



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA - UniCEUB
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

MARCOS VALENTE RAMOS

**AS LEIS BRASILEIRAS E O MONOPÓLIO / OLIGOPÓLIO NO SETOR
MARÍTIMO-PORTUÁRIO**

Brasília
2012

MARCOS VALENTE RAMOS

**AS LEIS BRASILEIRAS E O MONOPÓLIO / OLIGOPÓLIO NO SETOR
MARÍTIMO-PORTUÁRIO**

Monografia elaborada como Trabalho de
Conclusão do Curso de Bacharel em Direito.

Orientação: Prof^o Daniel Amin Ferraz

Brasília
2012

Ramos, Marcos Valente
As Leis Brasileiras e o Monopólio / Oligopólio dissimulado no
setor Marítimo-Portuário / Marcos Valente Ramos – Brasília: O autor, 2012.

Monografia elaborada como Trabalho de Conclusão do Curso
de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Daniel Amin Ferraz.

1. Direito Marítimo.
2. Direito Portuário. 3. Monopólio. 4. Autoridade Marítima. 5.
Praticagem.

MARCOS VALENTE RAMOS

AS LEIS BRASILEIRAS E O MONOPÓLIO / OLIGOPÓLIO NO SETOR
MARÍTIMO-PORTUÁRIO

Monografia elaborada como Trabalho de
Conclusão do Curso de Bacharel em
Direito.

Brasília, 20 de março de 2012.

Banca Examinadora

Prof. Daniel Amin Ferraz
Orientador

Prof(a).
Examinador(a)

Prof(a).
Examinador(a)

Aos meus filhos, seres maravilhosos com quem compartilho aprendizado e o crescimento.

À minha esposa, companheira de momentos difíceis e alegrias inimagináveis.

Aos meus pais, orientadores e amorosos exemplos de perseverança, amor, dedicação e desprendimento, a quem agradeço os valores que norteiam minha vida.

AGRADECIMENTOS

Aos orientadores, coordenadores, professores e colegas do curso de Direito do Centro Universitário de Brasília, com os quais tive a oportunidade de conviver e que proporcionaram o apoio necessário para a realização deste trabalho.

*"Uma pessoa que mantém a
atitude sincera de aprender
sempre, é um sábio que avança
pela grande estrada da justiça,
combatendo a arrogância e
ambições."*

Buda

RESUMO

Este estudo se propõe a analisar a questão do monopólio / oligopólio que, em tese, se implantou no setor marítimo - portuário brasileiro, observando-se, em especial, os serviços de praticagem. Para isto, toma-se como marco temporal da análise o advento da promulgação da Lei 8.630/93, que implementou os dispositivos que viriam a ser utilizados pela Marinha do Brasil na administração destes serviços. Em seguida, são vistas as diferentes formas pelas quais a Constituição legitima a intervenção do Estado na Ordem Econômica, especificamente o monopólio, a evolução da ideologia militarista e sua positivação nas constituições nacionais para, então, demonstrar o distanciamento entre a intenção do legislador constitucional e o que, efetivamente, se fez com as possíveis consequências para a economia nacional.

Palavras-chave: Direito Comercial, monopólio, oligopólio, Setor Portuário.

ABSTRACT

The objective of this study is to analyse the monopoly / oligopoly of the maritime - portuary sector of Brazil, specially, the pilotage services. In order to achieve this objective, we started from the analyze of the Act 8.630/93, which made possible for the Brazilian Navy to administer the pilotage services, even more, commercially. The different forms that our constitution allows the interference in the economic order are reviewed and the evolution of the military ideology in the constitutions. The whole study will demonstrate how far the actual situation of pilotage services are from the national constitution is.

Key-Words: Commercial Law, monopoly, oligopoly, Ports.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

| | |
|---------|---|
| ANTAq | Agência Nacional de Transporte Aquaviário. |
| CAP | Conselho da Autoridade Portuária. |
| CONAPRA | Conselho Nacional de Praticagem. |
| DPC | Departamento de Portos e Costas – Marinha do Brasil. |
| IMO | Organização Marítima Internacional - International Maritime Organization. |
| LESTA | Lei que dispõe sobre a segurança do tráfego aquaviário em águas sob jurisdição nacional e dá outras providências. |
| NORMAM | Norma da Autoridade Marítima. |
| OGMO | Órgão Gestor de Mão de Obra. |
| OIT | Organização Internacional do Trabalho. |
| RLESTA | Decreto que regulamenta a Lei nº 9.537 que dispõe sobre a segurança do tráfego aquaviário em águas sob jurisdição nacional. |
| TEU | Unidade de capacidade equivalente a 20 pés cúbicos. |
| ZP | Zona de Praticagem - Área delimitada pela marinha, em coordenadas geográficas, para os serviços de praticagem. |

SUMÁRIO

| | |
|---|----|
| INTRODUÇÃO | 12 |
| 1. SETOR MARÍTIMO-PORTUÁRIO..... | 21 |
| 1.1. Aproximação da matéria | 21 |
| 1.2. Diferenças entre o direito portuário e o marítimo..... | 22 |
| 1.3. Da importância comercial dos portos brasileiros | 25 |
| 1.4. Dos impactos na instalação dos portos..... | 26 |
| 1.5. Porto organizado | 28 |
| 2. O MODELO ADOTADO NO BRASIL PARA OS SERVIÇOS DE PRATICAGEM..... | 31 |
| 2.1 – A estruturação do serviço de praticagem no Brasil..... | 31 |
| 2.2 – Estudos dos custos dos serviços de praticagem no Brasil..... | 36 |
| 2.3 – Contratos de serviços de praticagem | 37 |
| 2.4 – Diferentes modelos adotados no mundo | 38 |
| 3. A EVOLUÇÃO DA ORDEM ECONÔMICA E OS IMPACTOS NO SETOR MARÍTIMO-PORTUÁRIO | 40 |
| 3.1 – A ordem econômica e a Constituição de 1934 | 42 |
| 3.2 – A ordem econômica e a Constituição de 1937 | 43 |
| 3.3 – A ordem econômica e a Constituição de 1946 | 45 |
| 3.4 – A ordem econômica e a Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional de 1969 | 46 |
| 3.5 – A ordem econômica e a Constituição de 1988 | 49 |
| 3.6 – A intervenção direta do Estado brasileiro na ordem econômica..... | 49 |
| 3.7 – A indeterminação dos pressupostos constitucionais que autorizam o monopólio estatal..... | 52 |
| 4. O MONOPÓLIO / OLIGOPÓLIO: CONCEITUAÇÃO | 54 |
| 4.1 – Monopólio..... | 54 |
| 4.2 – Monopólio natural. | 55 |
| 4.3 – Monopólio convencional. | 56 |
| 4.4 – Monopólio legal. | 56 |
| 4.5 – Oligopólio. | 57 |
| 4.6 – Conclusão sobre monopólio na Constituição da República. | 58 |
| CONCLUSÃO | 61 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 63 |
| Anexo A – PORTARIAS PARA REAJUSTE DOS PREÇOS DOS SERVIÇOS DE PRATICAGEM | 65 |

| | |
|--|----|
| Anexo B – PORTARIAS DE CONSTITUIÇÃO DE COMISSÃO PARA FIXAR OS PREÇOS DOS SERVIÇOS DE PRATICAGEM | 73 |
|--|----|

INTRODUÇÃO

O Brasil, dotado de uma das maiores extensões litorâneas do planeta, guarda estreita relação entre sua economia e as atividades portuárias. Algumas cidades litorâneas testemunham as mudanças periódicas proporcionadas por portos bem ou mal administrados.

Na década de 1990, ante a maximização da capacidade do transporte marítimo, quando surgiram os super cargueiros – Navios Panamax¹ - foi necessário um movimento intenso de modernização, que implicou na realização de mudanças profundas nos portos não só do Brasil, mas também de outros países.

Iniciava-se um processo que pretendia compatibilizar uma economia internacional ávida pelo comércio de importação e exportação de grandes volumes de mercadorias com a rudimentar estrutura legislativa nacional que orientava a exploração dos serviços marítimo-portuários.

Nesse contexto, sob a alegação de haver um processo de modernização do setor, extinguiu-se a Portobras, empresa responsável pelos portos nacionais. O objetivo na época era o enxugamento da estrutura administrativa governamental. No entanto, o processo levou a um vazio organizacional e normativo, dando início a um período curto de consolidação de diferentes atividades econômicas no setor.

Em 11 de fevereiro de 1991, editou-se o Decreto nº 35², que criou um “super órgão” com as competências de administrar desde os portos até os serviços de correio e extinguiu, em suas disposições transitórias, a Portobras.

¹ Panamax é um termo que designa os navios que alcançaram o tamanho limite para passar nas eclusas do Canal do Panamá. Isso significa um comprimento de 1000 pés (305 m), uma largura de 110 pés (33,5 m) e uma profundidade de 85 pés (26 m).

Wikipédia Enciclopédia Livre. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Panamax>. Acesso em 03 de maio de 2012.

² Brasil. Decreto nº 35, 11 de fevereiro de 1991. Aprova a Estrutura Regimental do Ministério da Infra-estrutura e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0035.htm. Acesso em 03 de maio de 2012.

“CAPITULO I

Da Natureza e Finalidade

Art. 1º O Ministério da Infra-Estrutura tem em sua área de competência:

- I - geologia, recursos minerais e energéticos;
- II - regime hidrológico e fontes de energia hidráulica;
- III - mineração e metalurgia;
- IV - indústria do petróleo e de energia elétrica, inclusive nuclear;
- V - transportes ferroviário, rodoviário e aquaviário;
- VI - marinha mercante, **portos** e vias navegáveis;
- VII - participação na coordenação dos transportes aeroviários, na forma da lei;
- VIII - telecomunicações, inclusive administração, controle e fiscalização da utilização do espectro de radiofrequências;
- IX - **serviços postais**.

...

CAPÍTULO V

Das Disposições Gerais e Transitórias

Art. 26. Ficam vinculadas ao MINFRA:

I - **até que se ultimem os respectivos processos de extinção:**

a) Empresa de Portos do Brasil S.A. - PORTOBRÁS;

b) Companhia Auxiliar de Empresas Elétricas Brasileiras - CAEEB;

c) Empresa Brasileira de Transportes Urbanos - EBTU;

d) Companhia Siderúrgica de Mogi das Cruzes - COSIM;

II - enquanto não privatizadas:

a) Companhia Brasileira de Projetos Industriais - COBRAPI;

b) Aços Finos Piratini S.A. - AFP;

c) Companhia Siderúrgica de Tubarão - CST;

d) Usinas Siderúrgicas de Minas Gerais S.A. - USIMINAS;

e) Companhia de Navegação do São Francisco - FRANAVE;

f) Empresa de Navegação da Amazônia S.A. - ENASA;

g) Serviço de Navegação da Bacia do Prata - SNBP;³

Em meio à desorganização gerada após a edição do referido Decreto, de acordo com Wesley Collyer⁴, um grupo de empresários assumiu a missão de retomar o processo de construção da política portuária nacional. Neste sentido, foi proposta solução que, em tese, proporcionaria organização e avanços, ou seja, uma medida provisória que viesse a consolidar toda a matéria pertinente.

³ Idem

⁴ COLLYER, Wesley O. LEI DOS PORTOS: O Conselho de Autoridade Portuária e a Busca da Eficiência. Lex Editora S.A., São Paulo, 2008.

Todavia, ao contrariar interesses, mesmo sendo elaborada em sigilo absoluto, a proposta de medida provisória foi aos poucos desnaturada sob o pretexto de que, se publicada, provocaria “derramamento de sangue” nos portos nacionais. Diante do temor, entendeu-se por bem transformá-la em projeto de lei, encaminhado ao Congresso. Nasceu, assim, a “Lei de Modernização dos Portos” (Lei 8.630, de 25 de fevereiro de 1993⁵).

Sobre a questão comenta Wesley Collyer:

“[...] A partir daí, uma equipe trabalhou durante sete meses no Palácio do Planalto redigindo a Medida Provisória em total sigilo. Quando a mesma estava pronta, cerca de três dias antes de sua assinatura, o serviço de inteligência da Marinha informou que o assunto havia vazado e que se a MP fosse editada “correria sangue nos portos”. O presidente Collor, então, resolveu transformá-la em projeto de lei e remeter (no início de 1991) à Câmara Federal.”⁶

Começou, então, um período de reformas que deveriam romper antigas tradições.

Wesley Collyer, ao traçar um paralelo entre o período colonial e o pós Lei de Modernização dos Portos, demonstra que ambos não apresentaram benefícios para o Estado brasileiro. Esta é a conclusão a que chega sobre a concentração de controle do Governo Federal:

“O regime jurídico dos portos brasileiros tem tido uma existência atribulada. Tivemos duas leis de concessão outorgadas ainda no império e algumas modificações na República. Do liberalismo da primeira lei, que visava atrair capitais privados para os portos e afastar a administração pública de sua exploração, fomos caminhando gradativamente para o controle direto do Governo Federal, passando por uma fase intermediária de concessão aos Estados, que também fracassou.”⁷

⁵ Brasil. Lei nº 8.630, 25 de fevereiro de 1993. Dispõe sobre o Regime Jurídico da exploração dos Portos Organizados e das Instalações Portuárias e dá outras Providências (LEI DOS PORTOS). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8630.htm. Acesso em 03 de maio de 2012.

