

FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DA REGULAÇÃO DO TRANSPORTE AQUAVIÁRIO E DOS PORTOS

CONSTITUTIONAL BASES OF BRAZIL'S SHIPPING AND PORT REGULATIONS

FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES DE LA REGULACIÓN DEL TRANSPORTE
ACUAVIARIO Y DE LOS PUERTOS

Oswaldo Agripino de Castro Junior¹

Resumo: O artigo objetiva discorrer sobre os fundamentos constitucionais da regulação do transporte aquaviário e da atividade portuária, em face da ausência de serviço adequado (previsibilidade, modicidade, pontualidade e eficiência) ao usuário. O tema se justifica pela necessidade de equilíbrio entre os interesses da carga (usuário), de um lado, e do transportador marítimo internacional e do operador portuário, de outro lado. Para tanto, o artigo está dividido em duas partes e tem a hipótese que os fundamentos constitucionais aumentam efetividade do serviço adequado no setor acima. O Capítulo 1 introduz o Direito Marítimo e o Direito Portuário e o Capítulo 2 discorre sobre os fundamentos constitucionais da regulação. As considerações finais comprovam a importância do constitucionalismo para a efetividade do serviço adequado, especialmente com base no art. 174, *caput*, da Constituição Federal.

Licença CC BY:

Artigo distribuído sob os termos Creative Commons, permite uso e distribuição irrestrita em qualquer meio desde que o autor credite a fonte original.



Palavras-chave: Direito Regulatório; Direito Marítimo; Direito Portuário; Constitucionalização.

Abstract: The article analyzes the constitutional bases of Brazil's shipping and port regulations, in view of the lack of the proper service (predictability, moderateness, punctuality and efficiency) for the shipper. This theme is justified by the need to balance the interests of the cargo (shipper) on one hand, with those of the international shipping carrier and port operator on the other. The article is divided in two parts, and takes the hypothesis that the constitutional bases increase the effectiveness of the adequate service in this sector. Chapter 1 introduces Maritime Law and the Port Law and the Chapter 2 discusses the constitutional bases of the regulation. The final considerations conclude that constitutionalism increases the effectiveness of the adequate service, specially based on Article 174, *caput*, of the Federal Constitution.

¹ Doutor em Direito (UFSC, 2001). Concluiu estágio Pós-Doutoral no Center for Business and Government, da Kennedy School of Government, da Harvard University, 2007-2008, com bolsa da CAPES. Professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, Santa Catarina. Endereço: agripino@univali.br

Key-words: Regulatory Law; Maritime Law; Port Law; Constitutionalization.

Resumen: El artículo objetiva disertar sobre los fundamentos constitucionales de la regulación del transporte acuaviario y de la actividad portuaria, ante la ausencia del servicio adecuado (previsibilidad, mocedad, puntualidad y eficiencia) al usuario. El tema se justifica por la necesidad de equilibrio entre los intereses de la carga (usuario), por un lado, y del transportador marítimo internacional y del operador portuario, por otro lado. Para tanto, el artículo está dividido en dos partes y tiene la hipótesis que los fundamentos constitucionales aumentan efectividad del servicio adecuado en el sector mencionado. El Capítulo 1 introduce el Derecho Marítimo y el Derecho Portuario y el Capítulo 2 diserta sobre los fundamentos constitucionales de la regulación. Las consideraciones finales comprueban la importancia del constitucionalismo para la efectividad del servicio adecuado, especialmente con base en el art. 174, *caput*, de la Constitución Federal.

Palabras clave: Derecho Regulatorio; Derecho Marítimo; Derecho Portuario; Constitucionalización.

INTRODUÇÃO

O Código Comercial brasileiro (CCB), principal fonte do Direito Marítimo brasileiro, foi editado há 170 anos e, juntamente com o Código Civil, com vigência a partir de 2002, que regula o contrato de transporte marítimo, não têm sido suficientes para suprir as lacunas desse modal, especialmente quando se trata de dar efetividade ao serviço adequado.² Este possui fundamento na Constituição Federal e no marco regulatório da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq).

Ademais, apesar do CCB estar sendo reformado pelo Projeto de Lei do Senado nº. 487/2013, vive-se uma espécie de mal-estar da juridicidade do Direito Marítimo, em face de um vazio decorrente da omissão dos Poderes Legislativo e Executivo e da sua interpretação, especialmente diante da complexidade dos problemas que envolvem o contrato de transporte marítimo, sobre o qual incide a regulação setorial. Esse cenário torna baixa a efetividade dos valores e princípios da Constituição Federal, a qual poderá ser aumentada com a atuação da regulação feita pela Antaq, criada pela Lei nº 10.233/2001.

Nesse ambiente, é pertinente a lição de Konrad Hesse sobre a força normativa da Constituição:

Um ótimo desenvolvimento da força normativa da Constituição depende não apenas do seu conteúdo, mas também de sua práxis. De todos os partícipes da vida constitucional, exige-se partilhar aquela concepção anteriormente por mim denominada vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*). Ela é fundamental, considerada global ou singularmente. Todos os interesses momentâneos, ainda que não realizados, não logram compensar ganho resultante do comprovado respeito à Constituição, sobretudo naquelas situações em que a sua observância releva-se incômoda. Como anotado por Walter Burckhardt, aquilo que é identificado como vontade da Constituição deve ser honestamente preservado, mesmo que, para isso, tenhamos de renunciar a alguns benefícios, ou até a algumas vantagens justas. Quem se mostra disposto a sacrificar um interesse em favor da preservação de um princípio

2 Nesse sentido, a Constituição Federal assim dispõe sobre os direitos dos usuários e a obrigação do serviço adequado: "Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Parágrafo único. A lei disporá sobre: (...) II - os direitos dos usuários; (...) IV - a obrigação de manter serviço adequado."

constitucional fortalece o respeito à Constituição e garante um bem da vida indispensável à essência do Estado, mormente ao Estado democrático. Aquele que, ao contrário, não se dispõe a esse sacrifício, malbarata, pouco a pouco, um capital que significa muito mais do que todas as vantagens angariadas, e que, desperdiçado, não mais será recuperado.³

Por sua vez, o Direito Portuário, disciplina jurídica que tem como objeto regulamentar as relações jurídicas que se dão em torno do porto e a partir do porto, possui fundamento constitucional, em face da importância que os portos exercem para a economia do Brasil. Essa atividade ocorre mediante outorga de autorização e de concessão, por parte do poder concedente, que é a União Federal, nos termos do art. 21, inciso XII, alínea f, da Constituição Federal, *in verbis*: “Art. 21. Compete à União: (...) XII – explorar diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: (...) f) os portos marítimos, fluviais e lacustres:”.

