cabotagem” (art. 1º, II), e “ampliar a disponibilidade de frota para a navegação por cabotagem” (art. 1º, III). Em suas diretrizes, consta ainda a “promoção da livre concorrência” (art. 2º, VII).

Ademais, para que uma empresa de navegação se habilite no programa “BR do Mar”, deve ela, nos termos do artigo 3º e incisos, possuir autorização para operar como EBN, estar em dia com o recolhimento de tributos federais e disponibilizar uma série de dados relativos à sua operação no mercado de transportes por cabotagem, de forma a tornar transparente o acompanhamento da evolução do setor. Tal habilitação será concedida por ato do Ministro da Infraestrutura, o qual será disciplinado por regulamento (art. 4º).

No que diz respeito ao afretamento de embarcações, há dois principais dispositivos que tratam da questão. O primeiro deles, artigo 5º, normatiza o afretamento “por tempo” e prevê as hipóteses nas quais as EBNs podem afretar “de sua subsidiária estrangeira”. São eles:

Art. 5º A empresa habilitada no BR do Mar poderá afretar por tempo embarcações de sua subsidiária integral estrangeira para operar a navegação por cabotagem, desde que tais embarcações estejam¹⁴⁰:

I - em sua propriedade; ou

II - em sua posse, uso e controle, sob contrato de afretamento a casco nu.

§ 1º O afretamento de que trata o caput poderá ser realizado nas seguintes hipóteses:

¹³⁸Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2260433> “Tramitação detalhada”. Acesso em 9.12.2020.

¹³⁹Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1947624. Acesso em 9.12.2020.

¹⁴⁰Na redação original do caput, não havia a especificação “para operar a navegação por cabotagem”.

I - ampliação da tonelagem de porte bruto das embarcações próprias efetivamente operantes, registradas em nome do grupo econômico a que pertença a empresa afretadora, de acordo com a proporção a ser definida em ato do Poder Executivo federal;

II - substituição de embarcação de tipo semelhante em construção no País, na proporção de até duzentos por cento da tonelagem de porte bruto da embarcação em construção, pelo prazo de seis meses, prorrogável por igual período, até o limite de trinta e seis meses;¹⁴¹

III - substituição de embarcação de tipo semelhante em construção no exterior, na proporção de até cem por cento da tonelagem de porte bruto da embarcação em construção, pelo prazo de seis meses, prorrogável por igual período, até o limite de trinta e seis meses;

IV¹⁴² - atendimento exclusivo de contratos de transporte de longo prazo, nos termos do disposto em ato do Poder Executivo federal; e

V - prestação de operações especiais de cabotagem, pelo prazo de trinta e seis meses, prorrogável por até doze meses, nos termos do disposto em ato do Poder Executivo federal.

§ 2º Para fins do disposto nesta Lei, considera-se:

I - embarcação em construção - aquela cujo pagamento inicial já tenha sido efetuado pelo proprietário da embarcação ao estaleiro construtor até a assinatura do termo de entrega e aceitação pelas partes; e

II - operações especiais de cabotagem - aquelas consideradas regulares para o transporte de cargas em tipo, rota ou mercado ainda não existente ou consolidado.

§ 3º As embarcações afretadas de acordo com o caput deverão atender aos requisitos estabelecidos nos tratados e códigos internacionais em vigor no Brasil, bem como, no que couber, nas Normas da Autoridade Marítima.

§ 4º¹⁴³ Os afretamentos previstos no caput também poderão ser feitos de empresa subsidiária integral estrangeira de outra Empresa Brasileira de Navegação, desde que tais embarcações estejam:

I - em sua propriedade; ou

II - em sua posse, uso e controle, sob contrato de afretamento a casco nu.

¹⁴¹Esta previsão é complementada pelo art. 6º do PL nº 4.199/2020, que assim dispõe:

“Art. 6º As embarcações afretadas na forma prevista no inciso II do § 1º do art. 5º poderão permanecer no País pelo período de trinta e seis meses, ainda que a sua construção no País tenha sido concluída anteriormente ao término do prazo.

Parágrafo único. O disposto no caput é complementar às disposições de afretamento em substituição à construção de que tratam o inciso III do caput do art. 9º e o inciso III do caput do art. 10 da Lei nº 9.432, de 1997.

¹⁴²Foi retirado, da redação original, o inciso IV, que assim dispunha: “IV - substituição de embarcação de tipo semelhante, própria ou afretada, em jumborização, conversão, modernização, docagem ou reparação, no País ou no exterior, na proporção de até cem por cento da sua tonelagem de porte bruto, nos termos do disposto em ato do Poder Executivo federal;”

¹⁴³Este dispositivo não constava da redação original do PL.

O afretamento de embarcação estrangeira para navegação, de acordo com o artigo 5º, só poderia ser autorizado na modalidade a casco nu— na qual o afretador tem “a posse, o uso e o controle da embarcação, por tempo determinado, incluindo o direito de designar o comandante e a tripulação”¹⁴⁴ — em quatro hipóteses básicas: ampliação da tonelagem, substituição de embarcação em construção, contratos de transporte de longo prazo, e nas chamadas operações especiais. Em todas elas, a EBN deveria afretar de sua “subsidiária integral estrangeira”.

No caso de ampliação de capacidade, a afretadora deveria possuir “embarcações próprias efetivamente operantes, registradas em nome do grupo econômico a que pertença a empresa” (inciso I). A substituição, por sua vez, tem hipóteses diferentes para o caso de construção de navio no Brasil ou no exterior; se no Brasil, pode-se afretar embarcação “na proporção de até duzentos por cento da tonelagem de porte bruto da embarcação em construção, pelo prazo de seis meses, prorrogável por igual período, até o limite de trinta e seis meses” (inciso II); se no exterior, o prazo é o mesmo, mas a proporção cai para cem por cento de porte bruto da embarcação em construção (inciso III).

O artigo 16 do PL também alterou determinados dispositivos da Lei nº 9.432/97, para ampliar o conceito de empresa brasileira de navegação, que passaria a ser aquela “pessoa jurídica constituída de acordo com o disposto nas leis brasileiras, com sede no país, que tenha por objeto o transporte aquaviário, autorizada a operar pelo órgão competente com embarcações próprias ou afretadas”¹⁴⁵ e também para ampliar a definição de embarcação brasileira, que passaria a ser “aquela que tem o direito de arvorar a bandeira brasileira, independentemente do local onde tenha sido construída ou da forma como tenha sido incorporada à frota do operador”¹⁴⁶. Além disso, o PL complementou a Lei nº 9.432/97, especificamente seu art. 10, para incluir, como possibilidade de afretamento de embarcações sem necessidade de autorização da ANTAQ, as seguintes hipóteses:

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

IV – estrangeira por viagem ou tempo, para operar na navegação de cabotagem, em substituição de embarcação de tipo semelhante, própria ou afretada, em jumborização, conversão, modernização, docagem ou reparação, no País ou no exterior, na proporção de até cem por cento da sua tonelagem de porte bruto.

¹⁴⁴Definição disponível em: <http://web.antaq.gov.br/portaltv3/Anuarios/Anuario2012/Apresentacao6.htm>. Acesso em 2.12.2020.

¹⁴⁵Foi incluída a parte final: “com embarcações próprias ou afretadas”.

¹⁴⁶Pela Lei nº 9.432/97, embarcação brasileira é a “que tem o direito de arvorar a bandeira brasileira” (art. 2º, VI).

De acordo com a nova redação dada ao artigo 10, não seria necessária autorização da ANTAQ no caso de afretamento de embarcação estrangeira, tanto por viagem quanto por tempo¹⁴⁷, para que o navio afretado substituísse “embarcação de tipo semelhante, própria ou afretada, em jumborização, conversão, modernização, docagem ou reparação, no País ou no exterior, na proporção de até cem por cento da sua tonelage de porte bruto”. Houve o acréscimo de outros parágrafos:

§ 1º Sem prejuízo do disposto no inciso III do caput¹⁴⁸, fica autorizado o afretamento de uma embarcação estrangeira a casco nu, com suspensão de bandeira, para navegação de cabotagem, independentemente de contrato de construção em eficácia ou de propriedade de embarcação brasileira.

Ou seja, permitiu-se o afretamento de uma embarcação estrangeira, na modalidade a casco nu, independentemente de contrato de construção ou mesmo de propriedade de navio brasileiro pela empresa habilitada na BR do Mar. O limite de uma embarcação seria ampliado ao longo da vigência da norma¹⁴⁹ e, quatro anos após sua promulgação, o “afretamento a casco nu de embarcação estrangeira, com suspensão de bandeira, para a navegação de cabotagem, será livre” (§ 3º).