⁶ COLLYER, Wesley O. LEI DOS PORTOS: O Conselho de Autoridade Portuária e a Busca da Eficiência. Lex Editora S.A., São Paulo, 2008. Página 34.

⁷ Idem.

A partir de suas observações, inferimos a ocorrência de persistência histórica de problemas diretamente relacionados à administração e exploração dos portos nacionais. Dentre esses, as proteções e as reservas merecem atenção especial.

Para Wesley Collyer, as privatizações realizadas mostraram-se ineficazes e, em alguns casos, inadequadas. A Lei autorizava, mas não existia orientação de como proceder à implementação pretendida⁸.

Observou-se, então, que os portos se modernizaram quanto à tecnologia e às relações interpartes: sociedade, governo e prestadores de serviços. Restou a sugerida indeterminação administrativa no setor portuário apontada pelo referido autor.

Conclui o autor que, neste contexto em que se buscava maior participação da iniciativa privada, sem os entraves burocráticos que dificultavam o desenvolvimento do setor, e diante da lacuna legal e regulamentadora que se fez surgiram diferentes grupos⁹.

Merecedoras de especial atenção, ao longo do tempo, as praticagens, entidades prestadoras de serviços de condução de navios em áreas portuárias, atendendo à Norma da Autoridade Marítima nº 12 – Normam 12¹⁰, estruturaram-se em monopólios regulamentados, sistema adotado no Brasil para este tipo de serviço, assim como em outros países, segundo estudos do Centro de Estudos em Gestão Naval da Escola Politécnica Da Universidade de São Paulo¹¹.

Há que se destacar, neste ponto, a estrutura normativa criada pela Marinha, que, desde 1956 classifica a atividade como uma questão de segurança

⁸ COLLYER, Wesley O. LEI DOS PORTOS: O Conselho de Autoridade Portuária e a Busca da Eficiência. Lex Editora S.A., São Paulo, 2008. Página 35.

⁹ Idem

¹⁰ Marinha do Brasil. Diretoria de Portos e Costas. Disponível em: https://www.dpc.mar.mil.br/normam/N_12/N_12.htm. Acesso em 04 de maio de 2012.

¹¹ CEGN. “Análise de estrutura operacional, de custos e recursos de uma associação de praticagem no Brasil e comparação do desempenho e dos modelos com casos internacionais”. Centro de Estudos em Gestão Naval – Escola Politécnica da Universidade de São Paulo, julho 2008.

nacional. O Decreto nº 40.704¹² de 31 de dezembro de 1956, Capítulo I, art. 2º, criou as condições que tornaria possível a atribuição, ao ente militar, da definição de tarifas comerciais, lotações mínimas regionais e imposição de escalas de serviços, questões objeto da Norma da Autoridade Marítima nº 12 - Normam 12¹³.

Sobre aspecto regulatório potencialmente deficiente, o Centro de Estudos em Gestão Naval¹⁴ assim observou:

“Um sistema regulatório falho pode, porém, permitir que as empresas monopolistas tenham liberdade para, por exemplo, fixar as tarifas num valor acima do razoável, ou discriminar os serviços em favor de empresas que remuneram melhor. Essas preocupações ganham peso na medida em que a competição por carga entre portos torna-se acirrada, gerando pressões para redução de custos.”¹⁵

Por meio da edição de norma circunscrita às atribuições da própria Marinha, Normam 12¹⁶, surge uma atividade conduzida por algumas dezenas de empresas, tutelada pela Marinha de Guerra, inclusive nas questões comerciais, de sorte a configurar uma situação de monopólio ou, até mesmo, oligopólio, em confronto com os preceitos da Constituição de 1988¹⁷.

Neste sentido, comenta Leonardo Vizeu de Figueiredo:

“A Constituição da República prevê, como regra, a intervenção indireta do Estado na Ordem Econômica, e, excepcionalmente, a intervenção direta, tão somente, nas hipóteses taxativamente previstas no texto constitucional. Ao Estado brasileiro, portanto, no que tange à seara econômica, é permitido atuar como agente normativo e regulador e, por meio dessas posições,

¹² VLEX. Biblioteca Digital. <http://vlex.com/vid/aprova-regulamento-geral-praticagem-34073764>. Acesso em 04 de maio de 2011.

¹³ Idem.

¹⁴ CEGN. “Análise de estrutura operacional, de custos e recursos de uma associação de praticagem no Brasil e comparação do desempenho e dos modelos com casos internacionais”. Centro de Estudos em Gestão Naval – Escola Politécnica da Universidade de São Paulo, julho 2008. Pagina 18.

¹⁵ Idem.

¹⁶ Marinha do Brasil. Diretoria de Portos e Costas. Disponível em: https://www.dpc.mar.mil.br/normam/N_12/N_12.htm. Acesso em 04 de maio de 2012.

¹⁷ Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (arts. 173, 174 e 177). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 05 de julho de 2011.

exercer uma tríplice função: fiscalizadora, incentivadora e planejadora, a teor do que preceitua o art. 174 da Constituição de outubro de 1988, e como agente explorador de atividade econômica, no que se refere aos casos de monopólio constitucional (art. 177 da CRFB), bem como nas hipóteses de exploração concorrencial com o particular (art. 173 da CRFB).¹⁸

A engenharia da solução fundou-se na Lei nº 9.537/97¹⁹ que remete à Normam 12²⁰, a competência para legislar sobre preços, escalas de serviços, lotações, acesso e estrutura dos serviços de praticagem, situação essa que, segundo Leonardo Vizeu Figueiredo, é proibida na Constituição.

“[...] não há mais na atual constituição a abertura normativa existente nos textos anteriores que autorizavam o Poder Público, por ato infraconstitucional a monopolizar qualquer nicho de sua economia.”²¹ *Grifo nosso.*

Criou-se, então, a justificativa de que haveria uma questão de “segurança nacional” a ser observada. Dessa forma, embora não haja uma exploração direta, todo e qualquer acordo passou a ser chancelado pela Diretoria de Portos e Costas da Marinha, inclusive quanto à escala de serviços e tarifas praticadas. Para essa tese, buscou-se abrigo no art. 173 da Constituição, que assim prescreve:

“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**

¹⁸ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. A QUESTÃO DO MONOPÓLIO NA CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil e o setor postal. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 17, fevereiro/março/abril, 2009. Páginas 5 e 6.

¹⁹ Brasil. Lei nº 9537, 11 de dezembro de 1997. Dispõe sobre a segurança do tráfego aquaviário em águas sob jurisdição nacional e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9537.htm. Acesso em 18 de julho de 2011.

²⁰ Marinha do Brasil. Diretoria de Portos e Costas. Disponível em: https://www.dpc.mar.mil.br/normam/N_12/N_12.htm. Acesso em 04 de maio de 2012.

²¹ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. A QUESTÃO DO MONOPÓLIO NA CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil e o setor postal. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 17, fevereiro/março/abril, 2009. Página 13.

nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.”²²

Não há nenhuma das duas hipóteses elencadas: imperativo da segurança nacional ou relevante interesse coletivo, uma vez que não há lei vigente que defina a praticagem desta forma, observando a revogação do Decreto nº 40.704/56 pelo Decreto nº 47.482/59²³.

Por analogia, caso essa fosse a regra, o Exército brasileiro deveria manter a pulsos firmes o transporte terrestre, tratando das tarifas, habilitações dos motoristas profissionais e escalas de serviços às quais se submeteriam os profissionais das empresas transportadoras; e o mesmo faria a Aeronáutica em sua área.

Argumenta-se que não se trata de um monopólio propriamente dito, uma vez que a entidade militar não realiza os serviços que regula. No entanto, vejamos o que nos ensina Leonardo Vizeu Figueiredo:

“O conceito de monopólio é de caráter eminentemente econômico, traduzindo-se no poder de atuar em um mercado como único agente econômico, isto é, significa uma estrutura de mercado em que uns (Monopólio) ou alguns produtores (Oligopólio) exercem o controle de preços e suprimentos, não sendo possível, por força de imposição obstáculos naturais ou artificiais, a entrada de novos concorrentes.”²⁴

A impossibilidade da entrada de novos prestadores, a determinação dos preços e o controle da escala de serviços são exemplos das atribuições, entre outras, com caráter restritivo da concorrência.

²² Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (art. 173). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 05 de julho de 2011.

²³ Decreto nº 47.482 de 23 de dezembro de 1959 – Revoga o Decreto 40.704/56 que aprovou o Regulamento Geral das Praticagens. Disponível em: <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=178173> Acesso em 05 de abril de 2012.

²⁴ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. A QUESTÃO DO MONOPÓLIO NA CONSTITUIÇÃO da república federativa do Brasil e o setor postal. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 17, fevereiro/março/abril, 2009.

Sendo assim, ao longo deste trabalho, busca-se demonstrar como a autorregulação e a falta de conhecimento acerca do setor portuário levam, em tese, a existência de estrutura monopolista sob a administração de ente militar.

Há que se registrar a dificuldade encontrada em sua elaboração, uma vez que não se conhece autores que tenham enfrentado o tema.

A carência de bibliografia que trate do setor marítimo-portuário é outro fator que acrescentou desafio ao trabalho proposto, impondo esforço de pesquisa além do material essencialmente jurídico. Dentre as publicações utilizadas, observa-se a frequente compilação legal, sem a preocupação de estabelecimento de marco teórico ou posicionamento doutrinário, o que impõe dificuldade na construção lógica do tema.

Finalizaremos a introdução do presente trabalho apresentando a seguir a estrutura da monografia elaborada.

O primeiro capítulo contextualiza o setor marítimo-portuário brasileiro. São apresentadas, de forma objetiva, as diferenças entre o direito portuário e marítimo, a importância econômica que representa o setor, os impactos gerados na instalação de uma área portuária e a definição do que vem a ser um porto organizado.

A seguir, é estudado o modelo de prestação dos serviços de praticagem no Brasil. São abordados, sucintamente, os diferentes modelos de estruturação dos serviços e, em especial, a elaboração legislativa que viabilizou a solução adotada. Seguindo, são verificados os impactos nos custos da atividade decorrentes da própria estruturação, os contratos de serviço e, por último, são apresentadas as implicações na escolha de alguns modelos disponíveis.

No terceiro capítulo são abordados os aspectos relativos a ordem econômica, sua evolução ao longo das constituições nacionais e a correlação com a atividade de praticagem.

Por último, no quarto capítulo, são feitas as conceituações relativas aos monopólios e oligopólios, além serem apresentadas considerações sobre a

questão do monopólio nas Constituições brasileiras e as implicações nos serviços de praticagem.

Na conclusão da monografia é apresentada uma síntese das considerações feitas, com base na análise do levantamento realizado. Deste modo, em linhas gerais, é possível compreender o problema objeto desta proposta de trabalho.

1. SETOR MARÍTIMO-PORTUÁRIO

1.1. Aproximação da matéria

Proporcionalmente ao tamanho dos navios que operam no transporte oceânico de mercadorias, a necessidade de investimentos no setor portuário brasileiro vem crescendo e, na mesma dimensão, a de criação de normas que regulem as relações comerciais, estabeleçam requisitos para gerar segurança e viabilizar a correta estruturação e oferta de serviços.

Como sugere Francisco Carlos de Moraes Silva²⁵, para se alcançar um novo patamar de relações comerciais é preciso enfrentar os problemas enraizados no século anterior e que ainda produzem resultados indesejáveis na economia do país, sem que as autoridades ou a população se deem conta.

E prossegue: a combinação entre investimentos públicos e privados, estes imprescindíveis, torna a questão preocupante. Agora não se pode falar em controle e, sob esta bandeira, afastar as consequências do emaranhado normativo que permeia cada ponto do setor marítimo-portuário. A confusão de normas ora vigentes foi aperfeiçoada no sistema de autorregulação da Agência Nacional do Transporte Aquaviário (ANTAq), que vem dividindo espaço com a Autoridade Marítima, exercida no Brasil pela Marinha de Guerra²⁶.

Segundo Osvaldo Agripino de Castro Jr.²⁷, o surgimento de vários problemas de natureza jurídica e regulatória, a saber: a judicialização do setor por meio de ações representadas pelas disputas entre terminais privados e públicos, violação do princípio da modicidade das tarifas nos serviços, em destaque as da praticagem, a ineficácia da política nacional de dragagem, os conflitos de competência entre a Autoridade Marítima e a portuária, a morosidade no licenciamento ambiental para a área portuária, dentre outras.