Nesse cenário, é possível um diálogo entre a Constituição Federal e o Direito Marítimo e o Direito Portuário? A ordem jurídica infraconstitucional é suficiente para suprir as lacunas dessas disciplinas? O Direito Regulatório pode contribuir para o serviço adequado no setor de transporte aquaviário e nos portos, por meio das condições da previsibilidade, da modicidade, da eficiência e da pontualidade?⁴

Antes de tentar contribuir para responder tais questionamentos, apresenta-se o conceito de serviço adequado a ser prestado pelos transportadores marítimos e agentes intermediários segundo a Antaq, nos termos dos artigos 3º e 4º, do Capítulo III, específico sobre o tema, da Resolução Normativa nº 18/2017, da Antaq:

Art. 3º Os transportadores marítimos de longo curso e cabotagem e os agentes intermediários devem observar permanentemente, no que couber, as seguintes condições para a prestação do serviço adequado:

I - regularidade, por meio da realização da frequência e das escalas ofertadas aos usuários;

II - continuidade, por meio da manutenção e da não cessação definitiva ou paralisação temporária da prestação do serviço na navegação autorizada por mais de 90 (noventa) dias contínuos ou, no caso de pessoa jurídica que esteja enquadrada como microempresa - ME ou empresa de pequeno porte - EPP, assim definidas no Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, por mais de 180 (cento e oitenta) dias contínuos, em ambos os casos, ressalvada a aceitação pela ANTAQ de justificativa devidamente comprovada;

III - eficiência, por meio do(a):

3 HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991, p. 21-22.

4 No setor portuário, destaca-se a Resolução nº 3.274/2014, da Antaq, que, assim dispõe: “Art. 1º Esta norma se destina às administrações dos portos organizados, aos arrendatários de áreas e instalações portuárias, aos operadores portuários e aos autorizatários de instalações portuárias previstas no art. 8º da Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013, e tem por objeto estabelecer obrigações para a administração do porto e para a prestação de serviço adequado, bem como definir as respectivas infrações administrativas, nos termos da Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, e da Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013.”

a) cumprimento dos parâmetros de desempenho estabelecidos contratualmente, buscando-se o melhor resultado possível e a melhoria contínua da qualidade e produtividade;

b) adoção de procedimentos operacionais que evitem perda, dano, extravio de cargas ou desperdícios de qualquer natureza, em razão da falta de método ou racionalização no seu desempenho, minimizando custos a serem suportados pelos usuários; e

c) execução diligente de suas atividades operacionais, de modo a não interferir e minimizar a possibilidade de danos ou atrasos nas atividades realizadas por terceiros;

IV - segurança, caracterizada pelo cumprimento das práticas recomendadas de segurança do tráfego aquaviário, visando à preservação do meio ambiente e à integridade física e patrimonial dos usuários, da carga e das instalações portuárias utilizadas, bem como de quaisquer outras determinações, normas e regulamentos relativos à segurança expedidos pelas autoridades competentes ou por tratados, convenções e acordos internacionais de transporte marítimo ratificados pelo Brasil;

V - atualidade, caracterizada pela prestação do serviço com modernização constante das técnicas, das embarcações e dos equipamentos utilizados, bem assim com a capacitação e treinamento dos funcionários, garantindo a melhoria e expansão do serviço;

VI - generalidade, assegurando a oferta de serviços, de forma indiscriminada e isonômica a todos os usuários, com a maior amplitude possível;

VII - modicidade, caracterizada pela adoção de preços, fretes, taxas e sobretaxas em bases justas, transparentes e não discriminatórias e que reflitam o equilíbrio entre os custos da prestação dos serviços e os benefícios oferecidos aos usuários, permitindo o melhoramento e a expansão dos serviços, além da remuneração adequada; e

VIII - pontualidade, mediante o cumprimento dos prazos, fixados ou estimados, para prestação dos serviços, estabelecidos em contrato, formalmente agendados entre as partes envolvidas ou razoavelmente exigidos, tomando-se em consideração as circunstâncias do caso.

Art. 4º Os transportadores marítimos e os agentes intermediários devem prestar informações corretas, claras, precisas e ostensivas, em especial dar conhecimento prévio de todos os serviços, operações ou disponibilidade a serem contratados pelos usuários, incluindo a especificação dos valores aplicáveis de preços, fretes, taxas e sobretaxas.

Parágrafo único. As informações indicadas no caput deverão ser acessíveis de maneira clara e precisa, até a contratação, ao embarcador, consignatário, endossatário ou portador do conhecimento de carga - BL, independentemente de ser contratante ou não.

Em face da concentração dos armadores de transporte marítimo de contêineres, a defesa da concorrência também foi incluída na referida norma, conforme o seu art. 5º a seguir, vez que é imprescindível para a defesa do usuário e, por sua vez, efetividade do serviço adequado, vejamos:

Art. 5º Os transportadores marítimos e os agentes intermediários devem abster-se de práticas lesivas à ordem econômica por meio de atos sob qualquer forma manifestados, independentemente de culpa, que tenham por objeto ou possam produzir os efeitos, ainda que não alcançados, de limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa, aumentar arbitrariamente os lucros, ou exercer de forma abusiva posição dominante.

No setor da navegação marítima internacional (longo curso), é relevante mencionar que a sua exploração tem fortes conexões com o aparelho estatal, com objetivo de exploração comercial monopolista, tal como ocorreu com Portugal, Holanda e Grã-Bretanha. É exemplo a Companhia Britânica das Índias Orientais:

(...), incorporada por carta real em 1600 e encerrada em 1858, quando o governo Britânico assumiu suas funções. Estabelecida para defender e aumentar o controle da Grã-Bretanha sobre o comércio da Índia, em particular contra a Holanda, tornou-se uma companhia de capital social com um monopólio efetivo de muito comércio da Índia, notadamente em especiarias, matérias primas agrícolas, ópio e têxteis. (...) Ela desenvolveu integração reversa com fábricas e outros negócios locais, e assim organizou a produção internacionalmente. No seu auge, a companhia operou com poderes quase estatais, cunhando sua própria moeda, exercendo jurisdição civil e criminal e mantendo seu próprio exército de milhares.⁵

1. DIREITO MARÍTIMO E DIREITO PORTUÁRIO: ASPECTOS INTRODUTÓRIOS E CONCEITOS RELEVANTES

1.1. DIREITO MARÍTIMO

1.1.1 O TRANSPORTE MARÍTIMO NO MUNDO GLOBALIZADO

O globo terrestre possui 27% da sua superfície formada por continente e 73% de espaços marítimos,⁶ o que faz com que cerca de mais de 90% das mercadorias sejam transportadas pelo mar. Esta atividade comercial, que envolve o transporte aquaviário (*business shipping*), é conceituada como movimento físico de bens e pessoas de portos fornecedores para portos de demanda, assim como as atividades exigidas para apoiar tal movimento.