Esses foram os termos da norma aprovada pela Câmara. Aprovados sem que nenhuma Comissão permanente tenha apresentado parecer sobre o projeto. Nem mesmo a Comissão de Constituição e Justiça (“CCJ”). No final das contas, o único a analisar a redação encaminhada pelo Executivo foi o relator, Deputado Gurgel, do antigo partido do Presidente Bolsonaro, PSL, para o qual “Não há, de outra parte, qualquer violação a princípios ou normas de ordem material na Constituição de 1988”¹⁵⁰.

¹⁴⁷No afretamento por tempo, o afretador “recebe a embarcação armada e tripulada, ou parte dela, para operá-la por tempo determinado”; já no afretamento por viagem, “o fretador se obriga a colocar o todo ou parte de uma embarcação, com tripulação, a disposição do afretador para efetuar transporte em uma ou mais viagens”.

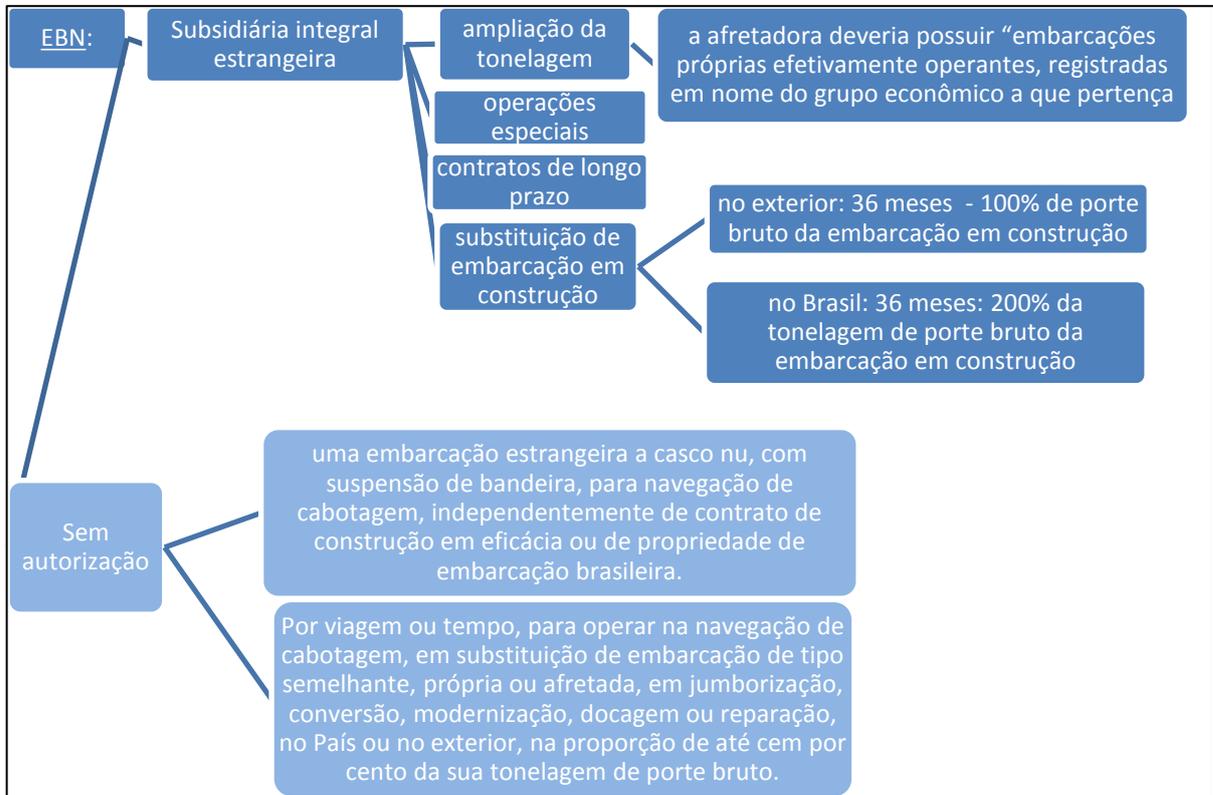
¹⁴⁸O qual prevê que independe de autorização da ANTAQ o afretamento de embarcação: “III - estrangeira a casco nu, com suspensão de bandeira, para a navegação de cabotagem, navegação interior de percurso nacional e navegação de apoio marítimo, limitado ao dobro da tonelage de porte bruto das embarcações, de tipo semelhante, por ela encomendadas a estaleiro brasileiro instalado no País, com contrato de construção em eficácia, adicionado de metade da tonelage de porte bruto das embarcações brasileiras de sua propriedade, ressalvado o direito ao afretamento de pelo menos uma embarcação de porte equivalente”.

¹⁴⁹§ 2º O limite de afretamento de que trata o § 1º será ampliado: I - após 12 meses de vigência desta lei, para duas embarcações; II - após 24 meses de vigência desta lei, para três embarcações; e III - após 36 meses de vigência desta lei, para quatro embarcações.

¹⁵⁰Relatório disponível em:

https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1942111&filename=PRLP+1+%3D%3E+PL+4199/2020, p. 15. Acesso em 9.12.2020.

Até o exame pelo Senado Federal, as hipóteses e requisitos previstos pelo PL nº 4.199/2020 para o afretamento de embarcações estrangeiras na navegação de cabotagem pode ser assim esquematizado:



Organograma elaborado de acordo com o texto aprovada pela Câmara

III.4. As informações prestadas pelo CADE no processo legislativo.

Antes da votação e após a apresentação de um requerimento de informação¹⁵¹⁻¹⁵², o PL nº 4.199/2020 foi encaminhado para a análise do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. No dia 12 de novembro de 2020, foi exarada a Nota Técnica nº 45/2020/DEE/CADE¹⁵³.

¹⁵¹ Requerimento de Informação Parlamentar nº 1.326/2020, Deputado Federal Fausto Pinato (PP/SP).

¹⁵² Os artigos 50, §2º, da Constituição e o artigo 116 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados preveem a possibilidade de requisição de informações a Ministro de Estado ou a quaisquer titulares de órgãos diretamente subordinados à Presidência da República para prestarem informações.

¹⁵³ CADE, **Nota Técnica nº 45/2020/DEE/CADE**. Disponível nos autos do PADO nº 08027.000939/2020-30: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcdAqITuy4rhO_aEFMPAovdORaFkILUt1Isgnu5IZViA6. Acesso em 15.11.2020.

Contextualizando o setor de cabotagem, o Conselho frisou que o atual modo de operação “reforça a necessidade de estabelecimento de acordos comerciais entre grandes *players* internacionais e empresas domésticas”¹⁵⁴. Destacou-se ainda a integração vertical entre os serviços portuários e o serviço de navegação, em que grandes conglomerados operam tanto os portos, quanto as embarcações que prestam os serviços de transporte. Foi reiterada a conclusão de 2018, no sentido de que o mercado é altamente concentrado, “com domínio de poucas grandes”¹⁵⁵.

Em resposta a um dos questionamentos apresentados no requerimento de informação acerca do artigo 5º, §1º, I, do PL nº 4.199/2020 (a redação permaneceu idêntica após a votação pela Câmara), que cria requisitos para o afretamento de embarcações, o CADE concluiu que o dispositivo “pode provocar um aumento da concentração do mercado brasileiro de navegação de cabotagem”¹⁵⁶. O Conselho verificou que a nova norma “guarda semelhança com o que previa a antiga Resolução Normativa nº 01/2015, da Antaq [...], na medida em que propõe que o afretamento por tempo limite-se a uma determinada proporção da tonelagem de porte bruto das embarcações próprias da empresa que pretende realizar o afretamento”¹⁵⁷. As ponderações da já abordada Nota Técnica nº 09/2018/DEE/CADE foram reprisadas:

“[...] empresas, de pequeno e médio porte, com atuação exclusiva na navegação (não integradas verticalmente) e com frota composta de embarcações de menor porte terão maior dificuldade de ampliar sua operação utilizando-se do afretamento de navios estrangeiros de grande porte, pois estarão restringidos por uma menor capacidade de investimento em embarcações próprias e pela limitação da capacidade máxima a ser afretada. Tais limitações dificultam a possibilidade de alguma dessas empresas virem a crescer e passar a rivalizar com as líderes do mercado, à medida que restringem uma opção que viabilizaria uma expansão de oferta de capacidade com investimento menor.