²⁵ SILVA, Francisco Carlos de Moraes. *Direito Portuário: considerações sobre a Lei de Modernização dos portos*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. Página 21.

²⁶ Idem

²⁷ CASTRO. Osvaldo Agripino. *Direito Marítimo, Regulação e Desenvolvimento*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

1.2. Diferenças entre o direito portuário e o marítimo

O direito marítimo, regulado pela parte não revogada do Código Comercial de 1850²⁸, Leis Ordinárias e Decretos, cuida das relações decorrentes da movimentação de carga e pessoas em meio aquaviário. De forma ampla, toda atividade que tenha por objetivo a utilização dos bens, meios para navegação, exploração do mar e das águas interiores – lagos, lagoas, bacias, rios, etc – tanto nas áreas superficiais quanto submersas.

Theophilo de Azevedo Santos²⁹, diferentemente dos demais autores, admite que o direito marítimo possa ser aplicado à navegação nos rios, apesar de o Código Comercial prever o registro de embarcação para navegação em alto-mar somente.

Observando tão-somente a norma sobre navegação, pode-se subdividir o direito marítimo em público e privado. Theophilo de Azevedo Santos³⁰ assim o faz: a parte não revogada do Código Comercial e a legislação especial, de natureza privada, dispõem sobre comércio e indústria da navegação. De forma diversa, são de natureza pública, as normas sobre o tráfego marítimo, a segurança das embarcações e das pessoas.

Destaca-se a influência dos tratados internacionais sobre as normas de caráter público. Daí nascem os regramentos, em sua maior parte sobre segurança, que devem ser incorporados pelas nações signatárias.

²⁸ Lei nº 556, de 25 de junho de 1850 - Código Comercial. Revogado pela Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L0556-1850.htm. Acesso em 05 de julho de 2011.

²⁹ SANTOS, Theophilo de Azevedo. Direito da navegação. Rio de Janeiro: Forense, 1964, p. 10. E a posição do Código Comercial, art. 460. Classificam-se as normas do direito marítimo da seguinte forma: normas de direito público marítimo, onde estão as normas do direito marítimo administrativo e penal, normas de direito internacional marítimo: público ou privado, sendo que as primeiras regulam a liberdade dos mares, o direito e obrigações entre beligerantes e neutros, as segundas dos conflitos de leis derivados da navegação marítima e normas de direito empresarial marítimo, que são as que regem a armação e expedição de navios e as relações decorrentes dos fatos inerentes à navegação.

³⁰ SANTOS, Theophilo de Azevedo. Direito da navegação. Rio de Janeiro: Forense, 1964.

Ainda segundo Theophilo de Azevedo Santos³¹, não há razão para que se defenda a existência do direito da navegação, matéria devidamente incorporada no direito marítimo. Pode se tratar de preciosidade que aparte núcleos de interesse comum e agrupe áreas diversas como se possível fosse o entendimento sob os mesmos aspectos.

Para exemplificar o problema, imagine que o direito de navegação sirva ao propósito de agrupamento das questões relacionadas à matéria navegação. Amoldar-se-iam nesta área regramentos decorrentes das atividades em lagos, rios, lagoas, canais, baías, portos, mar territorial e alto-mar e, além dessas, a navegação aérea. Existiria, então, a influência do Ministério da Defesa, sob a competência da Autoridades Marítima e Aeronáutica, além da ANTAq, para questões diversas. Seriam 3 entidades regulando a mesma área do Direito com visões e tempos diferentes.

Da história, tem-se a crise aérea, ocorrida em 2006, que suscitou a discussão sobre a desmilitarização do controle de tráfego aéreo. Como seriam tratados os problemas por todas as áreas da navegação? Neste ponto, pelo que se verá no decorrer deste trabalho, a desmilitarização seria uma decisão acertada para o caso do controle marítimo.

Ao contrário da controvérsia entre a existência independente dos direitos marítimo e de navegação, o direito portuário apresenta-se como ramo autônomo, apesar de, vez por outra, segundo Eliane M. Octaviano Martins³², ser tratado como ramo do direito marítimo.

Sendo assim, o Autor define: “O direito portuário é um ramo do Direito que tem por objeto o disciplinamento da exploração de portos, das operações portuárias e dos operadores portuários, das instalações portuárias, da gestão da

³¹ Idem

³² OTAVIANO MARTINS, Eliane Maria. Curso de Direito Marítimo, Volume1. 3ª ed. Barueri-SP: Manoele, 2005.

mão de obra de trabalho portuário avulso, do trabalho portuário, e da administração do porto organizado.”³³.

No Brasil, esta nova área nasceu da necessidade de lei que regulasse de forma diferenciada os portos. Decorrente da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de seus artigos 21 e 22, foi editada a Lei de Modernização dos Portos sob nº 8630/93³⁴.

“Artigo 22 Compete privativamente a União legislar sobre:

[...]

Inciso X – regime dos portos, navegação lacustre, fluvial, marítima e aeroespacial.”³⁵

E considerando:

“Artigo 21 Compete à união. [...]

Inciso XII – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

[...]

d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre os portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estados ou Território;”³⁶

A solução final, segundo César Luiz Pasold, foi composta, além da própria Lei de Modernização dos Portos, pelos Decretos nº 1572/95³⁷ e 1886/96³⁸, pela Convenção nº 137 da OIT³⁹ e pela Lei 9719/98⁴⁰.

³³ Idem.

³⁴ Brasil. Lei nº 8630, 25 de fevereiro de 1993, com a redação da Lei nº 11.314 de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8630.htm. Acesso em 08 de julho de 2011.

³⁵ Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (art. 173). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 05 de julho de 2011.

³⁶ Idem

³⁷ Brasil. Decreto nº 1.572, 28 de julho de 1995 - Regulamenta a mediação na negociação coletiva de natureza trabalhista e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1995/D1572.htm. Acesso em 05 de julho de 2011.

³⁸ Brasil. Decreto nº 1.886, 29 de abril de 1996 - Regulamenta disposições da Lei nº 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D1886.htm. Acesso em 05 de julho de 2011.

³⁹ OIT – Organização Internacional do Trabalho. Convenção 137 – Convenção Referente às Repercussões Sociais dos Novos Métodos de Processamento da Carga nos Portos. Disponível em: http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/multilaterais/imo-organizacao-maritima-internacional/m_606/. Acesso em 08 de julho de 2011.

Cabe ressaltar que o objetivo primário da lei não foi a relação de trabalho na área portuária. Ao contrário do que se registra, pretendia-se abrir o setor portuário à iniciativa privada. Sobre este assunto registraram Arnaldo Bastos Santos e Neto e Paulo Sérgio Xavier Ventilari: “Com o Estado com os cofres vazios, incapaz de promover as transformações tecnológicas que permitem a competitividade no mercado globalizado, ficou claro que somente o grande capital privado poderia modernizar os portos e que só o faria com o deslocamento do poder nos portos para as suas mãos e com o fim do monopólio da mão de obra avulsa controlada pelos sindicatos.”⁴¹.

1.3. Da importância comercial dos portos brasileiros

O Brasil se faz presente no cenário mundial como elemento integrador da América Latina com os países asiáticos, importadores de recursos primários e exportadores de bens manufaturados.

A movimentação marítima entre as economias em desenvolvimento no mundo aproximaram-se, no ano de 2008, a 100.000.000 de TEU⁴². Desses, o Brasil operou somente 10% e, mesmo neste patamar, elevou a posição do país de 8º lugar para 5º. Espera-se que, para o ano de 2013, o país eleve sua participação para 13%, o que o deixaria atrás apenas da China e de Singapura no hemisfério Sul, isto o que sugere os estudos realizados pelo Professor Raul de Bonis Almeida Almendáriz⁴³.

Não seria difícil de imaginar que, sob o ponto de vista interno, tudo o que se produz no Brasil, haja uma dependência do comércio exterior, uma vez que

⁴⁰ Brasil. Lei nº 9.719, 27 de novembro de 1998 - Dispõe sobre normas e condições gerais de proteção ao trabalho portuário, institui multas pela inobservância de seus preceitos, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9719.htm. Acesso em 08 de julho de 2011.

⁴¹ SANTOS NETO, Arnaldo Bastos. VENTILARI, Paulo Sérgio Xavier. O trabalho portuário e a modernização dos portos. São Paulo: Juruá, 2004. Página 15.

⁴² Unidade de Capacidade equivalente a 20 pés cúbicos.

⁴³ ALMENDÁRIZ. Raul de Bonis Almeida. Análise de Alternativas de Transporte Intermodal de Cargas entre Manaus e o Oceano Pacífico no Peru. Dissertação de Mestrado. Ciências em Engenharia Transportes. UFRJ. 2007.

os produtos são destinados à exportação ou dependem de importação que, na sua maioria, são realizadas por via marítima - navegação internacional de longo curso.

Com isto em mente, por óbvio, a instalação de um porto em uma cidade sempre acarretará alterações nas estruturas econômicas, nas relações sociais e na cultura local.

Da mesma forma, áreas reflexas ao setor se beneficiam com o aumento da atividade. Empresas de despachantes aduaneiros, perícia, reparos, dragagem, amarração, reboque e praticagem se tornam imprescindíveis nas operações.

1.4. Dos impactos na instalação dos portos

Nem todas as mudanças e avanços resultaram em melhorias para as cidades e para a mão de obra até então empregada nos portos existentes.

“Nas últimas décadas do século XX, para que fosse atendida uma nova demanda da logística globalizada, foi necessário um processo de modernização dos portos no Brasil, sendo que este fato teve por consequência um impacto socioeconômico negativo para as cidades, com uma relação significativa da mão-de-obra empregada nas atividades portuárias. O fato gerador dessas mudanças foi o advento da intermodalidade (integração da circulação de mercadorias entre os principais portos do mundo), que, para ser viável, depende da padronização dos meios de transporte de carga marítimo-terrestre, por meio da utilização de cargas e containers. Por consequência desse novo perfil logístico, ocorreram várias mudanças na ocupação do solo e do zoneamento das áreas do porto, buscando-se assim a otimização dos espaços e novas áreas para construção de terminais de carga, tornando-se a atividade portuária intensiva em capital e excludente de mão-de-obra.”⁴⁴

Nesse contexto de necessidade de melhorias no setor portuário e de prejuízo social com sua promoção, foi promulgada a Lei 8630/1993 – Lei de

⁴⁴ MORAES, Isaac Ribeiro. O desenvolvimento Portuário, integração porto-cidade e a proteção do patrimônio histórico cultural: Referências para Santos. Anais do Congresso Internacional de Direito Ambiental. São Paulo: Imprensa oficial do Estado de São Paulo, 2007. Página 332.

Modernização dos Portos –, que abriu caminho para um modelo de privatização dos serviços portuários.

Com a referida Lei, “os portos estatais passaram a integrar um conjunto de unidades autônomas, vinculadas ao Ministério dos transportes e reguladas pela Agência Nacional dos transportes Aquaviários (ANTAQ). Nasceram assim, as Autoridades portuárias (Companhia das Docas) e os Conselhos da Autoridade Portuária – CAP, formado por membros dos Poderes executivo nas esferas federal, estadual e municipal, representantes das diversas empresas privadas, e trabalhadores.”⁴⁵

Conseqüentemente, estabeleceram-se os moldes do que vem a ser porto organizado; criou-se o órgão gestor de mão de obra (OGMO)⁴⁶, o Conselho de Autoridade Portuária (CAP)⁴⁷ e o operador portuário (antigos estivadores)⁴⁸; definiram-se as atividades inerentes ao trabalho portuário avulso.

Ocorreu ainda o zoneamento das áreas portuárias: interno ao porto organizado, onde é necessária licitação para estabelecimento de contrato de arrendamento; e externo, onde se exige tão-somente autorização governamental para sua operação⁴⁹.

Independente das questões legais, as cidades que abrigam portos experimentam aumento da criminalidade, utilização inadequada de áreas para depósito de “containers”, aumento do tráfego pesado em rodovias inapropriadas, poluição ambiental com despejo de águas de lastro, e impactos sonoros, um risco à

⁴⁵ MORAES, Isaac Ribeiro. O desenvolvimento Portuário, integração porto-cidade e a proteção do patrimônio histórico cultural: Referências para Santos. Anais do Congresso Internacional de Direito Ambiental. São Paulo: Imprensa oficial do Estado de São Paulo, 2007. Página 333.

⁴⁶ Brasil. Lei nº 8630, 25 de fevereiro de 1993, com a redação da Lei nº 11.314 de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8630.htm. Acesso em 08 de julho de 2011. Artigos 18 e 19. Acesso em 20 de agosto de 2011.

⁴⁷ Brasil. Lei nº 8630, 25 de fevereiro de 1993, com a redação da Lei nº 11.314 de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8630.htm. Acesso em 08 de julho de 2011. Art. 30. Acesso em 20 de agosto de 2011.