A economia do transporte marítimo é bastante complexa, seja pela quantidade de indústrias e serviços que o dinâmico *cluster* marítimo⁷ demanda, seja pelos altos valores necessários para uma expedição marítima.⁸

5 HELD, David; MCGREW, Anthony; GOLDBLATT, David; PERRATON, Jonathan. **Global transformations: Politics, economics and culture**. Stanford: Stanford University Press, 1999, p. 239.

6 MOURA, Geraldo Bezerra de. **Direito da navegação**. São Paulo: Aduaneiras, 1991, p. 65-66.

7 Acerca do *cluster marítimo* gerado pelo desenvolvimento da cabotagem brasileira: CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de; LACHMANN, Marianne Von. **O valor da cabotagem brasileira na visão dos transportadores**. Apresentação realizada no I Seminário Nacional sobre Cabotagem. Realização ANTAQ e Syndarma. Disponível em: <www.regulacao.gov.br>. Acesso em: 20 dez. 2019. Na Europa: WIJNOLST, N. (Dir.) **Dynamic European Maritime Clusters**. Amsterdam: IOS Press, 2006.

8 Sobre o tema: STOPFORD, Martin. **Maritime Economics**. London, New York: Routledge, 2004; BRANCH, Alan E. **Elements of Shipping**. 8th ed. London, New York: 2007.

Trata-se de indústria que exige uma grande sinergia entre as várias cadeias de fornecedores de produtos (mineração, siderurgia, construção naval,⁹ dentre outros) e prestadores de serviços (engenharia naval, finanças, assessoria jurídica, dentre outros), que atuam em rede transnacional, de modo que o papel do Estado, por meio da regulação setorial independente, com a força normativa da Constituição, é fundamental.

Por sua vez, o grau de especialização das empresas de navegação é grande e o *business model* do sucesso de tais companhias, em decorrência do dinamismo do comércio internacional, especialmente pelo impacto da tecnologia, inclusive com a construção e exploração comercial de navios sem tripulação, pode mudar no futuro próximo.¹⁰

1.1.2. DIREITO MARÍTIMO

O Direito Marítimo é a disciplina jurídica¹¹ que tem como objeto regular as relações que se dão no navio e a partir do navio, portanto o conjunto de normas jurídicas que disciplinam as atividades necessárias para que as embarcações efetuem o transporte pela via aquaviária, especialmente no que tange à responsabilidade civil.

É uma disciplina jurídica autônoma,¹² que possui, inclusive, em face da sua relevância, assento constitucional (art. 22, inciso I, da Constituição Federal), e tem como objeto principal regular as relações jurídicas que se dão em torno do navio,¹³ aqui considerado espécie de embarcação,¹⁴ por meio das relações jurídicas que se dão por meio dos contratos de transportes¹⁵ e de afretamento de embarcações, hipoteca naval,¹⁶ registro de embarcação,¹⁷ dentre outras.

Como o Direito Marítimo trata da navegação comercial pelo meio aquaviário realizado por embarcações, inclui, portanto, a navegação de tais embarcações em rios, lagoas, canais, estreitos e baías, ou seja, no transporte aquaviário.

9 A construção naval tem exercido um papel fundamental na economia dos países industrializados, de modo que é relevante o estudo comparativo do processo histórico do papel do Estado no financiamento desse setor, inclusive sobre a economia da bandeira de conveniência (*flagging out*) exercida pelos governos (p. 203-206) e o papel da OCDE e da Coreia do Sul (ROSA, Angelo L. *Contrariety: Divergent Theories of State Involvement in Shipping Finance Between the United States and the European Union*. **Tulane Maritime Law Journal**, v. 29, p. 187-216, 2004-2005).

10 LORANGE, Peter. **Shipping Company Strategies: Global Management under Turbulent Conditions**. London: Emerald, 2008, p. 185.

11 A referência a conjunto indica a ordenação dessas normas em um sistema, evitando a contradição e as lacunas. JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1.

12 Trata-se do mesmo entendimento de: ARROYO, Ignacio. **Compendio de Derecho marítimo**. 2. ed. Madrid: Tecnos, 2002, p. 22.

13 Possui três requisitos não comuns a todas as embarcações: robustez, estanqueidade e vencer as fortunas do mar. Como espécie do gênero embarcação, todo navio é embarcação, mas nem toda embarcação é navio.

14 Segundo o art. 2º, inciso V, da Lei nº 9.537/1997.

15 Considerado como aquele celebrado entre o embarcador (*shipper*) e o transportador (*carrier*) por meio do qual esse se obriga, sob sua custódia, a transportar pela via aquaviária, de um porto a outro, mercadoria ou pessoa, e aquele se obriga a pagar uma remuneração por esse serviço, denominado frete.

16 É efetuada no Tribunal Marítimo, conforme Lei nº 2.180/54.

17 Nos termos do art. 2º, inciso XVIII, da Lei nº 9.537/1997: "Registro de Propriedade da Embarcação – registro no Tribunal Marítimo, com a expedição da Provisão de Registro da Propriedade Marítima".

Deve-se mencionar que o Direito Marítimo é um direito misto, porque possui normas de direito privado e direito público, e engloba o tráfico marítimo, que compreende a atividade de exploração comercial do navio. Ele não se confunde, portanto, com o Direito da Navegação Marítima, inserido no direito público, porque possui como objeto o tráfico marítimo, que abrange o trânsito das embarcações, visando à segurança da navegação.

Trata-se de disciplina que, tendo em vista a natureza internacional do transporte aquaviário, possui alto grau de internacionalidade e complexidade,¹⁸ e exige profissionais capacitados para lidar com as suas especificidades. A partir da criação da Antaq, uma autarquia federal, com competência regulatória nacional, por meio da Lei nº 10.233/2001, aumenta-se a necessidade da constitucionalização do Direito Marítimo, especialmente por meio dos seus contratos de transporte, esses na maioria das vezes impostos unilateralmente, pelo transportador ao usuário, de afretamento, de reboque, dentre outros.