[...] a medida representa uma elevação das barreiras legais/econômicas de entrada, pois a norma regulatória determina a necessidade de um investimento maior em embarcações de grande porte próprias para um entrante que queira competir efetivamente com as maiores empresas do mercado.

¹⁵⁴Idem, p.3.

¹⁵⁵Idem.

¹⁵⁶Idem, p. 5.

¹⁵⁷Idem, p. 4.

[...] restrições de afretamento concentram a demanda por navios de grande porte nas maiores empresas de cabotagem (sendo que algumas destas já pertencem a grupos internacionais). Portanto, o mercado brasileiro fica menos atrativo para que outras empresas estrangeiras que ainda não atuam no Brasil venham disponibilizar embarcações para operações de cabotagem no país.”¹⁵⁸

A autarquia concorrencial destacou ainda que o PL n° 4.199/2020 prevê restrição adicional para o afretamento de embarcações estrangeiras, “ao limitar a possibilidade de afretamento por tempo a embarcações de uma subsidiária integral da empresa nacional”, o que cria um cenário em que “empresas de pequeno e médio porte com atuação exclusivamente no mercado brasileiro dificilmente terão acesso a essa modalidade de afretamento”¹⁵⁹. Apesar das promessas de que a norma aumentaria a concorrência no setor de cabotagem, ao menos no que diz respeito à limitação prevista pelo art. 5º, parece que a concentração do mercado, na verdade, aumentaria. O CADE explica por que¹⁶⁰:

“Contudo, outros efeitos apontados anteriormente na avaliação da resolução normativa da Antaq persistem: (i) empresas estrangeiras que desejem iniciar operações no Brasil necessitarão de um investimento inicial maior em embarcações de grande porte para rivalizar com as líderes já estabelecidas e terem a possibilidade de ampliar sua frota de forma significativa usando a possibilidade do afretamento por tempo; (ii) na medida em que somente as grandes empresas do setor (algumas já pertencentes aos grandes grupos internacionais de transporte marítimo, que, por sua vez, integram alianças internacionais) poderão realizar esse tipo de afretamento, é possível que haja uma redução da oferta de embarcações no mercado brasileiro de empresas estrangeiras não ligadas aos grupos que já dominam o mercado nacional.”

Acerca da previsão do art. 21 do PL n° 4.199/2020 (que após a votação, tornou-se o art. 16, acima abordado), o CADE optou por não responder a pergunta, entendendo não possuir dados mercadológicos suficientes para a questão apresentada. Destacou apenas que a norma “facilita o afretamento a casco nu, sem restrições de acesso a essa modalidade para as empresas atuantes no mercado, portanto possibilita um aumento da oferta de embarcações para o transporte de cabotagem”¹⁶¹. As conclusões, ao fim, foram as seguintes:

“1. O Projeto de Lei, de uma forma geral, apresenta um conjunto de medidas que tendem a levar a maior nível de concorrência do que aquele que se verifica atualmente;

2. No caso dos afretamentos a tempo, verifica-se que, a despeito da flexibilização, algumas restrições permanecem – o afretamento só pode ocorrer apenas nas hipóteses previstas no PL: afretamento de embarcação

¹⁵⁸Idem, p. 5.

¹⁵⁹Idem.

¹⁶⁰Idem, p. 5.

¹⁶¹Idem, p. 7.

estrangeira de empresa subsidiária e capacidade da embarcação afretada limitada a certa proporção da capacidade da frota própria; tais restrições tendem a manter os elevados níveis de concentração do setor e dificultar a entrada e expansão de novas empresas no mercado;

3. A possibilidade de se usar embarcações de bandeira estrangeira para bloqueio de circularizações reforça os efeitos concorrenciais negativos indicados no item anterior, decorrente dos critérios propostos para o afretamento por tempo;

4. No caso dos afretamentos a casco nu, verifica-se que pode propiciar um aumento da oferta de embarcações, porém a total liberalização ocorrerá apenas em 1º de janeiro de 2023 – sob a ótica concorrencial é preferível que a remoção de barreiras ocorra o quanto antes.”¹⁶²

Veja-se, portanto, que o CADE, novamente, apresentou conclusão sobre o tema do afretamento de embarcações estrangeira para navegação de cabotagem, afirmando que, como se encontra atualmente a redação do art. 5º, §1º, I, do PL nº 4.199/2020, há a possibilidade de criação de barreiras à entrada de pequenas empresas brasileiras no setor. Os requisitos aumentariam ainda mais a concentração de um mercado consideravelmente concentrado, no qual há menos de 50 (cinquenta) empresas, sendo de somente oito delas relevante participação no setor. De acordo com o CADE, a previsão de que o afretamento por tempo tenha limites proporcionais relacionados a embarcações próprias das afretadoras seria prejudicial. Outra questão restritiva, segundo o CADE, era a condicionante de que as EBNs afretassem embarcações de suas subsidiárias integrais estrangeiras. Ou seja, as pequenas e médias empresas, que não possuem subsidiárias no exterior, não conseguiriam afretar.

III.5. Críticas ao processo legislativo.

O pedido de urgência para o trâmite legislativo, conforme requerido pelo Poder Executivo, causa estranheza. Afinal, segundo o próprio Governo, busca-se alterar a matriz logística nacional de transporte. E por que fazê-lo com pressa? Por que alterar o formato de operação de transportes, em âmbito nacional, em regime de urgência e não fazê-lo proporcionando e priorizando maiores debates? Na espécie, de acordo com o art. 152 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, a urgência “é a dispensa de exigências, interstícios ou formalidades regimentais”¹⁶³. Além disso, há outra relevante circunstância apontada pela doutrina:

¹⁶²Idem.

¹⁶³CÂMARA DOS DEPUTADOS, **Resolução nº 17, de 1989**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/rescad/1989/resolucaodacamaradosdeputados-17-21-setembro-1989-320110-normaatualizada-pl.pdf>. Acesso em 6.12.2020.

“É que o art. 64, §1º, autoriza o Presidente da República a remeter projetos de lei solicitando sua apreciação em prazo de 90 dias, sendo 45 em cada Câmara.

A inapreciação, nesse prazo, importa a inclusão do projeto na ordem do dia, sobrestando-se a deliberação dos demais assuntos até que se ultime a votação (art. 64, § 2º).

Não há, como se vê, aprovação por decurso de prazo. Há, isto sim, mecanismo constitucional que acaba por obrigar as Casas Legislativas a aprovarem projeto remetido com solicitação de urgência.”¹⁶⁴

Em outras palavras, impede-se “a continuidade dos trabalhos legislativos da Câmara dos Deputados e do Senado Federal enquanto não houver a votação do projeto em regime de urgência”¹⁶⁵. A exceção é o exame de medidas provisórias¹⁶⁶, que podem “furar a fila”, o que inclusive ocorreu em algumas das sessões que antecederam a da votação do PL nº 4.199/2020¹⁶⁷. O pedido de urgência, ao fixar um prazo e, pior que isso, ao travar a pauta da Câmara, simplesmente acaba por forçar a Casa a votar o projeto, diminuindo-se, inevitavelmente, a importância que a discussão necessita. Foi o que parece ter ocorrido.

Destaque-se que, apesar de o PL nº 4.199/2020 ter sido encaminhado às Comissões de Minas e Energia; Desenvolvimento Econômico, Indústria, Comércio e Serviços; Trabalho, de Administração e Serviço Público; Viação e Transportes; Finanças e Tributação e Constituição e Justiça e de Cidadania¹⁶⁸, nenhuma delas, até a votação, havia apresentado qualquer parecer técnico. Nem mesmo a Comissão de Constituição e Justiça (“CCJ”) se manifestou.

O regime de urgência acabou por inviabilizar, inclusive, a realização de audiências públicas com a participação da sociedade, dos agentes do setor de transporte, e também das próprias autoridades que examinaram o Projeto de Lei, especialmente o CADE, que indicou possíveis fatores negativos da norma para o mercado de navegação. Com efeito, no Regimento Interno da Câmara, as reuniões são previstas como instrumentos de discussão “de assuntos de interesse público relevante”¹⁶⁹, atinentes à área de atuação de cada Comissão. É por meio das audiências públicas que “a população participa efetivamente, através, de sua

¹⁶⁴ TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 11ª ed., São Paulo: Malheiros, p. 132.

¹⁶⁵ MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 8ª ed., São Paulo: Atlas, 2011, p. 1.080.

¹⁶⁶ Idem.

¹⁶⁷ Disponível em: <https://www.terra.com.br/noticias/brasil/politica/sessao-da-camara-e-adiada-para-as-14h-com-br-do-mar.d16dd6daae77fee663e1d6b4e03c24carflrcjdw.html>. Acesso em 9.12.2020.