⁴⁸ Brasil. Lei nº 8630, 25 de fevereiro de 1993, com a redação da Lei nº 11.314 de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8630.htm. Acesso em 08 de julho de 2011. Artigos 8º. Acesso em 20 de agosto de 2011.

⁴⁹ Brasil. Lei nº 8630, 25 de fevereiro de 1993, com a redação da Lei nº 11.314 de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8630.htm. Acesso em 08 de julho de 2011. Artigo 30, inc. X e Disposições transitórias. Acesso em 20 de agosto de 2011.

saúde pública. Um bom exemplo dos fatores considerados nesta avaliação é encontrado no Relatório de Impacto Ambiental do Porto de Paranaguá⁵⁰.

Infelizmente, o modelo adotado não prevê investimentos nestas áreas. Grandes investidores e prestadores de serviço que obtêm lucros expressivos não são compelidos à realização de investimentos locais.

1.5. Porto organizado

O conceito de porto organizado está estabelecido no § 1º do art. 1º da Lei 8630/93⁵¹, com a redação dada pela Lei nº 11.314/2006⁵²:

“Art. 1º Cabe à União explorar, diretamente ou mediante concessão, o porto organizado.

§ 1º Para os efeitos desta lei, consideram-se:

I - Porto Organizado: o construído e aparelhado para atender às necessidades da navegação, da movimentação de passageiros ou da movimentação e armazenagem de

⁵⁰ Secretaria do Meio Ambiente e Recursos Hídricos – Conselho de Desenvolvimento Territorial do Litoral Paranaense. Estudo de Impacto Ambiental – Porto de Paranaguá. Disponível em: http://www.colit.pr.gov.br/arquivos/File/vol_III_prog_imp_amb.pdf. Acesso em 26 de agosto de 2011.

⁵¹ Brasil. Lei nº 8630, 25 de fevereiro de 1993, com a redação da Lei nº 11.314 de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8630.htm. Acesso em 08 de julho de 2011.

⁵² Brasil. Lei nº 11.314, 3 de julho de 2006 - Altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, a Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, que 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, a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a Lei nº 11.171, de 2 de setembro de 2005, que dispõe sobre a criação de carreiras e do Plano Especial de Cargos do Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes – DNIT, a Lei nº 11.233, de 22 de dezembro de 2005, que institui o Plano Especial de Cargos da Cultura e a Gratificação Específica de Atividade Cultural - GEAC, cria e extingue cargos em comissão no âmbito do Poder Executivo, dispõe sobre servidores da extinta Legião Brasileira de Assistência, sobre a cessão de servidores para o DNIT e sobre controvérsia concernente à remuneração de servidores do Departamento Nacional de Obras Contra as Secas - DNOCS, a Lei nº 9.636, de 15 de maio de 1998, que dispõe sobre a regularização, administração, aforamento e alienação de bens imóveis de domínio da União, o Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946, que dispõe sobre os bens imóveis da União, a Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005, a Lei nº 11.046, de 27 de dezembro de 2004; a Lei nº 5.917, de 10 de setembro de 1973, e a Lei nº 8.630, de 25 de fevereiro de 1993; revoga dispositivos da Medida Provisória nº 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, da Lei nº 10.871, de 20 de maio de 2004, e da Medida Provisória nº 280, de 15 de fevereiro de 2006; e autoriza prorrogação de contratos temporários em atividades que serão assumidas pela Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/Lei/L11314.htm. Acesso em 08 de julho de 2011.

mercadorias, concedido ou explorado pela União, cujo tráfego e operações portuárias estejam sob a jurisdição de uma autoridade portuária;⁵³

Com base na letra da lei, entende-se porto como um local abrigado, que se liga ao mar por via navegável e com profundidade adequada – de modo a permitir ancoragem segura, para embarque / desembarque de passageiros, para execução de serviços de manutenção e para movimentação de carga.

Fazem parte do porto organizado ancoradouros, docas, cais, pontes, píers, edificações, estrutura viária interna, construções para armazenamento e administração do porto.

Dessa conceituação, pode-se entender ainda que todas as operações portuárias, compreendidas por qualquer movimentação e armazenagem de mercadorias relacionadas a transporte aquaviário, são realizadas por operadores portuários. Enquanto as demais dependem de concessão da autoridade pública para seu funcionamento.

As atividades ligadas à movimentação de embarcação, e não da carga, dependem da Autoridade Marítima. Assim sendo, num mesmo espaço físico, duas categorias de normas coexistem: a portuária e a marítima. Exemplificando, quando um navio é acostado ao cais, a Marinha define as regras; quando tem início a operação com a carga, as autoridades municipais ou federais orientam.

O problema surge na composição dos valores dos serviços. Referente à movimentação de carga, as negociações se dão entre partes com interesses legítimos; concernente à movimentação de embarcações, no caso das praticagens, a Diretoria de Portos e Costas da Marinha tem a prerrogativa de estipular valores, em caso de discordância dos preços a serem aplicados, e o mesmo não se verifica com serviços de rebocadores⁵⁴.

⁵³ Brasil. Lei nº 8630, 25 de fevereiro de 1993, com a redação da Lei nº 11.314 de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8630.htm. Acesso em 08 de julho de 2011.

⁵⁴ Brasil. Lei nº 9537, 11 de dezembro de 1997. Dispõe sobre a segurança do tráfego aquaviário em águas sob jurisdição nacional e dá outras providências. Disponível em:

Esta diferenciação no tratamento de entidades fiscalizadas pelo mesmo ente, Autoridade Marítima, importou na necessidade de estruturas diferentes dos serviços. Desta forma, criou-se um modelo aplicável ao serviço de praticagem que agrupa características semelhantes de outros países e, no entanto, guarda particularidades que decorrem do controle exercido pelo Estado.

2. O MODELO ADOTADO NO BRASIL PARA OS SERVIÇOS DE PRATICAGEM

A proposta deste trabalho não é abordar todas as situações que, em tese, levam à caracterização de monopólios / oligopólios nos portos brasileiros.

Adotou-se o caso das praticagens por representar situação onde o há indícios significativos de atividade privada monopolizada por interferência de ente militar⁵⁵.

O modelo monopolista, por si só, não é o problema. A arquitetura na sua concepção e manutenção é que merece atenção e investigação profunda. Entre os modelos utilizados em todo o mundo, o monopolista representa maior segurança desde que administrado de maneira eficiente⁵⁶.

2.1 – A estruturação do serviço de praticagem no Brasil

“O serviço de praticagem é considerado essencial, de interesse público, obrigatório e deve ser fornecido em caráter ininterrupto”⁵⁷. Assim prescreve a Resolução A 160 da “*International Maritime Organization*” (IMO)⁵⁸

Tida como orientação mundial para os serviços, esta resolução foi incorporada no sistema normativo nacional. Observa-se que o *caput* do art. 14 da

⁵⁵ Brasil. Lei nº 9537, 11 de dezembro de 1997. Dispõe sobre a segurança do tráfego aquaviário em águas sob jurisdição nacional e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9537.htm. Artigo 14. Acesso em 8 de julho de 2011. E Marinha do Brasil. Diretoria de Portos e Costas. Disponível em: https://www.dpc.mar.mil.br/normam/N_12/N_12.htm. Acesso em 8 de julho de 2011.

⁵⁶ CEGN. “Análise de estrutura operacional, de custos e recursos de uma associação de praticagem no Brasil e comparação do desempenho e dos modelos com casos internacionais”. Centro de Estudos em Gestão Naval – Escola Politécnica da Universidade de São Paulo, julho 2008. Páginas 17 a 22.

⁵⁷ Resolução A.160 da IMO – Recomendação para treinamento, certificação e procedimentos operacionais para práticos portuários.

⁵⁸ International Maritime Organization. Agência especializada da Nação Unida com responsabilidade sobre a segurança dos navios e a prevenção da poluição marinha causada pelos navios. Informações disponíveis em: <http://www.imo.org/About/Pages/Default.aspx>. Acesso em 02 de agosto de 2011.

Lei 9.537/97⁵⁹ – LESTA – a reproduziu e, no entanto, dispôs que, para atender ao mandamento, seria necessário adentrar as questões comerciais e também estabelecer as lotações de cada área conhecida como Zona de Praticagem (ZP).

“Art. 14. O serviço de praticagem, considerado atividade essencial, deve estar permanentemente disponível nas ZP estabelecidas.

Parágrafo único. Para assegurar o disposto no *caput* deste artigo, a autoridade marítima poderá:

I - estabelecer o número de práticos necessário para cada ZP;

II - fixar o preço do serviço em cada ZP;

III – requisitar o serviço de práticos.”⁶⁰

A mesma Lei criou situação diferenciada quanto à possibilidade de responsabilização pela falha na prestação dos serviços de praticagem. Explicando: os serviços de praticagem são meramente de assessoramento⁶¹ e o Comandante ainda é o responsável por toda a manobra⁶², enquanto que não há previsão similar para os serviços de rebocadores. Sendo assim, em caso de acidente, são responsáveis os Comandantes do navio ou do rebocador, não o práctico.

Apesar de haver previsão na apuração de culpa e responsabilização do práctico⁶³, com frequência as decisões proferidas no Tribunal Marítimo⁶⁴, isentam estes profissionais sob o argumento de se tratar de atividade de mero assessoramento.

“Art. 12. O serviço de praticagem consiste no conjunto de atividades profissionais de assessoria ao Comandante

⁵⁹ Brasil. Lei nº 9537, 11 de dezembro de 1997. Dispõe sobre a segurança do tráfego aquaviário em águas sob jurisdição nacional e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9537.htm. Acesso em 18 de julho de 2011.

⁶⁰ Idem.

⁶¹ Brasil. Lei nº 9537, 11 de dezembro de 1997. Dispõe sobre a segurança do tráfego aquaviário em águas sob jurisdição nacional e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9537.htm. Artigo 12. Acesso em 18 de julho de 2011.

⁶² Brasil. Lei nº 9537, 11 de dezembro de 1997. Dispõe sobre a segurança do tráfego aquaviário em águas sob jurisdição nacional e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9537.htm. Artigo 1º, inciso IV. Acesso em 18 de julho de 2011.

⁶³ Brasil. Lei nº 2.180, 5 de fevereiro de 1954. Dispõe sobre o Tribunal Marítimo. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L2180.htm. Artigo 17, a. Acesso em 18 de julho de 2011.

⁶⁴ Tribunal Marítimo - PROCESSO Nº 24.000/2009. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/diarios/7561988/dju-26-04-2010-pg-20>. Acesso em 18 de julho de 2011.

requeridas por força de peculiaridades locais que dificultem a livre e segura movimentação da embarcação.”⁶⁵

Do próprio dispositivo extrai-se que a assessoria se faz necessária por força de situação na qual somente uma pessoa com conhecimentos do relevo submarino local, maré, meteorologia e demais fatores ambientais poderia conduzir a manobra sem riscos. No entanto, mesmo que esse profissional dê causa a acidentes, não se cogita culpá-lo.

Por último, a lei estabelece que os serviços serão prestados por práticos individualmente habilitados, organizados em associações ou contratados por empresas. A organização das áreas conhecidas como zonas de praticagem, o ingresso na atividade e a manutenção da habilitação submetem-se às normas internas da Autoridade Marítima, conforme §1º do art. 13 da LESTA:

“Art.13. O serviço de praticagem será executado por práticos devidamente habilitados, individualmente, organizados em associações ou contratados por empresas.

§ 1º A inscrição de aquaviários como práticos obedecerá aos requisitos estabelecidos pela autoridade marítima, sendo concedida especificamente para cada zona de praticagem, após a aprovação em exame e estágio de qualificação.”⁶⁶

Em maio de 1998 foi editado o Decreto nº 2.596⁶⁷, conhecido como RLESTA, com o objetivo de regulamentar a Lei nº 9.537/97⁶⁸, que assim dispunha em seu artigo 40:

“Art. 40. O Poder Executivo regulamentará esta Lei no prazo de 180 dias, contado a partir da data de sua publicação.”

⁶⁵ Brasil. Lei nº 9537, 11 de dezembro de 1997. Dispõe sobre a segurança do tráfego aquaviário em águas sob jurisdição nacional e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9537.htm. Acesso em 18 de julho de 2011.

⁶⁶ Idem

⁶⁷ Brasil. Decreto nº 2596, 18 de maio de 1998. Regulamenta a [Lei nº 9.537, de 11 de dezembro de 1997](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9537.htm), que dispõe sobre a segurança do tráfego aquaviário em águas sob jurisdição nacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2596.htm. Acesso em 18 de julho de 2011.

⁶⁸ Brasil. Lei nº 9537, 11 de dezembro de 1997. Dispõe sobre a segurança do tráfego aquaviário em águas sob jurisdição nacional e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9537.htm. Acesso em 18 de julho de 2011.

Surpreendentemente, em vez de adentrar nas questões de segurança, o Regulamento, ao tratar do serviço de praticagem, estabeleceu parâmetros norteadores da questão comercial e tarifária, criando o modelo para fixação dos preços do serviço em cada zona de praticagem.