Dessa forma, a dicotomia direito público v. direito privado deixa de ser relevante, em face do caráter público-privado das relações jurídicas decorrentes da regulação setorial, com assento constitucional, especialmente por força art. 174, *caput*, da Constituição Federal, *in verbis*: “Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.”

Insiste-se, o Direito Marítimo não se confunde com o Direito Portuário, embora no cotidiano, por exemplo, muitas avarias ocorrem na armazenagem portuária ou no manuseio da carga fora do navio, de forma que é relevante identificar o Incoterm (*International Commercial Term*) para analisar as responsabilidades.

Nesse cenário, segundo Tetley:

O transporte marítimo tem provocado o desenvolvimento de uma importante parte do Direito Público e do Direito Privado. No Direito Privado, avaria geral, salvamento, afretamento e seguro marítimo estão entre os mais antigos princípios desenvolvidos como resposta a tais lutas do comércio marítimo, e que se difundiram princípios equivalentes nos países de tradição romano-germânica e anglo-saxônica. Esse conflito de leis cresceu, em larga medida, do comércio internacional em mares diversos, o que provocou na Europa Medieval, o nascimento da transnacional Lex mercatoria (Law Merchant), incluindo a transnacional Lex maritima (maritime Law).¹⁹

18 No direito comparado, é relevante mencionar, em face da complexidade do Direito Marítimo, a diversidade de temas regulados (ROSE, F. D. **General Average: Law and Practice**. 2nd ed. London: LLP, 2005). A obra compara os dispositivos que tratam da avaria geral das Regras de York-Antuérpia de 2004, 1994 e 1974, com base na *Association of Average Adjuster's Rules of Practice*; CLARKE, Malcolm; YATES, David. **Contracts of Carriage by Land and Air**. London: LLP, 2004. O livro analisa com profundidade as cláusulas e comenta as principais convenções e contratos internacionais do setor; GLASS, David A. **Freight Forwarding and Multimodal Transport Contracts**. London: LLP, 2004. O livro, por meio de estudo de casos, trata dos contratos usados pelos operadores de transportes marítimos relacionados ao movimento de mercadorias, incluindo *freight forwarders*, fornecedores, operadores multimodais e operadores de contêineres, e abrange as convenções aplicadas aos contratos internacionais.

19 TETLEY, William. **International Maritime and Admiralty Law**. Québec: Éditions Yvon Blais, 2002. p. 4. Acerca da história do Direito Marítimo e do Almirantado, p. 3-30.

Cabe destacar que a aplicação do instituto dos usos e dos costumes, juntamente com a retórica da busca da universalidade do Direito Marítimo, fundada na liberdade contratual e na autonomia das vontades, possui limites a serem impostos pela ordem pública doméstica. Essa deve preponderar no caso concreto, quando em conflito a reivindicação da incidência da referida *Lex Maritima*.

Não há dúvida que a crescente banalização dos usos e dos costumes no direito brasileiro, tal como se verifica, por exemplo, nas ações de cobrança de sobre-estadia de contêineres sem contrato prévio e com valores que violam a modicidade,²⁰ é redutora de direitos do usuário. Isso pode ensejar a sonegação de direitos constitucionais, como o serviço adequado a ser proporcionado pela regulação setorial independente.

1.2. DIREITO PORTUÁRIO

Em todo o mundo o Direito Portuário (*Port Law – Derecho Portuario – Droit Portuaire*) vem sofrendo transformações, especialmente pelas demandas de maior eficiência e sustentabilidade que a tecnologia e o aumento constante da capacidade dos navios impõem aos países que usam os portos para a conectividade da sua economia e, por sua vez, da globalização econômica.

Ademais, a concentração no transporte marítimo, especialmente pela fusão de armadores de transporte de contêineres, bem como aquisição de terminais portuários, inclusive no Brasil, fenômeno chamado de verticalização, demandam maior regulação econômica por parte do Estado onde ocorrem tais mudanças.

Como exemplo, vejamos o caso da verticalização de dois terminais portuários localizados no Complexo Portuário Itajaí-Navegantes, que prestam serviços sem limites de preço, o que faz com que, apesar da Antaq ter dispositivos legais suficientes para punir práticas de violação da previsibilidade e da modicidade, esta tem sido ineficaz.²¹ Aliás, o modelo de regulação econômica tem se mostrado ineficiente, pois é *ex post*, e não *ex ante*, o que possibilita ao prestador de serviço uma liberdade de preços que poderá ser obstada somente quando um prejudicado provocar o regulador, para que haja o preço-teto.

Nesse contexto, não poderia ser diferente no Brasil, uma vez que o Direito Portuário vem sofrendo grandes alterações desde a edição da Lei dos Portos (Lei nº 8.630/1993), já revogada pela Lei nº 12.815/2013, com inibição do aumento da efetividade do serviço adequado, em parte, causada pela omissão do destinatário do serviço portuário: o usuário.

20 Sobre o tema, ver: CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. **Teoria e Prática da Demurrage de Contêiner**. Prefácio Prof. Dr. Norman Augusto Martínez Gutiérrez (IMLI, IMO). São Paulo: Aduaneiras, 2018.

21 CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de; RODRIGUES, Maycon. **Direito Portuário: Modicidade, Previsibilidade e defesa da concorrência**. Florianópolis: Conceito, 2019, p. 232.

Isso decorre, ainda, do *deficit* institucional do setor e da falta de compreensão dos regulados, especialmente os usuários, acerca dos limites e das possibilidades do marco regulatório na busca de acompanhar a demanda por infraestrutura eficaz e sustentável que a economia mundial exige.

Como visto, após mais de sete anos da edição da MP nº 595/2012, convertida na Lei nº 12.815/2013, que revogou a Lei dos Portos nº 8.630/1993, e, apesar do aumento da quantidade de terminais privados, com oferta de mais serviços, não há estudo metodologicamente adequado que comprove a redução dos custos logísticos portuários. Além disso, inexistente política de defesa da concorrência e norma com critérios que identifiquem infrações da ordem econômica e política de incentivos para a criação e difusão das associações de usuários no processo de produção normativa do setor.

Ao contrário, com a possibilidade da verticalização (armador ser sócio de terminal), sem qualquer controle do Estado, diga-se Antaq, sobre tal operação, especialmente nas condutas, e concentração dos armadores transnacionais de transportes de contêineres e dos seus agentes intermediários, que continuam operando sem outorga de autorização da Antaq. Assim, em que pese a edição do Regulamento Marítimo (Resolução Normativa nº 18, de 26 de dezembro de 2017), as evidências apontam na direção contrária, ou seja, no aumento dos custos logísticos, com redução da competitividade dos produtos.