¹⁶⁸ Tramitação e detalhes disponíveis em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2260433>. Acesso em 9.12.2020.

¹⁶⁹ CÂMARA DOS DEPUTADOS, **Resolução nº 17, de 1989**, artigos 155 a 157. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/regimento-interno-da-camara-dos-deputados/arquivos-1/RICD%20atualizado%20ate%20RCD%2012-2019%20A.pdf>. Acesso em 10.12.2020.

organização civil, ao manifestar a sua opinião sobre aquele assunto” e possivelmente influenciar os representantes¹⁷⁰. O procedimento é parte da legitimação da futura norma, uma vez que são expostas e sopesadas demandas e questionamentos “que possam conduzir o Poder Público a uma decisão de maior aceitação conceitual”¹⁷¹.

Ao explicar a teoria deliberacionista, aprofundada por HABERMAS, BARROS, MONTEIRO e SANTOS ressaltam que essa “defende uma concepção ancorada em processos de diálogo, fundamentados em foros públicos nos quais têm centralidade as trocas de razões e justificações na construção de consensos”¹⁷². Mencionando outras oportunas doutrinas, os autores ponderam a questão da legitimação do regime democrático por meio das discussões:

“Benhabib (1996) traz à tona a questão de que um maior debate servirá de base para a justificação para as deliberações públicas. Para a autora, a troca de informações e experiências de atores políticos com currículos e históricos diferentes, em arenas especificamente projetadas para um debate produtivo, fortalece a interação política. Além disso, espaços de deliberação embasados na participação reforçam a legitimação do regime democrático. O valor dessa esfera pública virtual consistiria na instauração de um espaço livre e amplamente aberto, em que os vários segmentos da sociedade poderiam argumentar e expor seus pontos de vista (LUBENOW, 2010; FARIA, 2000). Esse movimento interativo entre o corpo político e social mostra-se fundamental para que os governantes mantenham sua atuação em sintonia com as necessidades fundamentais dos cidadãos (FUNG, 2006).”¹⁷³

Assim, as audiências públicas, não há dúvidas, aumentam a capacidade de o Poder Público absorver comentários e responder a questionamentos. O ato confere “legitimidade e transparência”¹⁷⁴ aos processos em que se discutem temas relevantes — como, definitivamente, é o caso do BR do Mar. As audiências, entende-se, eram absolutamente relevantes para a aprovação do PL nº 4.199/2020. Mas, devido ao pedido de urgência realizado pelo Poder Executivo, isso não foi possível. Sequer houve o exame do Projeto pelas Comissões permanentes da Câmara.

¹⁷⁰BERNARDI, Jorge. **O processo legislativo brasileiro**. Curitiba: InterSaberes, 2012, p. 251.

¹⁷¹MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Direito da Participação Política**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p. 88.

¹⁷²BARROS, Antonio Teixeira de, MONTEIRO, Adriana Resende e SANTOS, Thais Teixeira. **Audiências públicas interativas na Câmara dos Deputados: além da função informacional**. Revista Brasileira de Ciência Política, nº 26. Brasília, 2018, p. 134. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rbcpol/n26/2178-4884-rbcpol-26-131.pdf>. Acesso em 9.12.2020.

¹⁷³Idem, p. 136.

¹⁷⁴MAIA, Aline Almeida. **Importância da audiência pública como mecanismo de participação social em projetos de transportes**. Dissertação (Mestrado em Transportes), Brasília, Universidade de Brasília, 2015, p. 24.

Ademais, a justificativa para o referido pedido de urgência, apesar de desnecessária, não parece prosperar. Primeiro porque, segundo os vários dados expostos no decorrer deste trabalho — inclusive os disponibilizados pelo Poder Executivo —, o mercado da cabotagem não está completamente desregulado e com a necessidade de apressadas intervenções. Na verdade, conforme demonstrado ao longo do Capítulo I deste trabalho, o setor está em crescimento.

De fato, a matriz encontra-se desequilibrada, em razão de dezenas de anos de opções governamentais que, ao que tudo indica, não serão alteradas de um dia para o outro. Os depoimentos mencionados pelo Executivo na Nota Técnica nº 10/2020/CGNV/DHNI-SNPTA apontam uma série de outros fatores que deveriam ser enfrentados. A ponderação feita no documento merece nova transcrição:

“5.6. Idealmente, as medidas de incentivos aos navios de bandeira brasileira que proporcionariam as condições operacionais semelhantes as percebidas por navios que arvoram outras bandeiras passariam pela redução da carga tributária para as empresas, com a adoção da tributação sobre a tonelagem da embarcação, desoneração de encargos trabalhista para os marítimos e pela não tributação do combustível usado por embarcações, de modo semelhante as políticas de fomento ao transporte marítimo implementadas por países desenvolvidos, entre os quais a maioria dos países membros da OCDE.

Entretanto, em virtude da conjuntura fiscal enfrentada pelo país, as propostas de estímulo a navegação que estão sendo apresentadas visam proporcionar ao mercado nacional usufruir de parte dos benefícios fiscais de algumas bandeiras internacionais.”¹⁷⁵

Como se vê, há várias outras relevantes questões a serem discutidas pela sociedade civil, empresas, ANTAQ, CADE, universidades, etc., inclusive com a participação dos demais setores que, é possível, podem ver diminuir sua demanda (i.e., os caminhoneiros). A discussão não é simples. Tanto não é simples que há, desde 2015, uma série de apontamentos do CADE e do TCU, por exemplo, abordados no capítulo anterior, quantos aos negativos efeitos concorrenciais de limitações ao afretamento de embarcações estrangeiras por EBNs no mercado de navegação de cabotagem.

¹⁷⁵BRASIL, Ministério da Infraestrutura. **Nota Técnica nº 10/2020/CGNV/DHNI-SNPTA**, p. 78. Disponível em: <https://www.gov.br/infraestrutura/pt-br/imagens/2020/09/NotaTcnicaBRdoMar.pdf>. Acesso em 2.12.2020.

Os documentos até aqui abordados apontam tratar-se o setor de cabotagem de um mercado extremamente concentrado. O CADE, definido por SILVEIRA em recente obra doutrinária como o “xerife da concorrência”¹⁷⁶, concluiu que algumas das previsões do PL nº 4.199/2020 podem prejudicar ainda mais a concorrência na navegação de cabotagem brasileira. Sem o devido debate, as constatações do Conselho não discutidas.

Não parece razoável o simples descarte das considerações do mais especializado órgão antitruste nacional, sobretudo a conclusão de que a promulgação do art. 5º, §1º, I, do PL nº 4.199/2020, “pode provocar um aumento da concentração do mercado brasileiro de navegação de cabotagem”¹⁷⁷. Concentração essa que (a) aumentaria a dificuldade de empresas de pequeno e médio porte ampliar sua operação; (b) elevaria barreiras legais e econômicas de entrada de interessados no setor; e (c) tornaria o mercado brasileiro “menos atrativo” para “empresas estrangeiras que ainda não atuam no Brasil venham disponibilizar embarcações para operações de cabotagem no país”.

Sobre tais constatações do CADE, o Executivo vem respondendo que “na navegação de cabotagem, a gente não está falando em pequenas empresas” e que a participação delas “não é possível, nem desejável”¹⁷⁸. Fala-se ainda que aumentar o nível de concorrência no setor sempre foi um dos objetivos do BR do Mar, “mas não o único”¹⁷⁹. O principal e único foco seria a navegação. Ao mesmo tempo, contudo, é mantido o discurso de que o objetivo do PL nº 4.199/2020 é “trazer mais abertura para o mercado de cabotagem, mantendo um equilíbrio, uma preocupação, com essa exposição excessiva que poderia acontecer ao mercado internacional”¹⁸⁰.

¹⁷⁶SILVEIRA, Paulo Burnier da. **Direito da concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 5. “A atual legislação concorrencial unificou a parte de investigação, tanto de práticas anticompetitivas quanto de análise de concentrações, no âmbito do CADE, com a criação da Superintendência-Geral do CADE enquanto órgão responsável pela instrução processual e o Tribunal do CADE desempenhando a função judicante, em instância única na esfera administrativa. Essas funções foram valorizadas pela nova lei, com a introdução de mandatos para o Superintendente-Geral (2 anos, renováveis uma vez) e a ampliação dos mandatos dos membros do Tribunal Administrativo (4 anos, não renováveis). Trata-se de uma garantia institucional importante, que oferece maior independência ao CADE.”