“
CAPÍTULO III
DO SERVIÇO DE PRATICAGEM

Art. 6º A Aplicação do previsto no inciso II do parágrafo único do art. 14 da Lei nº 9.537, de 11 de dezembro de 1997, observará o seguinte:

I - o serviço de praticagem é constituído de prático, lancha de prático e atalaia;

II - a remuneração do serviço de praticagem abrange o conjunto dos elementos apresentados no inciso I [prático, lancha de prático e atalaia], devendo o preço ser livremente negociado entre as partes interessadas, seja pelo conjunto dos elementos ou para cada elemento separadamente;

III - nos casos excepcionais em que não haja acordo, a autoridade marítima determinará a fixação do preço, garantida a obrigatoriedade da prestação do serviço.”⁶⁹

Uma vez definidos os moldes para fixação de preços e obrigatoriedade de prestação do serviço, coube a Norma da Autoridade Marítima nº 12⁷⁰ estabelecer a forma como seriam atendidos, como se daria o acesso à atividade e a definição das responsabilidades do profissional.

Mantida pela referida norma, a lotação mínima de cada Zona de Praticagem retira das empresas privadas a possibilidade de ajuste de seu efetivo. Cabe a Marinha a determinação de quantas habilitações serão expedidas para uma determinada área e a fixação dos preços praticados em caso de divergências entre contratantes e prestadores⁷¹.

⁶⁹ Idem

⁷⁰ Autoridade Marítima. Normam-12/DPC, Alterada pela Portaria 206 de 2011. Dispõe sobre o Serviço de Praticagem. Disponível em: https://www.dpc.mar.mil.br/normam/tabela_normam.htm. Acesso em 25 de julho de 2011.

⁷¹ Idem

Esta atribuição implica em reajustes de preços dos serviços de praticagem em ocasiões peculiares, como aquela ocorrida no ano de 2010, exemplo no Anexo A, quando foram habilitados praticantes de prático⁷² que concluíram o período de formação.

Trata ainda a Norma de implementar a escala de rodízio único entre os profissionais de todas as empresas de uma zona de praticagem. Novamente a Marinha obrigada a distribuição uniforme dos contratos de serviço. Não há como assegurar a contratação de empresas que se destaquem em uma área, seja por experiência de seus profissionais ou recursos disponibilizados, todas partilham o “*pool*” de contratos disponíveis⁷³.

É de se imaginar, por questão lógica, o resultado prático desta limitação. Assegurando-se aos práticos de uma determinada área um número de manobras, distribui-se os rendimentos de forma equânime. Não há elementos que suportem a teoria de que a segurança nas operações seja o ponto principal. Caso assim o fosse, os navios de maior porte e periculosidade, por exemplo os petroleiros, ficariam a cargo dos práticos mais antigos o que, segundo a norma, pode não acontecer quando são aplicados os parâmetros de rodízio único.

Os fatores aqui explorados sugerem preocupações que não se coadunam com a segurança na movimentação de navios dentro das áreas portuárias. Neste sentido, ainda, não há normas da Autoridade Marítima que regulamentem as atividades de rebocadores portuários que, por óbvio, são determinantes na operação de embarcações nestas áreas.

⁷² Praticante de Prático é todo aquele profissional que é aprovado em exame de seleção para a atividade de praticagem mas terão que passar por estágio preparatório. Autoridade Marítima. Normam-12/DPC, Alterada pela Portaria 206 de 2011. Dispõe sobre o Serviço de Praticagem. Disponível em: https://www.dpc.mar.mil.br/normam/tabela_normam.htm. Acesso em 25 de julho de 2011.

⁷³ Autoridade Marítima. Normam-12/DPC, Alterada pela Portaria 206 de 2011. Dispõe sobre o Serviço de Praticagem. Disponível em: https://www.dpc.mar.mil.br/normam/tabela_normam.htm. Acesso em 25 de julho de 2011.

2.2 – Estudos dos custos dos serviços de praticagem no Brasil

Em decorrência da estruturação dos serviços de praticagem, a política de fixação dos preços se reflete no custo das operações.

Neste sentido, o Centro de Estudos em Gestão Naval comentou: “Como a concorrência na oferta do serviço pode ser prejudicial à segurança, são frequentes casos onde é estabelecido um monopólio, que favorece a adoção de práticas tarifárias não justificadas pela estrutura de custos. Por isso a intervenção governamental é frequente na maioria dos países e uma normatização rigorosa tenta coibir essas práticas. Em sistemas maduros acessados pelo presente estudo, as autoridades de praticagem são responsabilizadas por áreas de atuação e prestam contas à sociedade, justificando custos e tarifas. Reuniões anuais com representação de todos os interessados apresentam orçamento para o ano seguinte, e estabelecem preços conjuntamente. Isso tem garantido preços e remunerações satisfatórias para todos os envolvidos.”⁷⁴

E ainda registrou: “... apesar da estrutura de prestação do serviço ser equivalente a de diversos países, os preços cobrados no Brasil são mais caros do que o da média mundial. As hipóteses assumidas indicam que, com o nível de preços cobrados, uma empresa de capital aberto e com fins lucrativos que oferecesse o serviço de praticagem nas mesmas condições apresentaria um retorno de 260% no capital investido. Empresas consideradas eficientes na prestação do serviço, na opinião dos autores, mostraram retornos da ordem de 37%, suficiente apenas para cobrir os investimentos necessários, o que se traduz em impacto no custo total do transporte bastante inferior ao caso brasileiro.”⁷⁵

É de se observar, então, as possíveis consequências do conjunto normativo que estruturou os serviços de praticagem.

A norma, neste caso a Normam nº 12, pode criar uma distorção tarifária em detrimento da economia nacional.

⁷⁴ CEGN. “Análise de estrutura operacional, de custos e recursos de uma associação de praticagem no Brasil e comparação do desempenho e dos modelos com casos internacionais”. Centro de Estudos em Gestão Naval – Escola Politécnica da Universidade de São Paulo, julho 2008. Página 8.

⁷⁵ Idem.

Como bem colocado pelo Centro de Estudos em Gestão Naval, em Estados Maduros, há reuniões anuais com representantes de todos os envolvidos na prestação dos serviços, ocasião na qual os preços são estabelecidos de comum acordo. Enquanto isso, no Brasil, há a possibilidade da estipulação de valores por comissão composta exclusivamente por militares, exemplo no Anexo B, situação esta autorizada expressamente pelo Decreto nº 2.596/98, artigo 6º, inciso III⁷⁶.

2.3 – Contratos de serviços de praticagem

É considerado um contrato de locação de serviços⁷⁷ iniciado com a solicitação, normalmente por contato e acerto prévio entre as agências dos armadores e as empresas de praticagem ou por meio de sinais em casos especiais⁷⁸.

O preço é estabelecido de acordo com art. 14 da Lei nº 9.537/97 (Lesta)⁷⁹ e sua regulamentação, Decreto nº 2.596/98 (RLesta)⁸⁰, ou seja, de comum acordo ou fixado pela Autoridade Marítima.

Esta negociação em geral tem a participação do Conselho Nacional de Praticagem (CONAPRA), que auxilia seus afiliados no processo que ocorre, via de regra, na Diretoria de Portos e Costas da Marinha (DPC).

⁷⁶ Brasil. Decreto nº 2596, 18 de maio de 1998. Regulamenta a [Lei nº 9.537, de 11 de dezembro de 1997](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9537.htm), que dispõe sobre a segurança do tráfego aquaviário em águas sob jurisdição nacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2596.htm. Acesso em 10 de agosto de 2011.

⁷⁷ OCTAVIANO MARTINS, Eliane Maria. Curso de Direito Marítimo, volume 1. Manole, Barueri - São Paulo, 2005. Página 444.

⁷⁸ É um contrato na forma não escrita, no qual basta a sinalização feita pelo comandante do navio. Pode ser por qualquer das formas previstas no Código Internacional de Sinais – SIS.

⁷⁹ Brasil. Lei nº 9537, 11 de dezembro de 1997. Dispõe sobre a segurança do tráfego aquaviário em águas sob jurisdição nacional e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9537.htm. Acesso em 18 de julho de 2011.

⁸⁰ Decreto nº 2596, 18 de maio de 1998. Regulamenta a [Lei nº 9.537, de 11 de dezembro de 1997](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9537.htm), que dispõe sobre a segurança do tráfego aquaviário em águas sob jurisdição nacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2596.htm. Acesso em 18 de julho de 2011.

2.4 – Diferentes modelos adotados no mundo

“O mercado per si é incapaz de conduzir os provedores de praticagem a uma situação socialmente ideal de oferta e demanda, tendo em vista o interesse público na proteção de bens comuns, como vias aquáticas e o meio ambiente. Assim, em todos os países a responsabilidade sobre a prestação do serviço é assumida Pelo Poder público e sempre há algum grau de regulação governamental.”⁸¹

Isto não implica necessariamente que o próprio Poder Público execute o serviço. Provedores privados atuam na atividade e, em sua maioria, sob a supervisão daquele.

Consta do trabalho intitulado “Análise de estrutura operacional, de custos e recursos de uma associação de praticagem no Brasil e comparação do desempenho e dos modelos com casos internacionais”, do Centro de Estudos em Gestão Naval⁸², que há dois gêneros e três espécies de modelos reconhecidos. Os serviços públicos podem ser prestados pelo Estado ou pela iniciativa privada que o faz por meio de monopólios regulados ou por meio da livre iniciativa.

Segundo o estudo proposto, na maioria dos países, observa-se a existência de monopólios regulados pelo setor público. São previstas e controladas áreas de praticagem obrigatória ou facultativa, disponibilidade de serviço e forma de sua prestação. O Canadá é apontado como um dos poucos países que fogem a esta regra, pois oferece a praticagem pública em determinadas localidades.

Afirma, ainda, que poucos casos no mundo se enquadram na categoria de mercado aberto à livre iniciativa. Onde isso acontece, o mercado se autorregula nas questões operacionais e de preços mediante a livre concorrência. Cabe ao Estado regular matéria de segurança dos navios, dos tripulantes e do meio ambiente, de sorte a evitar a concorrência predatória.

⁸¹ CEGN. “Análise de estrutura operacional, de custos e recursos de uma associação de praticagem no Brasil e comparação do desempenho e dos modelos com casos internacionais”. Centro de Estudos em Gestão Naval – Escola Politécnica da Universidade de São Paulo, julho 2008. Página 9.

⁸² CEGN. “Análise de estrutura operacional, de custos e recursos de uma associação de praticagem no Brasil e comparação do desempenho e dos modelos com casos internacionais”. Centro de Estudos em Gestão Naval – Escola Politécnica da Universidade de São Paulo, julho 2008.

E conclui afirmando que o serviço público prestado pelo setor privado é o sistema adotado na maioria dos países, o que propicia a realização de serviços com maior eficiência e flexibilidade em termos de regime de trabalho.

Sendo assim, temos que a decisão entre um monopólio e a abertura à livre iniciativa depende essencialmente de questões econômicas. No entanto, quando se opta pelo primeiro, há que se trabalhar um sistema eficiente de regras que coíba práticas abusivas: tarifas, indisponibilidade de serviços ou monopólios regionais.

Importante salientar a afirmação contida na análise realizada pelo Centro de Estudos em Gestão Naval⁸³ no sentido de que, nos mercados abertos à livre iniciativa, não são impostos limites ao número e aos tipos de práticas e associações, ao número de horas trabalhadas, além de não se adotar o rodízio único. Os preços são livremente negociados e o estabelecimento das regras de segurança fica a cargo da autoridade. Dessa forma, os investimentos dependem integralmente da iniciativa privada.

Observa-se, assim, a importância de uma entidade estatal que coordene e participe das questões ligadas à praticagem de forma isenta.

Esta necessidade é corroborada na análise da evolução da ordem econômica nacional, quando a atividade econômica sai do abrigo da Constituição e, desta mesma forma, o Estado delinea as possibilidades de estipulação de monopólios nos setores produtivos e de serviços.

⁸³ CEGN. “Análise de estrutura operacional, de custos e recursos de uma associação de praticagem no Brasil e comparação do desempenho e dos modelos com casos internacionais”. Centro de Estudos em Gestão Naval – Escola Politécnica da Universidade de São Paulo, julho 2008. Página 24.

3. A EVOLUÇÃO DA ORDEM ECONÔMICA E OS IMPACTOS NO SETOR MARÍTIMO-PORTUÁRIO

A Constituição Federal de 1988, em seu Título VII, capítulo I, disciplinou, no art. 170, a ordem econômica no Brasil e, desta forma, dispôs:

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

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

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

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

~~IX - tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte.~~

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

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.”⁸⁴

Infere-se do caput do artigo 170 que a ordem econômica brasileira é calcada em dois fundamentos básicos, a saber, a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa. De sua parte final, extrai-se o objetivo: a garantir de existência digna a todos os indivíduos, conforme os ditames da justiça social. Desta forma, os

⁸⁴ Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (art. 170). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 05 de agosto de 2011.

princípios elencados norteiam à ordem econômica que, por sua vez, fica adstrita a função social, princípio basilar.