Ademais, é relevante implementar a diretriz da garantia da modicidade nas tarifas e nos preços no setor portuário disposto na Lei nº 12.815/2013. Esta é norma especial (*lex specialis*) e deve ser aplicada se constatado abuso. Vejamos o dispositivo mencionado:

Art. 3º- A exploração dos portos organizados e instalações portuárias, com o objetivo de aumentar a competitividade e o desenvolvimento do País, deve seguir as seguintes diretrizes:

(...)

II - garantia da modicidade e da publicidade das tarifas e preços praticados no setor, da qualidade da atividade prestada e da efetividade dos direitos dos usuários;

Não há, portanto, como tratar da competitividade e da sustentabilidade da matriz de transportes brasileira sem priorizar a eficácia da política setorial dos portos. Afinal, sem portos eficientes, a mudança da matriz de transportes, majoritariamente fundada no modal rodoviário, para o modal marítimo, fica cada vez mais distante.

Paradoxalmente, verifica-se, ainda, um enorme hiato entre o mundo da economia (mercado) e a eficácia da regulação portuária, que deve priorizar o interesse público, que não deve ser confundido com o direito da administração pública. Afinal, a administração não pode violar direitos fundamentais.

Nesse quadro, surge o Direito Portuário, uma das mais antigas e tradicionais disciplinas jurídicas, considerada autônoma, e que tem como objeto regular as atividades que se dão no porto (público e privado) e a partir do porto.

Deve-se lembrar que, a partir de junho de 2001, tal como ocorre, por exemplo, nos Estados Unidos, por meio da *Federal Maritime Commission*, com a edição da Lei nº 10.233, a atividade portuária brasileira conta com uma agência reguladora especializada para regular e desenvolver o setor portuário e o transporte aquaviário (doméstico e internacional)²² pela interdependência das atividades, a Antaq.

Além disso, há agências reguladoras estaduais multissetoriais, que atuam por meio de convênio de cooperação, para fins de atividades-meio das agências estaduais, como a Agência Reguladora de Serviços Públicos de Santa Catarina (Agesc), conforme convênio nº.01/2009-DG, firmado entre a Antaq e a Agesc, para fins de fiscalização na área de navegação interior.

O mesmo se dá com o Direito Marítimo, cujo objeto é regular as relações jurídicas que se dão no navio e a partir do navio e, portanto, o transporte aquaviário. Ademais, o setor é dinâmico e não pode (deve) esperar a morosidade do Congresso Nacional para que possa regular por meio de lei. Por isso, o poder normativo da Antaq, por meio de Resoluções, desde que observado o marco regulatório do setor.

Além da necessidade de maior efetividade da Constituição Federal na produção do Direito Regulatório, o *Direito e Desenvolvimento*, em que o ambiente institucional, aqui considerado como aquele que permite a produção, interpretação e aplicação do marco regulatório,²³ tem papel fundamental para incentivar o desenvolvimento, o transporte aquaviário e o setor portuário.

22 É importante que o Ministério da Infraestrutura juntamente com a Antaq desenvolvam o transporte marítimo internacional em navios de bandeira brasileira. Além disso, é relevante regular os navios de bandeira estrangeira que operam no Brasil e, especialmente, dar efetividade aos princípios da modicidade, da previsibilidade e da defesa da concorrência. Essa omissão regulatória, por exemplo, em relação ao THC (*terminal handling charge* – serviço de capatazia), tem prejudicado sobremaneira a arrecadação tributária dos entes de governo, especialmente municípios portuários, pelas evidências de sonegação de tributos, especialmente o ISS e o IRPJ, a redução dos custos portuários e o aumento da competitividade dos nossos produtos no comércio exterior.

23 O marco regulatório, que é o conjunto de parâmetros normativos que possuem maior estabilidade e que podem ser adaptados/atualizados no futuro, segundo Alexandre Santos de Aragão, “(...) propicia a estabilidade necessária para os investidores em serviços públicos, cujos contratos de delegação são celebrados por décadas, ainda que a total segurança jurídica seja impossível de ser alcançada no mundo contemporâneo e, menos ainda, em se tratando de atividades em relação às quais a Administração Pública possui *ius variandi* para adaptá-las constantemente à evolução dos interesses públicos. O marco regulatório não deve engessar a adaptação do serviço público à evolução político-social da sociedade, devendo deixar espaços em que os reguladores possam se mover para, em cada conjuntura, estabelecer as regras que melhor atendam ao interesse público, sempre respeitadas as garantias básicas dos delegatários e usuários”. (ARAGÃO, Alexandre Santos de. O marco regulatório dos serviços públicos. In: **Interesse Público**. vol. 6, nº 27, set./out. 2004. p. 72-90).

Uma sociedade hipercomplexa exige, ao menos, procedimentos complexos, o que demanda microsistemas jurídicos e, dessa forma, disciplinas jurídicas mais especializadas, como o Direito Marítimo, o Direito Portuário e o Direito Regulatório desse setor, com fontes específicas e distintas de ramos tradicionais do direito, dentre os quais o Direito Penal, o Direito Civil e o Direito do Trabalho.

No Brasil, essas fontes do Direito Marítimo, quase 100% dependentes das frotas de bandeiras estrangeiras, especialmente de (in)conveniência,²⁴ são aplicadas de forma quase automática e acrítica pelos operadores de direito e, em regra, decorrem da produção da *Lex Maritima* no exterior.

Tais usos e costumes carecem, portanto, de filtragem jurídica crítica que contemple a eficácia dos interesses, pela ordem, dos usuários brasileiros de transporte aquaviário e dos *carriers* de nacionalidade brasileira, também chamados na terminologia regulatória setorial de EBNs (Empresas Brasileiras de Navegação).

Não há, portanto, como confundir o Direito Marítimo com o Direito do Mar e Direito da Navegação Marítima, nem com o Direito Portuário.²⁵ Aquela é uma disciplina autônoma, com objeto e fontes de direito diversos das disciplinas que foram mencionadas. Acrescente-se, ainda, que todas as disciplinas se relacionam com o Direito Constitucional, tema que será abordado a seguir.

2. DIREITO REGULATÓRIO: FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS

Nesse cenário, assume relevância a regulação setorial independente, pois o Direito Marítimo e o Direito Portuário sofrem grande influência do Direito Constitucional (art. 174, *caput*, da Constituição Federal) e, dessa forma, do Direito Regulatório do transporte aquaviário e da atividade portuária, cujo objeto é a regulação setorial do transporte marítimo, na qual se insere o navio, e do porto, considerado o pulmão dos mares, local onde o navio carrega e descarrega suas mercadorias (*goods*) e onde se dão os conflitos entre a ordem pública e o direito internacional.