¹⁷⁷CADE, **Nota Técnica nº 45/2020/DEE/CADE**, p. 5. Disponível no PADO nº 08027.000939/2020-30: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcdAqITuy4rhO_aEFMPAovdORaFkILUt1Isgnu5IZViA6. Acesso em 15.11.2020.

¹⁷⁸Declaração do Diretor do Departamento de Navegação e Hidrovias do Ministério da Infraestrutura, Dino Batista, durante evento online promovido pela Sociedade Brasileira de Engenharia Naval-SOBENA. Íntegra disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=MAtmYGu90z0> min. 36 em diante. Acesso em 6.12.2020.

¹⁷⁹Menção realizada em nota de esclarecimento encaminhada à imprensa após a manifestação do CADE sobre o PL nº 4.199/2020. Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/economia/cade-br-do-mar-aumentara-concentracao-de-mercado-no-aluguel-de-navios/>. Acesso em 24.11.2020.

¹⁸⁰Idem, min. 13.

O projeto de lei aprovado, as declarações de quem o elaborou, os pareceres técnicos e as conclusões do CADE chamam a atenção.

Diga-se que não se está a tomar a conclusão do CADE como uma verdade absoluta, o que, inclusive, não se sustentaria no paradigma do Estado Democrático de Direito, que é marcado pela premissa de que a soberania só pode aparecer como um “lugar vazio”¹⁸¹ e, no campo científico, pela consciência de que a ciência se apresenta como racional apenas na medida em que tem a consciência de ser um saber precário, aberto à refutação na esfera pública¹⁸².

Não se pode olvidar, contudo, para o fato de que há uma longa discussão técnico-jurídica sobre o afretamento de embarcações estrangeiras no setor de navegação de cabotagem que não poderia, ou ao menos não deveria, ser simplesmente ignorada e não debatida, como ocorreu no processo legislativo do PL nº 4.199/2020. O indício de um possível aumento da concentração de um mercado já concentrado, diminuindo-se as chances de ampliação das empresas de menor porte que já o compõem e elevando barreiras à entrada para potenciais novos concorrentes, merece ampla discussão.

Afinal, a concorrência é um dos princípios da ordem econômica constitucional. Sem concorrência, não há “disputa ou competição entre empresas detentoras de bens análogos, pela conquista do mercado”¹⁸³. De tão relevante que é, o princípio foi instituído pelo arts. 170, IV, e 173, §4º, da Constituição Federal de 1988, os quais preveem o seguinte:

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:

IV - livre concorrência;

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

§ 4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

¹⁸¹HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, pp. 187/188.

¹⁸²CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 26.

¹⁸³CUÉLLAR, Leila. **Abuso de posição dominante no direito de concorrência brasileiro** in Estudos de Direito Econômico, Vol. 1. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 34.

Veja-se que a Constituição Federal preocupou-se em reprimir abusos nos mercados e abusos à própria concorrência (e não criá-los). Para GRAU, livre concorrência significa “liberdade de concorrência, desdobrada em liberdades privadas e liberdade pública”¹⁸⁴, as primeiras por meio da “faculdade de conquistar clientela” e pela “proibição de formas de atuação que deteriam a concorrência”; já a pública seria no sentido da “neutralidade do Estado diante do fenômeno concorrencial, em igualdade de condições dos concorrentes”¹⁸⁵. No caso, segundo as conclusões do CADE, a possível futura norma acaba por contrariar a “liberdade pública”, já que a intervenção estatal pode acabar por diminuir a liberdade de concorrência.

BASTOS e GONÇALVES (*apud* MORAES¹⁸⁶), ao tratarem da previsão do art. 170, IV, destacam que há “um regime normativo da defesa da concorrência” e que essas tais determinações priorizam a “economia de mercado, da qual é típica a competição”¹⁸⁷. Deve-se excluir “quaisquer práticas que privilegiem uns em detrimento de outros”¹⁸⁸. MORAES conclui:

“Da conjugação dessas duas normas constitucionais [arts. 170 e 174], o intérprete deve concluir pela existência da possibilidade de intervenção estatal na economia, seguindo-se os parâmetros de legalidade, quando houver necessidade de defesa do interesse público, inclusive para combater o abuso do poder econômico e assegurar o respeito aos princípios constitucionais da ordem econômica.”¹⁸⁹

A livre concorrência é questão caríssima à Constituição. Sem que se adentre no mérito da análise do CADE, fato é que a conclusão é de extrema relevância: pondera-se que seria dificultada a ampliação e a entrada de empresas em um setor o qual busca o Governo fomentar. A criação de barreiras é algo gravíssimo, principalmente quando considerado que o setor de transporte por cabotagem já é, de alguns anos para cá, extremamente concentrado. Quanto mais as barreiras, menor é a concorrência no mercado e maiores são as chances de os

¹⁸⁴GRAU, Eros. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 9ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 194.

¹⁸⁵Idem, p. 188.

¹⁸⁶MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 8ª ed., São Paulo: Atlas, 2011, pp. 1.815/1.816.

¹⁸⁷“[...] ‘a livre concorrência hoje, portanto, não é só aquela que espontaneamente se cria no mercado, mas também aquela outra derivada de um conjunto de normas de política econômica. Existe, portanto, o que pode ser chamado um regime normativo da defesa da concorrência voltada ao reestabelecimento das condições de mercado livre’ para então concluir que ‘o princípio constitucional autoriza esta sorte de intervenção ativa no mercado, sem falar na negativa consistente na eliminação das disfunções e imperfeições’

¹⁸⁸“A menção expressa à livre concorrência significa, em primeiro lugar, a adesão à economia de mercado, da qual é típica a competição. Em segundo lugar, ela importa na igualdade na concorrência, com a exclusão, em consequência, de quaisquer práticas que privilegiem uns em detrimento de outros.”

¹⁸⁹MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 8ª ed., São Paulo: Atlas, 2011, p. 1.816.

grandes agentes (no caso, as grandes companhias de transporte aquaviário) exercerem sua posição de domínio com o aumento de seus lucros sobre o consumidor¹⁹⁰.

A ilustrar a gravidade da imposição de novas barreiras, veja-se a lição de SALOMÃO:

“[...] em presença dessas barreiras, diminui-se a possibilidade efetiva de concorrência. O agente com o poder no mercado cria para si um mercado cativo, impenetrável. Mais do que uma restrição à liberdade de concorrência, há, nesses casos, uma restrição à liberdade de iniciativa, objeto de tutela primária do direito concorrencial brasileiro (art. 1º, Lei n. 8.884/95).

Por outro lado, inexistente a possibilidade de entrada de concorrentes, o agente econômico pode exercer livremente seu poder monopolista sobre os consumidores. Eficazes essas barreiras, é possível aumentar livremente o preço. Não há sequer incentivo para divisão com os consumidores de qualquer ganho adicional de eficiência.

As barreiras à entrada são, assim, um dos principais elementos catalisadores do poder no mercado, que permite transformá-lo em verdadeira dominação dos mercados. (...) Com efeito, existentes barreiras à entrada, há eliminação da concorrência de parte substancial do mercado. Todos os concorrentes que ainda não estão no mercado estarão automaticamente eliminados do processo competitivo. Toda a concorrência potencial está excluída.”¹⁹¹

Voltando a sua avaliação para aspectos relacionados a direito e economia, AZEVEDO pondera que a concorrência é um direito difuso, e economicamente fundamental. Em regra, quanto maior a concorrência, maiores são os limites impostos “à capacidade de cada empresa unilateralmente aumentar os seus preços. Não concorrer, portanto, é um meio de eliminar essa restrição e permitir pleno exercício de poder de mercado”¹⁹². Sua conclusão merece destaque:

“Finalmente, um ambiente de maior concorrência tende a apresentar ganhos à sociedade que se acumulam no tempo, seja pelo estímulo à inovação, seja pelo papel da concorrência em selecionar as formas superiores de produção ou de organização. Em outras palavras, a existência de um ambiente concorrencial hoje pode implicar ganhos à sociedade no futuro, por disfrutar de novos produtos ou processos, selecionados pelo ambiente competitivo. Por implicar ganhos que se realizam no tempo, este tipo de ganho de eficiência é denominado eficiência dinâmica. Em síntese, a concorrência amplia o valor econômico gerado por uma sociedade, seja por induzir uma melhor alocação e uso eficiente dos recursos, seja por incentivar a inovação e seleção de formas de produção mais eficientes. Esse valor econômico, ademais, não é atribuível a qualquer indivíduo em particular, sendo apropriado de modo difuso por toda a sociedade.”¹⁹³

¹⁹⁰FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 341.