Consequentemente, a partir do texto, temos que o Estado está legitimado para intervir na área econômica somente para a defesa dos princípios ali postos e, neste sentido, resolver conflitos inerentes à própria ordem econômica.

Em outras palavras, a ordem econômica consiste no conjunto de disposições constitucionais que definem os objetivos de um modelo para a economia e as modalidades de intervenção do Estado nesta órbita.

Afirma Eduardo Vizeu Figueiredo⁸⁵ que mesmo sendo um país liberal, o Brasil exerce controle sobre a atividade econômica, atuando em caso de excessos, o que institui seu papel regulatório. Desta forma, com o princípio da função social em primeiro plano, o Estado está legitimado a interferir, direta ou indiretamente, na ordem econômica em situações onde a segurança do Estado ou os interesses coletivos sejam importantes.

“Por atividade econômica entende-se todo o empreendimento envidado no sentido de se produzir, circular ou consumir bens, a fim de atender as necessidades coletivas e individuais da sociedade.”⁸⁶

Com base nessas premissas busca-se traçar, neste capítulo, as bases que autorizaram a interferência do Estado Brasileiro na atividade econômica representada pelos serviços de praticagem.

Para tanto, proceder-se-á a uma contextualização histórica, partindo da primeira constituição onde houve a positivação da ordem econômica em capítulo exclusivo, e, em seguida, a uma análise dos princípios envolvidos.

⁸⁵ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. A QUESTÃO DO MONOPÓLIO NA CONSTITUIÇÃO da república federativa do Brasil e o setor postal. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 17, fevereiro/março/abril, 2009. Páginas 4 e 5.

⁸⁶ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. A QUESTÃO DO MONOPÓLIO NA CONSTITUIÇÃO da república federativa do Brasil e o setor postal. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 17, fevereiro/março/abril, 2009. Página 9.

3.1 – A ordem econômica e a Constituição de 1934

Nesta Carta, influenciada pela Constituição alemã de 1919, foi inserido, pela primeira vez, um capítulo exclusivo para a ordem econômica brasileira vinculada justiça social e dignidade da pessoa humana⁸⁷. Para tanto, o artigo 115 da Carta Constitucional previu:

“Art 115 - A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica.”⁸⁸

Segundo Leonardo Vizeu Figueiredo⁸⁹, é clara a intensão da adoção de uma postura de Estado intervencionista-social, frente a um o contexto internacional de depressão econômica e expansão de políticas intervencionistas como o nazismo, fascismo e comunismo. Mesmo assim, garantia a livre associação e a liberdade de iniciativa como princípios econômicos.

Em questão ao monopólio, a Constituição de 1934, previu, em seu artigo 116, a possibilidade de intervenção do Estado em atividades de interesse do Estado:

“Art. 116 - Por motivo de interesse público e autorizada em lei especial, a União **poderá monopolizar** determinada indústria ou atividade econômica, asseguradas as indenizações, devidas, conforme o art. 112, nº 17, e ressalvados os serviços municipalizados ou de competência dos Poderes locais.”⁹⁰

⁸⁷ TAVARES, André Ramos. Direito Constitucional Econômico. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2006. Página 197.

⁸⁸ Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil de 1934, 16 de julho de 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm. Acesso em 02 de agosto de 2011.

⁸⁹ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. A QUESTÃO DO MONOPÓLIO NA CONSTITUIÇÃO da república federativa do Brasil e o setor postal. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 17, fevereiro/março/abril, 2009. Página 4.

⁹⁰ Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil de 1934, 16 de julho de 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm. Acesso em 02 de agosto de 2011.

No que diz respeito à praticagem, o art. 132, ainda no capítulo da ordem econômica, reserva a atividade a brasileiros natos na razão de dois terços dos profissionais.

“Art. 132 - Os proprietários, armadores e comandantes de navios nacionais, bem como os tripulantes na proporção de dois terços pelo menos, devem ser brasileiros natos, reservando-se também a estes a praticagem das barras, portos, rios e lagos.”⁹¹

Podemos inferir que, quanto à atividade de praticagem em si, o legislador não houve por bem monopolizar, uma vez que destinou seu exercício a brasileiros natos. Percebe-se, então, que, apesar do Estado intervencionista-social, a praticagem foi tida como atividade aberta a diferentes empresas e profissionais.

3.2 – A ordem econômica e a Constituição de 1937

A Constituição de 1937⁹², com seu caráter nacionalista e forte concentração de poderes nas mãos do Executivo⁹³, estabelece a política intervencionista em seu artigo 135, capítulo “DA ORDEM ECONÔMICA”.

“Art. 135 - Na iniciativa individual, no poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo, exercido nos limites do bem público, funda-se a riqueza e a prosperidade nacional. **A intervenção do Estado no domínio econômico só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção,** de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, representados pelo Estado. A intervenção no domínio

⁹¹ Idem.

⁹² Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil de 1937, 10 de novembro de 1937. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao37.htm. Acesso em 02 de agosto de 2011.

⁹³ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. A QUESTÃO DO MONOPÓLIO NA CONSTITUIÇÃO da república federativa do Brasil e o setor postal. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 17, fevereiro/março/abril, 2009. Página 4.

econômico poderá ser mediata e imediata, revestindo a forma do controle, do estímulo ou da gestão direta.”⁹⁴

Percebe-se pelo texto que o Estado passa a ser o foco dentro da própria ótica corporativista.

O artigo sugere esta compreensão quando fundamenta o poder de criação, de organização e de invenção no bem público, na riqueza e na prosperidade nacional.

O Estado teria, então, a prerrogativa de intervenção com o fim de evitar ou resolver conflitos, e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da nação⁹⁵.

Finaliza a redação do artigo dispondo que: “a intervenção no domínio econômico poderia ser mediata ou imediata, revestida na forma de controle ou até mesmo de gestão direta.”⁹⁶

Em relação aos trabalhos portuários e marítimos, manteve a reserva de mercado de 2/3 da mão de obra empregada no setor e, de acordo com seu artigo 149, guardou a praticagem para brasileiros natos, a exemplo do que havia positivado a Constituição Federal de 1934.

“Art. 149 - Os proprietários armadores e comandantes de navios nacionais, bem com os tripulantes, na proporção de dois terços devem ser brasileiros natos, reservando-se também a estes a praticagem das barras, portos, rios e lagos.”⁹⁷

⁹⁴ Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil de 1937, 10 de novembro de 1937. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao37.htm. Acesso em 02 de agosto de 2011.

⁹⁵ Idem

⁹⁶ Ibidem.

⁹⁷ Ibidem.

Apesar da política intervencionista caracterizada no artigo 135, manteve a proporção e a abertura da atividade aos diferentes profissionais e empresas.

Fica claro, então, que o legislador não se preocupou com a monopolização da atividade, mas sim, com sua reserva, em maior proporção, aos brasileiros.

Desta forma, infere-se que o Estado não se ocupou de tomar a atividade para si, mesmo dentro de um contexto nacionalista e de forte concentração de poderes, o que induz ao raciocínio de que não se identifica relevância relacionada aos interesses da nação de forma a justificar a intervenção estatal.

3.3 – A ordem econômica e a Constituição de 1946

A Constituição de 1946⁹⁸ promoveu inúmeras alterações em relação a sua antecessora e, apesar de manter o caráter intervencionista, buscou um equilíbrio entre as iniciativas individuais e a participação estatal, subordinando os interesses individuais aos coletivos⁹⁹.

Em seu artigo 146, define a intervenção na esfera econômica, inclusive com a possibilidade da formação do monopólio. Vejamos:

“Art. 146 - A União poderá, mediante lei especial, **intervir no domínio econômico e monopolizar determinada indústria ou atividade**. A intervenção terá por base o interesse público e por limite os direitos fundamentais assegurados nesta Constituição.”¹⁰⁰

⁹⁸ Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil de 1946, 18 de setembro de 1946. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm. Acesso em 03 de agosto de 2011.

⁹⁹ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. A QUESTÃO DO MONOPÓLIO NA CONSTITUIÇÃO da república federativa do Brasil e o setor postal. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 17, fevereiro/março/abril, 2009. Página 4.

¹⁰⁰ Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil de 1946, 18 de setembro de 1946. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm. Acesso em 03 de agosto de 2011.

Interessante observar que, naquele momento, a praticagem deixou de ter a reserva, proteção, da Constituição e passou a ser regulada infraconstitucionalmente, informação que é deduzida pela supressão da atividade no texto constitucional.

O Estado entendeu por bem oferecer abrigo à navegação de cabotagem, às tripulações de navios, aos proprietários e aos armadores somente. Os serviços correlatos à atividade passaram ao âmbito dos contratos. Para tanto, estabelece no artigo 155 da Constituição Da República de 1946 que:

“Art. 155 - A navegação de cabotagem para o transporte de mercadorias é privativa dos navios nacionais, salvo caso de necessidade pública”.

Parágrafo único - Os proprietários, armadores e comandantes de navios nacionais, bem como dois terços, pelo menos, dos seus tripulantes, devem ser brasileiros (art. 129, nº s I e II).”¹⁰¹

Ao retirar a praticagem do texto constitucional, do capítulo da ordem econômica, o legislador, por certo, não reconhecia na atividade bem de importância suficiente para ter abrigo na Carta. Este fato, associado à redação do artigo 155, leva a conclusão de que O Estado reconheceu somente a atividade de navegação de cabotagem como de interesse da federação, afastando, ainda mais, os serviços de praticagem da sua tutela.

Novamente, não há elementos que apontem para a existência de questões de interesse público que, de acordo com o art. 146, justificasse a monopolização da atividade. Ao contrário, retirando-se as restrições legais existentes nos textos anteriores, abriu-se a possibilidade de que mais de dois terços dos profissionais não fossem sequer brasileiros.

3.4 – A ordem econômica e a Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional de 1969

Na Constituição de 1967¹⁰², onde se percebe uma falta de definição entre um franco intervencionismo e o neoliberalismo¹⁰³, foram consagrados os

¹⁰¹ Ibidem.

princípios da ordem econômica e da justiça social, de modo a permitir ao Estado o direito à intervenção, inclusive monopolista, a fim de assegurar a competição e a livre iniciativa.

Assim, em seu artigo 157, ficaram consagrados os princípios orientadores da ordem econômica e da solidariedade social:

“Art. 157 - A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios:

I - liberdade de iniciativa;

II - valorização do trabalho como condição da dignidade humana;

III - função social da propriedade;

IV - harmonia e solidariedade entre os fatores de produção;

V - desenvolvimento econômico;

VI - repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros.

[...]”¹⁰⁴

Dentre os princípios, o de repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros traz a luz uma característica interessante que, já naquela época, desautorizaria a manutenção de qualquer monopólio ou oligopólio que viesse a feri-lo.

A emenda constitucional de 1969, segundo Leonardo Vizeu Figueiredo, “manteve o direito de intervenção estatal no domínio econômico,

¹⁰² Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm. Acesso em 03 de agosto de 2011.

¹⁰³ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. A QUESTÃO DO MONOPÓLIO NA CONSTITUIÇÃO da república federativa do Brasil e o setor postal. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 17, fevereiro/março/abril, 2009. Página 4.

¹⁰⁴ Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm. Acesso em 03 de agosto de 2011.

inclusive com o monopólio de atividade ou indústria, quando indispensável à segurança nacional.”¹⁰⁵

Para tanto dispôs a Lei:

“Art. 163. São facultados a intervenção no domínio econômico e o monopólio de determinada indústria ou atividade, mediante lei federal, quando indispensável por motivo de segurança nacional ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e de liberdade de iniciativa, assegurados os direitos e garantias individuais.”¹⁰⁶

Observa-se, então a persistência do caráter intervencionista do Estado e nasce, assim, a motivação relacionada à segurança nacional como autorizadora de intervenção no domínio econômico. Fator este que, como veremos adiante, justifica, atualmente, o controle militar sobre a praticagem, refletivo na Lei nº 9.537/97 (Lesta)¹⁰⁷, Decreto nº 2.596/98 (RLesta)¹⁰⁸ e Normam 12¹⁰⁹.

Salienta-se que, tal como na Constituição de 1946, o Estado manteve sua opção de proteger somente a navegação de cabotagem, as tripulações de navios, os proprietários e os armadores.

“Art. 165 - A navegação de cabotagem para o transporte de mercadorias é privativa dos navios nacionais, salvo caso de necessidade pública.

¹⁰⁵ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. A QUESTÃO DO MONOPÓLIO NA CONSTITUIÇÃO da república federativa do Brasil e o setor postal. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 17, fevereiro/março/abril, 2009. Página 5.