Assim, cabe a transcrição do dispositivo da Constituição Federal que trata do dever de o Estado regular a atividade econômica: “**Art. 174.** Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.”

Sobre o conceito de regular, cabe a lição de Paulo Márcio Cruz:

24 Sobre o tema: CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. **Marinha Mercante Brasileira: Longo Curso, Cabotagem e Bandeira de (in) conveniência.** São Paulo: Aduaneiras, 2014.

25 Sobre a disciplina, ver: CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. **Direito Portuário e a Nova Regulação.** 2. ed. São Paulo: Aduaneiras, 2019.

Regular é sujeitar a regras, dirigir, regra. Significa também estabelecer regras para determinadas atividades. Intervir é vir a tomar parte. Significa ser ou estar presente através de uma atividade. Não só estabelece regras mas também participa como sujeito à regulação.²⁶

Ao comentar a intenção do constituinte sobre o papel da regulação setorial independente, inclusive no setor de transportes, Paulo Márcio Cruz assim ensina:

As previsões constitucionais continuam traduzindo um indicativo de socialização de setores estratégicos da vida econômica e priorização do bem-estar social. Como consequência desse fato, foi preservado o papel do Estado como impulsor e orientador da economia. Como exemplo disto, pode-se assinalar o seguinte: (...) b) a disponibilidade de muitos instrumentos de orientação e regulação da economia. Sem necessariamente transformar atividade econômica numa atividade pública, as Constituições têm provido o Estado de instrumentos para o planejamento e regulação da economia, utilizáveis com diferentes intensidades. (...) Em algumas ocasiões, é observado o estabelecimento de órgãos constitucionais para desenvolver e assessorar o Governo nestas tarefas, como acontece no Brasil com as agências reguladoras (Petróleo, Energia, Transportes etc).²⁷

Essa disciplina, portanto, é relevante tendo em vista a sua relação com o Direito Marítimo, especialmente porque os transportadores estrangeiros de carga e de passageiros que operam no Brasil operam sem outorga de autorização da Antaq, violando o marco regulatório (Código Civil - art. 731, e Lei nº 10.233/2001 - art. 14, inciso III, alínea e), ou seja, sem regulação eficaz que possa defender o interesse dos usuários.

O Direito da Concorrência, também com fundamento constitucional (art. 173, § 4º, da CF/88)²⁸, é relevante, especialmente pelas práticas protecionistas dos países em desenvolvimento, não obstante participarem da Organização Mundial do Comércio. Nesse cenário de desigualdade e práticas desleais, é relevante a lição de Pierre Bauchet: "Com o mercantilismo renascendo, o transporte pode não se tornar um elemento de 'bom comércio', mais um instrumento de dominação, como Colbert no passado dizia".²⁹

O Direito Marítimo também se relaciona sobremaneira com o Direito Internacional Público, vez que como o navio navega em vários mares, bem como se destina para vários portos em diversos países, além de ter uma nacionalidade própria e tripulação muitas vezes com várias nacionalidades, sofre grande regulação dos tratados internacionais, especialmente os editados pela IMO (*International Maritime Organization*), OIT (Organização Internacional do Trabalho) e OMC (Organização Mundial do Comércio), dentre outras.

26 CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do Direito Constitucional**. Curitiba: Juruá, 2002, p. 199.

27 CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do Direito Constitucional**, p. 211.

28 Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. (...) § 4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

29 *Avec le mercantilisme renaissant, le transport risque de ne plus être un élément du 'bonne commerce', mais un instrument de domination, comme Colbert l'avait d'ailleurs conçu* (BAUCHET, Pierre. **Les transports mondiaux, instrument de domination**. Paris: Economica, 1998. p. 274).

O Direito Marítimo atua em espaços jurídicos diversos e encontra tensão dialética entre o Direito nacional e o Direito internacional.³⁰ Cabe acrescentar que o Direito Marítimo ainda possui ramos do direito voltados para os objetos das especificidades da atuação do navio, como Direito do Trabalho Marítimo,³¹ Direito Tributário Marítimo, Direito Previdenciário Marítimo e Direito Ambiental Marítimo.³²

2.1. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS

A Constituição Federal, por meio dos art. 22, incisos I e XXI, alínea f; art. 170 (princípios da ordem econômica), especialmente o da defesa do usuário e da defesa da concorrência; art. 174, *caput* (intervenção do Estado no domínio econômico pela via da regulação) e do art. 178, *caput* (princípio da reciprocidade no transporte marítimo internacional), pode contribuir para uma hermenêutica e uma argumentação do Direito Marítimo e do Direito Portuário a partir da efetividade do Direito Regulatório específico para tanto? A busca da resposta desta indagação será feita com base na análise de alguns julgados pelo Supremo Tribunal Federal e na doutrina.

Assim, como tem sido a relação entre Constituição e codificação (Código Comercial, de 1850 ou Código Civil, de 2002)? A fim de contribuir para esse debate, o presente artigo objetiva, em breves notas, discorrer sobre os fundamentos constitucionais do Direito Regulatório que regulamenta o transporte aquaviário e a atividade portuária.

Ao mesmo tempo, objetiva-se discorrer sobre as possibilidades de uma hermenêutica e de uma argumentação que contemplem a sua constitucionalização e um diálogo, numa relação de complementaridade, e não de exclusão, entre a Constituição Federal e as diversas fontes do Direito Marítimo e do Direito Portuário.

O tema, ainda inexplorado nas doutrinas constitucional, maritimista e portuária brasileira e, possivelmente, em nível de Direito Comparado, justifica-se porque as disciplinas encontram-se dependentes e vulneráveis a uma hermenêutica e argumentação em que prepondera uma baixa, para

30 Sobre o direito nacional e o direito internacional, bem como acerca do Registro Internacional Francês (RIF) e diferença entre o internacional e o intracomunitário no transporte marítimo (CHAUMETTE, Patrick. *Marine marchande, navigations et espaces juridiques*. In: GUILLAUME, Jacques (Org.). **Les transports maritimes dans la mondialisation**. Paris: Harmattan, 2008. p. 233-244).

31 Acerca do tema: ZANINI, Gisele Duro. **A Aplicação da Lex Fori nos Processos Trabalhistas dos Marítimos com Conexão internacional que laboram nos Espaços Marítimos Brasileiros**. Dissertação (Mestrado) – Programa de Mestrado e Doutorado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí. Itajaí, 2009.