¹⁹¹SALOMÃO. Calixto. **Direito concorrencial: as estruturas**. São Paulo: Malheiros, 1998, p 154.

¹⁹²AZEVEDO, Paulo Furquim. **Análise econômica da defesa da concorrência** in Direito e Economia no Brasil / Organizador Luciano Benetti Timm. São Paulo: Atlas, 2012, p. 267.

¹⁹³Idem, p. 268.

Inclusive, de acordo com o Supremo Tribunal Federal, que há tempos é atento à defesa da livre concorrência (i.e. AC 1.657 MC, Pel. p/ o ac. Min. Cezar Peluso, j. 27.6.2007, DJ de 31.8.2007), “há desequilíbrio concorrencial no mercado interno, quando ato legislativo incentiva a concentração de mercados e eventual cartelização das cadeias produtivas” (i.e. ADI 5.472, Rel. Min. Edson Fachin, j. 1º-8-2018, P, DJE de 14.8.2018).

O que pode estar ocorrendo, com a aprovação do relevantíssimo PL nº 4.199/2020, é a utilização da máquina estatal por grandes agentes econômicos para impor barreiras de entrada a um mercado já concentrado em volta deles¹⁹⁴. E o grande problema é que assim foi feito, ao menos na Câmara, sem o devido debate. Em um primeiro momento, pelas justificativas e também pelos discursos do Executivo a respeito da BR do Mar, poderia se concluir que somente algumas poucas pequenas empresas sairiam prejudicadas. Ocorre, contudo, que o poder de mercado que poderão vir a possuir as maiores empresas (todas com bases e capital estrangeiros), poderá se tornar um problema para o consumidor e também para a sociedade¹⁹⁵.

Frisa-se que não se defende que o CADE tem a total razão no caso ou mesmo que não seria possível que uma norma abra mão da concorrência. Há uma série de casos em que isso é possível, como nos setores de saneamento público e transmissão de energia. Apesar da importância conferida pela Constituição Federal ao livre mercado, há “objetivos mais amplos e maiores”¹⁹⁶, que permitem afastar a concorrência “quando o escopo maior perseguido pelo sistema assim o exigir”¹⁹⁷.

Fato é que a relação entre antitruste e regulação é bastante profunda, mas, no final das contas, não se tratam de opostos. VALÉRIO destaca que a regulação não afasta preocupações antitruste e que, por isso, “a possibilidade de abuso do poder econômico deve ser controlada

¹⁹⁴FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 355, nota de rodapé 54: “The practices by which men in certain occupations, businessmen in certain industries, attempt to influence government to intervene in their behalf and protect them from newcomers competition may, from some points of view, be regarded as monopolistic business practice’ (Machlup, *The political economy of monopoly*, p. 118).”

¹⁹⁵AZEVEDO, Paulo Furquim. **Análise econômica da defesa da concorrência** in *Direito e Economia no Brasil* – org. Luciano Benetti Timm. São Paulo: Atlas, 2012, p. 267: “O exercício de poder de mercado é, em primeira ordem, um problema de eficiência econômica, com efeitos negativos sobre o consumidor final e, mais genericamente, sobre a sociedade como um todo”.

¹⁹⁶FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 191.

¹⁹⁷Idem, p. 193.

em todo e qualquer espaço em que possa ser efetivamente exercido”¹⁹⁸. Levando-se em conta as determinações dos artigos 170, IV, e 173, §4º da Constituição Federal, “todas as ações dos poderes públicos, vinculando, dessa forma, a decisão em todas as esferas do governo” devem observar a diretriz geral de livre concorrência¹⁹⁹.

Parece que, no caso, deveria haver a chamada “intervenção sensata”, com equilíbrio²⁰⁰ na intervenção do Estado, de maneira “proporcional e razoável ao mercado e aos interesses públicos e privados postos em jogo”²⁰¹. Confirma-se a ponderação da doutrina sobre a intervenção estatal sob a perspectiva do art. 170, da Constituição:

“Num sistema capitalista que celebra constitucionalmente a liberdade de iniciativa, a liberdade de empresa e a liberdade da concorrência (Constituição, art. 170), a intervenção do Estado na Economia há de ser necessária, ponderada, excepcional e pontual – com finalidade pública e específica.”²⁰²

Se, segundo CALIXTO, “uma política tendente a eliminar a concorrência é claramente contrária à livre iniciativa”²⁰³, parece ter começado com o pé esquerdo o trâmite do PL nº 4.199/2020. Havendo um relevante indício de efeitos negativos que poderão ser criados pela futura lei — e havendo uma ampla discussão anterior do tema —, o debate e o enfrentamento dos documentos mencionados ao longo deste trabalho parecia ser imprescindível para a promulgação de uma norma, pelo Legislativo, que pretende alterar a matriz logística de transporte de um país continental. Tanto por sua relevância para o interesse nacional, quanto por suas consequências que, possivelmente podem vir a violar dispositivos constitucionais, e também como forma de legitimação do processo de sua criação.

¹⁹⁸VALÉRIO, Marco Aurélio Gumieri. **Antitruste em setores regulados**. São Paulo: Lemos e Cruz, 2006, p. 240.

¹⁹⁹Idem, p. 241.

²⁰⁰BOCKMANN MOREIRA, Egon. **O direito administrativo da economia, a ponderação de interesses e o paradigma da intervenção sensata**. in Estudos de Direito Econômico, Vol. 1. Belo Horizonte: Fórum, 2010, pp. 80/86.

²⁰¹Idem.

²⁰²Idem, p. 81.

²⁰³SALOMÃO. Calixto. **Direito concorrencial: as estruturas**. São Paulo: Malheiros, 1998, p 174.

CONCLUSÃO

Relevante meio de transporte, há décadas protegido, o setor de cabotagem merece atenção. Se, por um lado, a ANTAQ não possuía legitimidade para regular o afretamento de embarcações estrangeiras por embarcações brasileiras além dos limites impostos pela Lei nº 9.432/1997 e se, além disso, sequer o fez de forma racional, não deveria o Legislativo, empurrado pelo Executivo, aprovar um Projeto, com objetivos e consequências consideráveis, sem debatê-lo de maneira aprofundada, sobretudo por já existirem vários estudos e pareceres sobre a questão, especialmente um recentíssimo, exarado pelo CADE e amplamente abordado neste trabalho.

O injustificado pedido de urgência e, mais que isso, sua manutenção mesmo após a manifestação do CADE e de uma série de pedidos de retirada, que visavam fomentar o debate, não parece razoável. Ciente de que a discussão sobre o tema seria encurtada, o Executivo insistiu em sua votação, que ocorreu de madrugada. Busca-se mudar a logística de transportes do país por meio de medidas urgentes, sem discussão, de madrugada.

E assim foi feito mesmo havendo claras contradições entre as expostas diretrizes do PL nº 4.199/2020 com a análise do CADE — as quais poderiam ser esclarecidas ou, se fosse o caso, corrigidas caso o processo legislativo fosse mais aprofundado. Apesar das declarações no sentido de que a concorrência não é o único objetivo da BR do Mar, deve-se fazer remissão aos tópicos anteriores, nos quais se vê, desde a Resolução que instituiu o programa de estímulo à cabotagem, até a própria redação do PL, que o aumento da concorrência sempre fez parte das diretrizes da possível futura lei, ainda que apenas formal e retoricamente.

A concorrência no setor, de fato, não pode ser descartada ou diminuída, muito menos por conta de uma aprovação açodada, sem um profundo e democrático debate legislativo, sobretudo quando há uma série de análises técnicas do TCU e do CADE em sentido oposto às justificativas do Governo para o PL nº 4.199/2020. Só essa circunstância já impõe um ônus deliberativo ao Parlamento, de forma a que contemplasse — no processo legislativo — todo esse caldo de discussões, potencializando discursivamente o tema perante a esfera pública.

Conforme visto ao longo deste trabalho, a livre-concorrência consubstancia-se em relevante previsão constitucional e, justamente por isso, “todas as ações do Estado que, direta ou indiretamente, possam afetar condições competitivas”²⁰⁴ devem observar a política de defesa da concorrência. Não poderia o princípio constar lateralmente dos objetivos e diretrizes de um importante programa governamental, mas, na prática (e inclusive em comentários oficiais de agentes do Governo sobre o PL, como mencionado), ser tratada como algo de menor relevância em relação às verdadeiras intenções de quem o propôs.

Havendo o risco de danos à concorrência e às pequenas e médias empresas brasileiras, uma discussão ampla era imprescindível para que, ao fim, fosse estabelecida uma intervenção “necessária, ponderada, excepcional e pontual – com finalidade pública e específica”²⁰⁵.