¹⁰⁶ Brasil. Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm. Acesso em 03 de agosto de 2011

¹⁰⁷ Brasil. Lei nº 9537, 11 de dezembro de 1997. Dispõe sobre a segurança do tráfego aquaviário em águas sob jurisdição nacional e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9537.htm. Acesso em 18 de julho de 2011.

¹⁰⁸ Brasil. Decreto nº 2596, 18 de maio de 1998. Regulamenta a [Lei nº 9.537, de 11 de dezembro de 1997](#), que dispõe sobre a segurança do tráfego aquaviário em águas sob jurisdição nacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2596.htm. Acesso em 18 de julho de 2011.

¹⁰⁹ Autoridade Marítima. Normam-12/DPC, Alterada pela Portaria 206 de 2011. Dispõe sobre o Serviço de Praticagem. Disponível em: https://www.dpc.mar.mil.br/normam/tabela_normam.htm. Acesso em 25 de julho de 2011.

Parágrafo único - Os proprietários, armadores e comandantes de navios nacionais, assim como dois terços, pelo menos, dos seus tripulantes, devem ser brasileiros natos.”¹¹⁰

A inclusão da possibilidade de intervenção monopolista vinculada à questão de segurança nacional e, simultaneamente, a exclusão da praticagem das atividades econômicas protegidas ou restringidas pela Carta, sugere que o Estado, mais uma vez, tenha optado por manter a atividade aberta a diferentes empresas e profissionais de nacionalidades diversas.

3.5 – A ordem econômica e a Constituição de 1988

A ordem econômica na Constituição da República de 1988¹¹¹ consolida a tendência em abandonar o direito de caráter eminentemente individualista para que, observando princípio de respeito à dignidade humana, amparar-se a defesa do social e do coletivo¹¹².

Nessa linha, previu, como regra, a intervenção indireta do Estado e, em casos excepcionais, a direta.

3.6 – A intervenção direta do Estado brasileiro na ordem econômica

A Constituição de 1988 resguardou ao poder público a exploração direta das atividades que representassem imperativos à segurança nacional e de interesse coletivo relevante, art. 173.

“Art.173 Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só

¹¹⁰ Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm. Acesso em 03 de agosto de 2011.

¹¹¹ Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 05 de agosto de 2011.

¹¹² FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. A QUESTÃO DO MONOPÓLIO NA CONSTITUIÇÃO da república federativa do Brasil e o setor postal. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 17, fevereiro/março/abril, 2009. Página 5.

será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade;

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;

III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;

IV - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários;

V - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores.

§ 2º - As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

§ 3º - A lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade.

§ 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.

§ 5º - A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.”¹¹³

E estabeleceu o monopólio da União de acordo com o artigo 177.

“Art. 177. Constituem monopólio da União:

I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos;

II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;

III - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores;

IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem;

¹¹³ Idem.

V - a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, com exceção dos radioisótopos cuja produção, comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob regime de permissão, conforme as alíneas b e c do inciso XXIII do caput do art. 21 desta Constituição Federal.

§ 1º A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo observadas as condições estabelecidas em lei.

§ 2º A lei a que se refere o § 1º disporá sobre:

I - a garantia do fornecimento dos derivados de petróleo em todo o território nacional

II - as condições de contratação;

III - a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União;

§ 3º A lei disporá sobre o transporte e a utilização de materiais radioativos no território nacional.

§ 4º A lei que instituir contribuição de intervenção no domínio econômico relativa às atividades de importação ou comercialização de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool combustível deverá atender aos seguintes requisitos:

I - a alíquota da contribuição poderá ser:

a) diferenciada por produto ou uso;

b) reduzida e restabelecida por ato do Poder Executivo, não se lhe aplicando o disposto no art. 150, III, b;

II - os recursos arrecadados serão destinados:

a) ao pagamento de subsídios a preços ou transporte de álcool combustível, gás natural e seus derivados e derivados de petróleo;

b) ao financiamento de projetos ambientais relacionados com a indústria do petróleo e do gás;

c) ao financiamento de programas de infraestrutura de transportes.¹¹⁴

Vedada ao Estado brasileiro a exploração direta da atividade econômica, deu-se o abandono gradual do modelo intervencionista adotado desde 1934. Agora a função reguladora e normativa se destaca, havendo possibilidade de intervenção indireta¹¹⁵.

¹¹⁴ Ibidem.

¹¹⁵ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. A QUESTÃO DO MONOPÓLIO NA CONSTITUIÇÃO da república federativa do Brasil e o setor postal. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 17, fevereiro/março/abril, 2009. Página 6.

Os casos excepcionados estão relacionados no artigo 173 da Constituição de 1988.

De acordo com norma, o Poder Público poderá intervir na economia somente em caráter excepcional e subsidiário, o que só se justificará quando não houver interesse particular ou, quando for necessário resguardar os interesses do próprio Estado ou da sociedade a qual representa.

3.7 – A indeterminação dos pressupostos constitucionais que autorizam o monopólio estatal.

De acordo com o artigo 173 da Constituição, somente nos casos imperativos de segurança nacional e de relevante interesse coletivo, o Estado poderá explorar diretamente a atividade econômica. Diante dessas expressões, inevitável a pergunta: o que exatamente o legislador buscou resguardar?

A busca de argumentos não retorna de forma clara a um rol de atributos. Trata-se então de formulações jurídicas indeterminadas. Sendo assim, não é possível a aplicação imediata e eficaz dos preceitos estabelecidos.

Essa indeterminação, intencional ou não, deixa à disposição do Estado uma flexibilidade a ser trabalhada por sua discricionariedade, de acordo com os critérios de conveniência e oportunidade, que podem, inclusive, ser distorcidos ao alvitre de interesses oblíquos.

Para Lourival Vilanova¹¹⁶, a vaguidade semântica encontrada em uma determinada norma não significa imperfeição linguística, mas uma característica que permite uma valoração que a mantenha atualizada. Para tanto, assim ensina:

“O conceito jurídico indeterminado é a vaguidade semântica existente em certa norma com a finalidade de que ela, a norma, permaneça, ao ser aplicada, sempre atual e correspondente aos anseios da sociedade nos vários momentos históricos em que a lei é interpretada e aplicada. A vaguidade de um conceito, portanto, não é imperfeição linguística, mas sim uma

¹¹⁶ VILANOVA, Lourival. *Causalidade e Relação no Direito*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2000, Página 178.

característica bastante pertinente em certas situações que fazem com que busque o intérprete maior perfeição na valoração significante–significado, o que gera certa atualização da norma.”

Para Eros Roberto Grau¹¹⁷, há inúmeros casos nos quais a discricionariedade não observa o fim maior da Administração Pública – o bem comum social – o que a coloca a margem da ilegalidade.

Na busca pelas raízes da vinculação do monopólio da praticagem à Marinha, temos, neste ponto, a sua concretização.

Sob a justificativa de que se trata da segurança nacional, a Autoridade Marítima avocou para si toda e qualquer decisão que envolva a atividade e, de forma diversa, outros serviços tão relevantes quanto à praticagem e, em certos casos, críticos nas evoluções portuárias como, por exemplo, as manobras com rebocadores, não foram abarcados.

Em razão disso, o serviço de reboque, do qual depende o de praticagem, ficou destinado à exploração particular sem, no entanto, contar com o abrigo de norma específica para definição de escalas de serviço, lotação e tarifário. Ora, se o problema está no perigo da evolução de uma manobra portuária que, por sua vez, não prescinde dos serviços de reboque, deve-se perguntar: o que difere ambos de forma a justificar o tratamento tão díspare? Por que ao comandante de rebocador pode ser imputada culpa de acidente que, porventura ocorra, e ao prático, dificilmente?

Não é conclusivo, neste caso, quando a vaguidade da norma constitucional foi tomada no sentido de mantê-la atualizada ou, por outro lado, como colocado por Eros Roberto Grau¹¹⁸, com o objetivo real de exercício ilegal da discricionariedade.

De qualquer sorte, uma compreensão melhor do que venha a ser monopólio pode fornecer indícios da opção feita.

¹¹⁷ GRAU, Eros Roberto. *Direito, Conceitos e Normas Jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

¹¹⁸ *Idem*.

4. O MONOPÓLIO / OLIGOPÓLIO: CONCEITUAÇÃO

Temos, até este ponto, a possibilidade da existência de monopólios de acordo com a Constituição. Resta entendimento das suas variações.

Segundo Leonardo Vizeu Figueiredo, “O conceito de monopólio é de caráter eminentemente econômico, traduzindo-se no poder de atuar em um mercado como único agente econômico, isto é, significa uma estrutura de mercado em que uns (Monopólio) ou alguns produtores (Oligopólio) exercem o controle de preços e suprimentos, não sendo possível, por força de imposição de obstáculos naturais ou artificiais, a entrada de novos concorrentes.”¹¹⁹.

Segundo Gregory Mankin in Ademar Ferreira Maciel: Estudos de Direito Constitucional: “existem três tipos de barreiras à entrada: a) quando os custos de produção tornam um único produtor mais eficiente que um grande número de produtores, b) quando um recurso-chave é exclusivo de uma única empresa e c) quando o governo concede a uma única empresa o direito exclusivo de produzir um determinado bem ou serviço.”¹²⁰

A partir dos entendimentos, nota-se a viabilidade de existência de monopólios ou oligopólios criados em razão de barreiras artificiais que, no estudo proposto, podem estar representadas pela arquitetura jurídica na concepção das empresas de praticagem.

4.1 – Monopólio.

“A atual Carta Política, por considerar principiologicamente a liberdade de iniciativa, veda, expressamente, ao Estado, por razões lógicas, a assunção exclusiva de qualquer atividade econômica. Em outras palavras, seja por via executiva, legislativa ou judiciária, é defeso ao Estado afastar a iniciativa dos particulares de

¹¹⁹ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. A QUESTÃO DO MONOPÓLIO NA CONSTITUIÇÃO da república federativa do Brasil e o setor postal. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 17, fevereiro/março/abril, 2009. Página 11.

¹²⁰ MACIEL, Ademar Ferreira, et al. Estudos de Direito Constitucional: homenagem ao Prof. Ricardo Arnaldo Malheiros Fiu. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. Página 235.

qualquer atividade econômica, salvo nos casos excepcionados no próprio texto constitucional.”¹²¹

E assevera: “a Constituição veda, por razões igualmente principiológicas, que o Estado Crie monopólio para terceiros, uma vez que nossa ordem econômica se funda na defesa da concorrência, como corolário para se garantir a livre iniciativa.”¹²²

Tem-se então, segundo o autor, vedação legal para criação de monopólios para terceiros sem ressaltar hipótese alguma.

Observando-se a excepcionalidade legal, questões de segurança nacional, remete-se para a vaguidade da expressão e sua intenção real. Novamente, é possível afirmar que a exclusão de outras atividades que se revestem de características semelhantes, e não são tratadas da mesma forma, por exemplo, as empresas de serviços de rebocadores portuários, indica a possível existência de empresas que gozem de benefícios diferenciados sem motivação suficiente para isto.

4.2 – Monopólio natural.

Este tipo de monopólio, segundo Leonardo Vizeu Figueiredo¹²³, não é defeso pela Constituição. Por se tratar de modalidade que não resulta de práticas abusivas, é permitido ao legislador infraconstitucional.

Conforme entendimento de Calixto Salomão Filho, “os monopólios naturais são aquela situação criada naturalmente e não em função da ação dos agentes econômicos direcionados à sua constituição”¹²⁴.

A regulação econômica consiste em “um conjunto de regras que limitam a liberdade de ação ou de escolha das empresas, dos profissionais liberais

¹²¹ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. Lições de Direito Econômico. Rio de Janeiro: Forense, 2006. Página 168.

¹²² Idem

¹²³ Ibidem

¹²⁴ SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial: as estruturas. 2. ed. São Paulo: Ed Malheiros, 2002, Página 201.

e/ou dos consumidores, e cuja aplicação é sustentada pelo poder de coerção que a sociedade concede ao Estado¹²⁵, ou seja, relaciona-se à política de intervenção estatal e não ao detalhamento das regras em si.

Sendo assim, conclui-se que esse tipo de monopólio não é defeso na Constituição. É permitido pelo legislador infraconstitucional e não deve resultar em práticas abusivas, conforme art. 20, inc. II e III, da Lei de Proteção à Concorrência, Lei nº 8.884/ 1994¹²⁶, que assim dispõe:

4.3 – Monopólio convencional.

“Decorre de práticas abusivas de agentes econômicos, bem como de acordos e contratos estabelecidos por dois ou mais agentes, com o objetivo de eliminar os demais concorrentes, colocando a atividade sob exploração exclusiva de um agente, monopólio, ou de poucos agentes pré-determinados, oligopólio.”¹²⁷

Comenta Leonardo Vizeu Figueiredo¹²⁸ que esse tipo é característico das situações de infração à ordem econômica e, portanto, considerado abusivo pelo Poder Público.

4.4 – Monopólio legal.