32 Para maior aprofundamento no tema, no Direito brasileiro: CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. Aspectos destacados da proteção ao meio ambiente marinho no Brasil. **Revista de Direito Ambiental**, v. 43, p. 222-245, 2006. No direito internacional: GAUCI, Gotthard. **Oil Pollution At Sea. Civil Liability and Compensation for Damage**. New York: John Wiley & Sons, 1997; INTERNATIONAL MARITIME ORGANIZATION – IMO. **Civil Liability for Oil Pollution Damage**. Texts of Conventions on Liability and Compensation for Oil Pollution Damage. London: IMO, 1996 e na União Europeia: KESSEDIAN, Catherine *et al.* Le développement durable, quelles limites aux modes de transport?. In: GRARD, Loïe (Dir.). **L'Europe des transports**, p. 709-748; VIALARD, Antoine. Responsabilité limitée et indemnisation illimitée en cas de pollution des mers par hydrocarbures. In: GRARD, Loïe (Dir.). **L'Europe des transports**, p. 749-766; GAUTIER, Marie. Quelles sanctions pénales à l'encontre des pollueurs des mers. In: GRARD, Loïe (Dir.). **L'Europe des transports**, p. 767-774; FARRE-MALAVAL, Margerite. Les nouvelles exigences communautaires relatives à la conception des pétroliers: la "Double-coque" imposée. In: GRARD, Loïe (Dir.). **L'Europe des transports**, p. 775-784.

não dizer, quase inexistente, efetividade da Constituição Federal nas matérias atinentes ao Direito Marítimo e ao Direito Portuário. Nesse cenário, destaca-se o relevante papel do Direito Regulatório.

Mencione-se que o Direito Marítimo, que tem no Código Civil uma fonte relevante, apesar da influência dos usos e dos costumes (*Lex Maritima*) empregados acriticamente e sem observância adequada do Direito Constitucional e da ordem pública. Assim, requer uma emancipação, pelo menos do ponto de vista da efetividade da Constituição.

O mesmo se dá com o Direito Portuário, que sofre forte influência do transportador marítimo transnacional que opera de forma verticalizada, vez que pode ser sócio do terminal.

Acredita-se, portanto, que a efetividade da Constituição Federal poderá sofrer grande contribuição da regulação setorial independente, por meio da Antaq, aumentando a constitucionalização do Direito Marítimo e do Direito Portuário.

Trata-se, portanto, de Política Jurídica (direito como dever-ser) a ser buscada,³³ a fim de que o Brasil possa se posicionar melhor diante dos desafios regulatórios supranacionais e transnacionais que a demanda de logística eficaz e com preços justos exige dos agentes econômicos brasileiros, o que poderá possibilitar maior segurança jurídica ao setor.

Ademais, o Direito Marítimo brasileiro vem sendo (re)vigorado a partir da década de 1990, por meio das obras de Carlos Rubens Caminha Gomes, José Haroldo dos Anjos,³⁴ Carla Adriana Comitre Gibertoni,³⁵ Eliane M. Octaviano Martins³⁶ e Osvaldo Agripino de Castro Junior³⁷, a sua interpretação e a aplicação pelos tribunais pátrios parecem ainda distantes de um equilíbrio entre os interesses da carga e do transportador, especialmente a proteção dos interesses dos usuários desse modal de transporte.

- 33 Acerca da Política Jurídica, especialmente em face do caos legislativo (Direito posto) brasileiro, essa disciplina assume, cada vez mais, relevância no desenvolvimento do Direito e das instituições, vale destacar as obras do Prof. Dr. Osvaldo Ferreira de Mello (*in memoriam*, 2010), do Programa de Mestrado e Doutorado em Ciência Jurídica da Univali, que a instituiu no seu programa como disciplina obrigatória. O professor é, possivelmente, o mais destacado jurista brasileiro a pesquisar, lecionar e publicar sobre o tema e, dentre suas obras, devem ser citadas: MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. Porto Alegre: Sérgio Fabris/CMCJ/Univali, 1994, 133 p; MELO, Osvaldo Ferreira de. **Temas Atuais de Política do Direito**. Porto Alegre: Sérgio Fabris/CMCJ, 1998, 88 p; Direção da Revista NEJ. A Contribuição de Osvaldo Ferreira de Melo para a Política Jurídica. **Novos Estudos Jurídicos**, Ano IV, n. 7, 15 out. 1998, p. 11-15; MELO, Osvaldo Ferreira de. A Política Jurídica e os Novos Direitos. *In*: **Novos Estudos Jurídicos**, nº 6, mar. 1998, p. 9-13. Disponível em: <www.univali.br/nej>. Acesso em: 10 jan. 2019.
- 34 DOS ANJOS, José Haroldo; CAMINHA GOMES, Carlos Rubens. **Curso de Direito Marítimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992. Esta obra encontra-se em processo de revisão e atualização pelo coautor José Haroldo dos Anjos.
- 35 GIBERTONI, Carla Adriana Comitre. **Teoria e Prática do Direito Marítimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- 36 MARTINS, Eliane M. Octaviano. **Curso de Direito Marítimo**. vols. I (Teoria Geral); II (Vendas Marítimas) e III (Contratos e Processos). São Paulo: Manole, 2015.
- 37 CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de (Org.). **Direito Marítimo Made in Brasil**. São Paulo: Aduaneiras, 2007; _____. **Direito Marítimo, Regulação e Desenvolvimento**. Belo Horizonte: Fórum, 2011; _____. **Direito Marítimo: Temas Atuais**. Belo Horizonte: Fórum, 2012; _____. **Direito, Regulação e Logística**. Belo Horizonte: Fórum, 2013; _____. **Marinha Mercante Brasileira – Longo curso, cabotagem e bandeiras de (in)conveniência**. São Paulo: Aduaneiras, 2014; _____. **Contratos Marítimos e Portuários: Responsabilidade civil**. São Paulo: Aduaneiras, 2015; _____. MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, Norman Augusto. **Limitação da Responsabilidade civil no transporte marítimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2016.