O processo legislativo, no caso, deveria ter o máximo de debates possível, para buscar o equilíbrio, evitar contradições com o próprio programa de estímulo e com a Constituição, respeitando-se, assim, o caráter procedimental do paradigma do Estado Democrático de Direito²⁰⁶. Há um sério problema na falta de debates, considerando-se que há uma série de documentos e análises sobre o tema — que, apesar de não serem absolutos, contradizem as proposições do PL. Nada se disse, contudo, sobre essas análises técnicas. Sequer a Nota Técnica elaborada pelo Ministério da Infraestrutura foi juntada ao PL.

Diante de toda a relevância do tema, das diversas análises técnicas contrárias ao PL, das contradições aparentes verificadas nas proposições e justificativas do Ministério da Infraestrutura e, sobretudo, diante das previsões constitucionais que garantem a livre-concorrência como um princípio fundamental da ordem econômica brasileira instaurada pela Constituição Federal de 1988, quanto aos possíveis efeitos negativos que poderão advir do PL nº 4.199/2020, não poderia ele ser aprovado a toque de caixa, num ato de livramento da Câmara dos Deputados para seguir-se, assim, com sua pauta legislativa e a agenda de suas lideranças. O debate com a comunidade e a cooperação dos agentes era absolutamente relevante para consagrar o procedimento da aprovação do Projeto, conforme ensina CARVALHO NETTO:

²⁰⁴VALÉRIO, Marco Aurélio Gumieri. **Antitruste em setores regulados**. São Paulo: Lemos e Cruz, 2006, p. 241.

²⁰⁵BOCKMANN MOREIRA, Egon. **O direito administrativo da economia, a ponderação de interesses e o paradigma da intervenção sensata**. in Estudos de Direito Econômico, Vol. 1. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 81.

²⁰⁶CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 47.

“No que se refere especificamente às atividades estatais e às funções das entidades públicas, deve-se ressaltar que o mecanismo procedimental requerido não apenas pela complexidade da necessária articulação estrutural do Estado moderno, mas também, e quase na mesma medida, pelo fato de que o ordenamento condiciona o exercício das funções públicas, de forma e intensidade variadas, à cooperação dos próprios destinatários do ato de pronúncia declaratória estatal. Assim é que o procedimento é acolhido não apenas para responder à necessidade de coordenação das ações de uma pluralidade de órgãos do aparato autoritário, mas também para combinar a atividade dos órgãos públicos com a dos sujeitos privados, com vistas ao desenvolvimento da função pública, de forma a melhor corresponder às efetivas exigências da comunidade.”²⁰⁷

Espera-se que, no Senado Federal, seja dada a atenção que o tema impõe e que o processo legislativo leve, finalmente, em consideração a indeclinável tensão que procedimento e substância guardam entre si no paradigma do Estado Democrático de Direito²⁰⁸, sob pena de que se promulgue uma lei à semelhança do que ocorria no paradigma do Estado Social, de cima para baixo pelo Governo e sem qualquer preocupação com a ativa, concreta e contemporânea participação da sociedade civil²⁰⁹, que — no caso das disposições do PL nº 4.199/2020 sobre afretamento de embarcações estrangeiras por empresas brasileiras na navegação de cabotagem — é a principal destinatária do ato normativo.

²⁰⁷CARVALHO NETTO, Menelick de. **A sanção no procedimento legislativo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1992, p. 232.

²⁰⁸CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 47.

²⁰⁹Idem, p. 112.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

Livros e artigos.

ARANHA, Marcio Iorio. **Manual de Direito Regulatório**. 3ª ed. Londres: Laccademia Publishing, 2015, pp. 139/141.

AZEVEDO, Paulo Furquim. **Análise econômica da defesa da concorrência** in Direito e Economia no Brasil – org. Luciano Benetti Timm. São Paulo: Atlas, 2012.

BARROS, Antonio Teixeira de, MONTEIRO, Adriana Resende e SANTOS, Thais Teixeira. **Audiências públicas interativas na Câmara dos Deputados: além da função informacional**. Revista Brasileira de Ciência Política, nº 26. Brasília, 2018, p. 134. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rbcpol/n26/2178-4884-rbcpol-26-131.pdf>. Acesso em 9.12.2020.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. São Paulo: Editora Malheiros, 1992, p. 102.

BERNARDI, Jorge. **O processo legislativo brasileiro**. Curitiba: InterSaberes, 2012, p. 251.

BOCKMANN MOREIRA, Egon. **Os limites à competência normativa das agências reguladoras** in O poder normativo das agências reguladoras / Coordenado por Alexandre Santos de Aragão. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 164.

BOCKMANN MOREIRA, Egon. **Qual o futuro do direito da regulação no Brasil?** in Direito da regulação e políticas públicas / Coordenado por Carlos Ari Sunfeld e André Rosilho. São Paulo: Malheiros, 2014 p. 132.

BOCKMANN MOREIRA, Egon. **O direito administrativo da economia, a ponderação de interesses e o paradigma da intervenção sensata**. in Estudos de Direito Econômico, Vol. 1. Belo Horizonte: Fórum, 2010, pp. 80/86.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Agências Reguladoras e Poder Normativo** in O poder normativo das agências reguladoras / Coordenado por Alexandre Santos de Aragão. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 65.

CARVALHO NETTO, Menelick de. **A sanção no procedimento legislativo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1992, p 232.

CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 26.

CUÉLLAR, Leila. **Abuso de posição dominante no direito de concorrência brasileiro** in Estudos de Direito Econômico, Vol. 1. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 34.

FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 2013.

GRAU, Eros. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 9ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 194.

GUERRA, Sérgio. **Agências reguladoras: da organização administrativa piramidal à governança em rede**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p.48.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Agências reguladoras e democracia: existe um déficit democrático na “regulação independente”?** *in* O poder normativo das agências reguladoras / Coordenado por Alexandre Santos de Aragão. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 244.

MAIA, Aline Almeida. **Importância da audiência pública como mecanismo de participação social em projetos de transportes**. Dissertação (Mestrado em Transportes), Brasília, Universidade de Brasília, 2015, p. 24.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 19ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 138.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 18ª ed., São Paulo: Malheiros, 1993, p. 163.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 308.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28ª ed., São Paulo: Malheiros, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional** / Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. São Paulo: Saraiva, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 8ª ed., São Paulo: Atlas, 2011, p. 1.080.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Direito da Participação Política**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p. 88.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **Agências reguladoras**. Barueri: Manole, 2003.

OLIVEIRA, Gesner e RODAS, João Grandino. **Direito e economia da concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pp. 137/155.

ROCHA, Regina Bernardes. **Órgãos Reguladores no Brasil** *in* Direito regulatório: temas polêmicos / Coordenado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 218.

SALOMÃO, Calixto. **Direito concorrencial: as estruturas**. São Paulo: Malheiros, 1998.

SCHIRATO, Vitor Rhein. **Transportes aquaviários**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 44.

SILVEIRA JR., Aldery. **Metodologia para avaliar as condições de operação do transporte de carga por cabotagem no Brasil, sob a ótica dos armadores** [Distrito Federal] 2016. Tese de Doutorado – Universidade de Brasília. Faculdade de Tecnologia. Departamento de Engenharia Civil e Ambiental, p. 27.

SILVEIRA, Paulo Burnier da. **Direito da concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 5.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 5ª ed, São Paulo: Malheiros, 2014.

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 11ª ed., São Paulo: Malheiros, p. 132.

VALÉRIO, Marco Aurélio Gumieri. **Antitruste em setores regulados**. São Paulo: Lemos e Cruz, 2006, p. 240.

VILLELA SOUTO, Marcos Juruena. **Extensão do poder normativo das agências reguladoras** in O poder normativo das agências reguladoras / Coordenado por Alexandre Santos de Aragão. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 101.

Legislação.

ANTAQ, **Resolução Normativa nº 01, de 13 de fevereiro de 2015**. Disponível em: <http://portal.antaq.gov.br/index.php/16383-2/> Acesso em 2.10.2020.

BRASIL, **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm Acesso em 2.10.2020.

BRASIL, **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 2.10.2020.

BRASIL, **Lei nº 9.432, de 8 de janeiro de 1997**. Dispõe sobre a ordenação do transporte aquaviário e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19432.htm. Acesso em 2.10.2020.

BRASIL, **Lei nº 10.893, de 13 de julho de 2004**. Dispõe sobre o Adicional ao Frete para a Renovação da Marinha Mercante - AFRMM e o Fundo da Marinha Mercante - FMM, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2004/lei/110.893.htm. Acesso em 2.10.2020.