Depreende-se do termo que o Estado, por meio de atos normativos, reserva parcela da atividade econômica para si ou para terceiros.

“Observa-se que, em relação aos regimes constitucionais anteriores, agora não há mais a possibilidade do legislador infraconstitucional promover a intervenção estatal [...]”¹²⁹

¹²⁵ MANKIN, N. Gregory. Introdução à economia. Rio de Janeiro: Campus, 1999, Pag. 254.

¹²⁶ Brasil. Lei nº 8884, 11 de julho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8884.htm . Acesso em 04 de abril de 2011.

¹²⁷ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. A QUESTÃO DO MONOPÓLIO NA CONSTITUIÇÃO da república federativa do Brasil e o setor postal. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 17, fevereiro/março/abril, 2009. Pag 12.

¹²⁸ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. Lições de Direito Econômico. Rio de Janeiro: Forense, 2006. Páginas 168 e 169.

A questão remete-nos novamente ao princípio da liberdade de iniciativa.

Desta forma, como dito anteriormente, tem-se que a Constituição da República veda ao Estado, salvo exceções expressas, a tomada de atividades econômicas por qualquer uma das três vias públicas: executiva, legislativa ou judiciária.

4.5 – Oligopólio.

“Os oligopólios e os cartéis são formados por um número limitado de empresas que controlam a produção e/ou distribuição de um bem ou a prestação de um serviço [...]”¹³⁰.

Em situações de oligopólio, segundo Eduardo Andrade¹³¹, existem restrições de ordem legais e econômicas. Como não se trata de monopólio, mas existe um número limitado de empresas, a concorrência é prejudicada por razões diversas. Uma possível causa seria o custo elevado para entrada neste mercado.

“Quando as empresas que compõem um oligopólio não atuam de forma cooperativa – ou seja, não formam um cartel -, geralmente disputam clientes diferenciando o produto ou o preço de oferta. Quando a diferenciação de produto e preço diminui, surge o alerta de possível formação de cartel.”¹³²

Este é o caso, segundo o autor em referência, das companhias aéreas. No entanto, observando-se o que de fato acontece nos contratos dos serviços de praticagem, intuí-se que, uma vez que os preços são, por vezes, arbitrados pela própria Marinha de Guerra, há uma uniformidade relativa nos parâmetros de fixação.

Segundo Aurélio Wander bastos: “estas práticas são adotadas por empresas monopolistas ou oligopolistas no sentido de ampliar suas vantagens no

¹²⁹ Idem.

¹³⁰ ANDRADE, Eduardo. Microeconomia. São Paulo: Publifolha, 2003. Página 53.

¹³¹ Idem

¹³² ANDRADE, Eduardo. Microeconomia. São Paulo: Publifolha, 2003. Página 54.

mercado e podem levar ao aumento de preços, baixa qualidade dos produtos, desabastecimento e outras “deformações do mercado [...]”¹³³

E, conclui o autor: “A atuação do Estado no campo da regulamentação e normatização carece de instrumentos adequados não só para implementação de políticas públicas voltadas para a competitividade, mas também para utiliza-se do instrumental disponível para tal. Na verdade, o aparato legislativo existente é enorme, porém as grandes empresas oligopolistas e monopolistas dispõem de maior capacidade de reagir, e contornar, sentenças judiciais relacionadas com o abuso do poder econômico.”¹³⁴

Tem-se, então, que é possível um controle sobre as estrutura oligopolistas. Para isso, é necessário que o Estado utilize-se dos instrumentos disponíveis e esteja preparado para reagir aos movimentos contrários aos interesses que representa.

4.6 – Conclusão sobre monopólio na Constituição da República.

Depreende-se do estudo que, ao legislador infraconstitucional, é vedado promover intervenção estatal em qualquer atividade econômica, salvo nos casos expressos no texto constitucional.

Isso se deve à inexistência, a exemplo das cartas anteriores, de abertura normativa para monopolizar qualquer atividade por meio de ato infraconstitucional.

Exemplos da permissividade promovida por Estado intervencionista são o art. 157, §8º, da Constituição de 1967¹³⁵ e o art. 163 da Emenda Constitucional nº 1 de 1969¹³⁶, em pleno regime de exceção:

¹³³ BASTOS, Aurélio Wander. Estudos Introdutórios de Direito Econômico. Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica Ltda, 1996. Página 37.

¹³⁴ BASTOS, Aurélio Wander. Estudos Introdutórios de Direito Econômico. Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica Ltda, 1996. Página 41.

¹³⁵ Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm. Acesso em 08 de abril de 2011.

Constituição de 1967

“Art. 157 - A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios:

...

§ 8º - **São facultados a intervenção no domínio econômico** e o monopólio de determinada indústria ou atividade, **mediante lei da União**, quando indispensável por motivos de segurança nacional, ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficiência no regime de competição e de liberdade de iniciativa, assegurados os direitos e garantias individuais.”¹³⁷

Emenda Constitucional nº 1 de 1969

“Art. 163. **São facultados a intervenção no domínio econômico e o monopólio de determinada indústria ou atividade, mediante lei federal, quando indispensável por motivo de segurança nacional** ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e de liberdade de iniciativa, assegurados os direitos e garantias individuais.

Parágrafo único. Para atender a intervenção de que trata este artigo, a União poderá instituir contribuições destinadas ao custeio dos respectivos serviços e encargos, na forma que a lei estabelecer.”¹³⁸

Vale destacar o preâmbulo da Emenda Constitucional de 1969:

“OS MINISTROS DA MARINHA DE GUERRA, DO EXÉRCITO E DA AERONÁUTICA MILITAR, usando das atribuições que lhes confere o artigo 3º do Ato Institucional nº 16, de 14 de outubro de 1969, combinado com o § 1º do artigo 2º do Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968, e

CONSIDERANDO que, nos termos do Ato Complementar nº 38, de 13 de dezembro de 1968, foi decretado, a partir dessa data, o recesso do Congresso Nacional;

CONSIDERANDO que, decretado o recesso parlamentar, o Poder Executivo Federal fica autorizado a legislar sobre tôdas

¹³⁶ Brasil. Emenda Constitucional nº 1 de 17 de outubro de 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm. Acesso em 08 de abril de 2011.

¹³⁷ Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm. Acesso em 08 de abril de 2011.

¹³⁸ Brasil. Emenda Constitucional nº 1 de 17 de outubro de 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm. Acesso em 08 de abril de 2011.

as matérias, conforme o disposto no § 1º do artigo 2º do Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968;

CONSIDERANDO que a elaboração de emendas a Constituição, compreendida no processo legislativo (artigo 49, I), está na atribuição do Poder Executivo Federal; [...]"¹³⁹

“Atualmente, a Carta Política de outubro de 1988 limitou taxativamente as hipóteses de intervenção econômica do Estado por absorção, tendo sido flexibilizado por força da Emenda Constitucional nº 09/95, uma vez que permitiu a contratação, por parte da União, de empresas estatais ou privadas, para as atividades relacionadas ao abastecimento de petróleo.”¹⁴⁰

Segue Leonardo Vizeu Figueiredo¹⁴¹: a Emenda Constitucional nº 49/06 flexibilizou o monopólio de minérios e minerais nucleares para retirar a exclusividade da União sobre a produção, a comercialização e a utilização de radioisótopos de meia-vida curta, para usos medicinais, agrícolas e industriais, delegando-a ao particular sob regime de permissão.

E conclui: “de acordo com o texto constitucional vigente, o monopólio da União incide, basicamente, sobre três produtos naturais, a saber: petróleo (flexibilizado via emenda constitucional), gás natural e minério (mineral com valor economicamente agregado) ou minerais nucleares.”¹⁴²

Diante do exposto, conclui-se que o monopólio não excepcionado na Constituição de 1988 será possível apenas por meio de Emenda Constitucional.

Trazendo o caso da praticagem a análise e promovendo o confronto com a solução aplicada a serviços similares, com grau de risco e periculosidade idênticos, é possível concluir que o monopólio regulado não se justifica no assentamento de “questão de segurança nacional”.

¹³⁹ Idem.

¹⁴⁰ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. Lições de Direito Econômico. Rio de Janeiro: Forense, 2006. Página 169.

¹⁴¹ Idem.

¹⁴² Ibidem.

CONCLUSÃO

Como todos os países que buscam competitividade no mercado internacional, o Brasil deve superar as dificuldades no processo de desenvolvimento dos sistemas de interfaces logísticas de comércio.

Na disputa por mercados, eficiência e custo definem os atores. O transporte de mercadorias em grande escala retrata a realidade econômica mundial e o movimento portuário traduz o volume de negócios nacionais e internacionais realizados.

Como modal de maior expressão e pouco conhecido da população em geral, o transporte naval é, sem dúvida, responsável pelo movimento de mais de 80% da riqueza produzida ou consumida em qualquer país.

Mesmo diante de expressiva importância, os portos brasileiros não têm recebido a devida atenção por parte das autoridades. Infraestrutura ultrapassada, sistemas de autorregulação falhos, investimentos insuficientes e custos elevados são alguns dos problemas que os colocam como opção limitada dentro do cenário internacional.

A superação desta etapa e o desenvolvimento do modal passam, necessariamente, por uma reavaliação dos aspectos normativos que, ao que parece, contribuem atualmente para as dificuldades do setor.

Neste cenário, sistema de autorregulação e judicialização das relações, há que se reavaliar o papel dos atores neste processo de forma que, ao final, seja possível afastar a interferência estatal na ordem econômica nacional a fim de se evitar a formação de monopólios ou, até mesmo, oligopólios.

Há que se repensar toda esta estrutura. O Brasil passou por mudanças e os serviços portuários não acompanharam. Ao contrário, a partir da Lei de Modernização dos Portos, instituiu-se uma classe com privilégios sem paralelo ou precedente no país. Não há uma atividade, seja ela industrial, comercial, de produtos ou serviços, que, mesmo que de forma oblíqua, possa se beneficiar com

vantagens abrigadas no conjunto normativo infraconstitucional em detrimento dos dispositivos e princípios relacionados à ordem econômica nacional.

Por tudo, a conclusão prática a que se chega é no sentido de ser necessária uma completa reformulação da estrutura normativa vigente, afastando as prerrogativas que legitimaram a Marinha do Brasil no controle do monopólio da praticagem.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMENDÁRIZ. Raul de Bonis Almeida. **Análise de Alternativas de Transporte Intermodal de Cargas entre Manaus e o Oceano Pacífico no Peru**. Dissertação de Mestrado. Ciências em Engenharia Transportes. UFRJ. 2007.

ANDRADE, Eduardo. **Microeconomia**. São Paulo: Publifolha, 2003.

BASTOS, Aurélio Wander. **Estudos Introdutórios de Direito Econômico**. Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica Ltda, 1996.

CASTRO. Osvaldo Agripino. **Direito Marítimo, Regulação e Desenvolvimento**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

CEGN. “**Análise de estrutura operacional, de custos e recursos de uma associação de praticagem no Brasil e comparação do desempenho e dos modelos com casos internacionais**”. Centro de Estudos em Gestão Naval – Escola Politécnica da Universidade de São Paulo, julho 2008.

COLLYER, Wesley O. **Lei dos Portos: O Conselho de Autoridade Portuária e a Busca da Eficiência**. Lex Editora S.A., São Paulo, 2008.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de Direito Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **A questão do monopólio na constituição da república federativa do Brasil e o setor postal**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 17, fevereiro/março/abril, 2009.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de Direito Econômico**. 2ª Ed. Forense. Rio de Janeiro, 2008.

GRAU, Eros Roberto. **Direito, Conceitos e Normas Jurídicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

MACIEL, Ademar Ferreira, et al. **Estudos de Direito Constitucional: homenagem ao Prof. Ricardo Arnaldo Malheiros Fiuza**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

MATHIAS, Suzeley Kalil e André Cavaller Guzzi. **Autonomia na lei: as forças armadas nas constituições nacionais**. Rev. bras. Ci. Soc. vol.25 no.73 São Paulo Junho 2010

OCTAVIANO MARTINS, Eliane Maria. **Curso de Direito Marítimo**, volume 1. Manole, Barueri - São Paulo, 2005.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial: as estruturas**. 2. ed. São Paulo: Ed Malheiros, 2002.

SILVA, Francisco Carlos de Moraes. **Direito Portuário: considerações sobre a Lei de Modernização dos portos**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

STEIN, Alex Sandro. **Curso de Direito Portuário**. LTr, São Paulo - SP, 2002.

VILANOVA, Lourival. **Causalidade e Relação no Direito**. 4ª ed. São Paulo: RT, 2000.

**Anexo A – PORTARIAS PARA REAJUSTE DOS PREÇOS DOS
SERVIÇOS DE PRATICAGEM**

**Anexo B – PORTARIAS DE CONSTITUIÇÃO DE COMISSÃO PARA
FIXAR OS PREÇOS DOS SERVIÇOS DE PRATICAGEM**