BRASIL, **Lei nº 556, de 25 de junho de 1850**. Título IV. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim556.htm. Acesso em 7.10.2020.

BRASIL, **Lei nº 7.652, de 3 de fevereiro de 1988**. Dispõe sobre o registro da Propriedade Marítima e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Leis/L7652.htm . Acesso em 2.10.2020.

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

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110233.htm. Acesso em 2.10.2020.

BRASIL, Presidência da República. **Resolução nº 70, de 21 de agosto de 2019**. Disponível em: https://www.ppi.gov.br/html/objects/_downloadblob.php?cod_blob=6499 Acesso em 14.11.2020.

CÂMARA DOS DEPUTADOS, **Resolução nº 17, de 1989**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/rescad/1989/resolucaodacamaradosdeputados-17-21-setembro-1989-320110-normaatuizada-pl.pdf> . Acesso em 6.12.2020.

Processos.

ANTAQ, **Processo Administrativo nº 50300.001334/2014-14**. Disponível em: https://sei.antaq.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0TxMIY7suxqYeS0 -bnQRzBgPmJAHdOAenqRd0Bw6N JHI13VRriyPP9VduBLW dPwMCTHY8r2IGWK TLaOYcZXE7FKtIPwJqzrhixjAbmqrvzGpygTacdaGbTny. Acesso em 8.10.2020.

BRASIL, Ministério da Infraestrutura. **Nota Técnica nº 10/2020/CGNV/DHNI-SNPTA**. Disponível em: <https://www.gov.br/infraestrutura/pt-br/imagens/2020/09/NotaTcnicaBRdoMar.pdf>. Acesso em 2.12.2020.

CADE, **Processo Administrativo 08700.004700-2017-44**. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_pesquisar.php?acao_externa=protocolo_pesquisar&acao_origem_externa=protocolo_pesquisar&id_orgao_acesso_externo=0. Acesso em 2.12.2020.

CADE, **Processo Administrativo nº 08700.000678/2018-44**. Disponível em https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_pesquisar.php?acao_externa=protocolo_pesquisar&acao_origem_externa=protocolo_pesquisar&id_orgao_acesso_externo=0. Acesso em 2.12.2020.

CADE, **Nota Técnica nº 9/2018/DEE/CADE**, que examinou os efeitos concorrenciais da regulação de afretamento de embarcações sobre o transporte de cabotagem. Disponível nos autos do Processo nº 08700.000678/2018-44.

CADE, **Nota Técnica nº 45/2020/DEE/CADE**. Disponível nos autos do Processo nº 08027.000939/2020-30;

CÂMARA DOS DEPUTADOS, **PL Nº 4.199/2020**. Íntegra do PL e de seus andamentos disponíveis em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2260433>. Acesso em 9.12.2020.

MPF, **Parecer nº 1.220/2016/EGM/PRR 1ª Região**, p.3. Disponível nos autos do Agravo de Instrumento nº 1002720-93.2016.4.01.0000, em trâmite perante a Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

SEAE/MF, **Parecer Técnico nº 09/2017-COGCR/SUCON/SEAE/MF**, pp. 5/6. Disponível em: http://www.consultaesic.cgu.gov.br/busca/dados/Lists/Pedido/Attachments/1235310/RES_POSTA_PEDIDO_16853006298201806.pdf. Acesso em 10.10.2020.

STF, **AC 1.657 MC**, Pel. p/ o ac. Min. Cezar Peluso, j. 27.6.2007, DJ de 31.8.2007.

STF, **ADI 5.472**, Rel. Min. Edson Fachin, j. 1º-8-2018, P, DJE de 14.8.2018.

TCU, **Acórdão nº 308/2018-TCU-Plenário**. Disponível nos autos da TC nº 003.667/2018-9.

TCU, **Acórdão nº 1.693/2020-TCU-Plenário**. Disponível nos autos da TC nº 003.667/2018-9, p. 41.

Estatísticas.

ANTAQ, Anuário. Dados disponíveis em: <http://web.antaq.gov.br/anuario/>. Acesso em 20.11.2020

ANTAQ, Jurisprudência. Dados disponíveis no sítio de consulta da ANTAQ: <http://sophia.antaq.gov.br/terminal/Busca/Avancada>. Acesso em 8.10.2020.

BRASIL, Ministério do Meio Ambiente.

Dados disponíveis em: <https://www.mma.gov.br/biodiversidade/biodiversidade-aquatica/zona-costeira-e-marinha>. Acesso em 06.10.2020.

CNT, Análises Transporte. Dados disponíveis em: <https://www.cnt.org.br/analises-transporte>. Acesso em 19.11.2020.

IBGE, Dados disponíveis em:

https://geoftp.ibge.gov.br/organizacao_do_territorio/redes_e_fluxos_geograficos/logistica_dos_transportes/Nota_tecnica_da_Logistica_dos_Transportes_no_Brasil_2014_20191031.pdf . Acesso em 20.11.2020.

Notícias e entrevistas.

'BR do Mar' deve perder urgência na Câmara. Estado de Minas. 26.9.2020. Economia. Disponível em:

https://www.em.com.br/app/noticia/economia/2020/09/26/internas_economia,1189156/br-do-mar-deve-perder-urgencia-na-camara.shtml. Acesso em 14.11.2020.

OLIVEIRA, Danilo. BR do Mar: Deputados apresentam requerimento para retirada de urgência. Portos e Navios, 1.10.2020. Navegação.

Disponível em: <https://www.portosenavios.com.br/noticias/navegacao-e-marinha/br-do-mar-deputados-apresentam-requerimento-para-retirada-de-urgencia>. Acesso em 18.11.2020.

OLIVEIRA, Filipe e GRAZINI, Mariana. Caminhoneiros mandam carta a ministro para reclamar da BR do Mar. Folha de São Paulo, 27.10.2020. Painel S.A.

Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/painelsa/2020/10/caminhoneiros-mandam-carta-a-ministro-para-reclamar-da-br-do-mar.shtml>. Acesso em 14.11.2020.

OLIVEIRA, Marcos de. Caminhoneiros contra pressa do BR do Mar. Monitor Mercantil, 6.10.2020. Fatos e Comentários. Disponível em:

<https://monitormercantil.com.br/caminhoneiros-contrapressa-do-br-do-mar> Acesso em 14.11.2020.

SANT'ANA, Jéssica. Prioridade do governo, “BR do Mar” desagrada indústria local e projeto emperra na Câmara. Gazeta do Povo, Brasília, 13/10/2020.

Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/economia/br-do-mar-desagrada-industria-local-projeto-emperra-camara/>. Acesso em 14.11.2020.

RIBEIRO, Marcelo, DI CUNTO, e Raphael. Mesmo com obstrução da oposição, Câmara aprova texto-base de projeto da BR do Mar. Valor, Brasília, 7.12.2020. Disponível em:

<https://valor.globo.com/politica/noticia/2020/12/07/mesmo-com-obstruo-da-oposio-cmara-aprova-texto-base-de-projeto-da-br-do-mar.ghtml>. Acesso em 9.12.2020.

TURTELLI, Camila. Sessão da Câmara é adiada para as 14h com BR do Mar. Terra, 2.12.2020. Política. Disponível em:

<https://www.terra.com.br/noticias/brasil/politica/sessao-da-camara-e-adiada-para-as-14h-com-br-do-mar,d16dd6daae77fee663e1d6b4e03c24carflrcjdw.html>. Acesso em 9.12.2020.

WIZIACK, Julio, BRANT, Danielle. Projeto que cria a BR do Mar enfrenta resistência para sair do papel. Folha de São Paulo, Brasília, 26.10.2020.

Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2020/10/projeto-que-cria-a-br-do-mar-enfrenta-resistencia-para-sair-do-papel.shtml>. Acesso em 18.11.2020.

Declaração do Diretor do Departamento de Navegação e Hidrovias do Ministério da Infraestrutura, Dino Batista, durante evento online promovido pela Sociedade Brasileira de Engenharia Naval-SOBENA.

Íntegra disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=MAtmYGu90z0> min. 36 em diante. Acesso em 6.12.2020.

SARDINHA, Edson. Cade: BR do Mar aumentará concentração de mercado no aluguel de navios. Congresso em Foco, 17.11.2020. Menção realizada em nota de esclarecimento encaminhada à imprensa após a manifestação do CADE sobre o PL nº 4.199/2020.

Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/economia/cade-br-do-mar-aumentara-concentracao-de-mercado-no-aluguel-de-navios/>. Acesso em 24.11.2020.