Manuel Atienza, nesse sentido, chama a atenção para a relevância de criar um Direito para o mundo latino da seguinte forma:

En particular, hay una serie de ideas que se encuentran en el pensamiento de Marx y que son de gran valor para la construcción de una teoría del Derecho para el mundo latino en el sentido que aquí se está defendiendo. Así: el pragmatismo (la primacía de la praxis); el enfoque funcional, crítico y materialista de los fenómenos sociales; la propuesta de considerar el Derecho a partir de una concepción global de la sociedad, lo que lleva a abrir los saberes jurídicos hacia las ciencias sociales; o el compromiso con un proyecto político-ético de emancipación humana en el que el Derecho no tendría por qué verse relegado.³⁸

Para o filósofo do Direito espanhol:

(...) a filosofia do Direito deve cumprir uma função de intermediação entre os saberes e as práticas jurídicas, por um lado, e o resto das práticas e saberes sociais, por outro. (...) Uma vez que a prática do Direito consiste de modo muito fundamental em argumentar, não haveria porque parecer estranho que os juristas com alguma consciência profissional sentissem curiosidade pelas questões sobre as quais versa este livro. O que significa argumentar juridicamente? (...) ³⁹ Quais são, em suma, as razões do Direito: não a razão de ser do Direito, e sim as razões jurídicas que servem de justificação para uma determinada decisão?⁴⁰

Ademais, deve-se mencionar que esse ambiente institucional é influenciado por grande parcela do Poder Judiciário que ainda não compreendeu, por exemplo, as particularidades do Direito Marítimo, ao julgar casos que demandam uma interpretação à luz da ordem pública, faz com que os tribunais ainda utilizem conceitos, como usos e costumes (*Lex Maritima*), em detrimento do direito brasileiro.

Cabe destacar, ainda, a existência de cláusulas abusivas nos contratos de transporte marítimo, portanto em confronto com a ordem pública,⁴¹ como adiante será tratado. Aliás, a ambiguidade do direito contemporâneo é identificada por Manuel Atienza da seguinte forma:

Sin embargo, los iusfilósofos que vienen de esa tradición siguen, por lo general, manteniendo dos tesis que dificultan o hacen imposible que el Derecho de los Estados constitucionales pueda jugar ese papel emancipatorio. Reconocer esta función, por cierto, no implica una idealización de los sistemas jurídicos (incluidos los del Estado constitucional). El Derecho contemporáneo (el de los Estados constitucionales) es, desde el punto de vista político-moral, un fenómeno esencialmente ambiguo, necesariamente vinculado con todos los procesos tanto de dominación como de emancipación social.⁴²

38 ATIENZA, Manuel. **Una Filosofía del Derecho para el Mundo Latino**. Otra vuelta de tuerca, p. 13.

39 ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito** - Teorias da Argumentação Jurídica - Perelman, Toulmin, MacCormick, Alexy e outros. 2. ed. São Paulo: Landy, 2002, p. 11.

40 ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito** - Teorias da Argumentação Jurídica - Perelman, Toulmin, MacCormick, Alexy e outros, p. 12.

41 Como exemplo, deve-se mencionar os abusos cometidos por parcela de armadores e agentes intermediários na cobrança judicial de sobre-estadia de contêiner, com violação da modicidade e da previsibilidade. Sobre o tema, sob nossa orientação: NOVAK FÓES, Gabrielle Thamís. **Análise comparativa da sobre-estadia de contêiner na Inglaterra e no Brasil** - Crítica às Emendas 56 e 215 do PL nº 1572/2011. Dissertação de Mestrado em Ciência Jurídica. Univali: Itajaí, 2015, 186 p. e CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. (org.). **Teoria e Prática da demurrage de contêiner**. São Paulo: Aduaneiras, 2018, 392 p.

42 ATIENZA, Manuel. **Una Filosofía del Derecho para el Mundo Latino**. Otra vuelta de tuerca, p. 13.

Como o Brasil não possui empresas de navegação marítima no transporte marítimo internacional de mercadorias e regulação setorial eficaz pela Antaq, mas tão somente usuários dos serviços de transporte marítimo, a doutrina predominante do Direito Marítimo tem sido aquela criada pelos transportadores. Dessa forma, os usuários ficam vulneráveis e dependentes do direito criado pelos países transportadores, vez que atuam em ambiente de negócios de pouca segurança jurídica, em parte causado pela forte influência da transnacionalidade no transporte marítimo internacional e da debilidade institucional regulatória, o que demanda regulação setorial independente.

Esse Direito Marítimo distante do interesse público nacional e da regulação setorial independente, como preceitua o art. 174, *caput*, da Constituição Federal, tem causado externalidades negativas, em face das cláusulas abusivas, especialmente no que tange ao foro, lei aplicável, exoneração da responsabilidade civil e cobranças de sobre-estadias de contêineres e preços extra-frete (*surcharges*).

Quando se trata de regulação setorial, é relevante o controle judicial sobre os atos das agências reguladoras, especialmente quando se trata de proteção de valores constitucionais. A discussão entre maior ou menor deferência judicial nos atos administrativos é relevante, com o Brasil, assim como França e Itália, com controle judicial considerado menos deferente do que os modelos dos Estados Unidos e Canadá.

A experiência norte-americana contribui com a teoria do fato constitucional. Nesse aspecto, cabe a lição de Eduardo Jordão:

Nos Estados Unidos os tribunais fizeram uso por um certo tempo da chamada "teoria do fato constitucional" (*constitutional fact doctrine*) para determinar a intensidade do controle judicial incidente sobre a determinada decisão administrativa. De acordo com esta teoria, o tribunal responsável pela divisão deveria aplicar um controle "de novo" e independente sobre toda questão constitucional relativa a uma ação de agências. No caso *Crowell*⁴³ a Suprema Corte americana extrapolou a teoria do fato constitucional para alcançar também a teoria do "fato jurisdicional" (*jurisdictional fact doctrine*). Entendeu que as cortes devem determinar independentemente os aspectos da decisão relativos à competência (jurisdição) da entidade administrativa.⁴⁴

No que tange ao Direito Portuário, o mesmo se encontra distante dos efeitos da ordem econômica constitucional, no que tange à modicidade nos preços e nas tarifas portuárias, assim como defesa da concorrência, sob o manto da retórica da ilegalidade da regulação com fundamento na livre iniciativa, por parcela dos prestadores de serviços.

43 *Crowell versus Benson*, 285 U.S. 22 (1932). Neste caso específico, tratava-se de avaliar independentemente se um dano ocorreu em águas navegáveis dos Estados Unidos, quando a competência (jurisdição) da agência responsável por estabelecer a indenização depende deste fato.

44 JORDÃO, Eduardo. **Controle judicial de uma administração pública complexa** – A experiência estrangeira na adaptação da intensidade do Controle. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 69.

Ressalte-se que o princípio da livre iniciativa não é capaz, *per se*, de afastar a incidência de intervenção do Estado no domínio econômico e do princípio da defesa do consumidor. Sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou da seguinte forma:

O princípio da livre iniciativa não pode ser invocado para afastar regras de regulamentação do mercado e de defesa do consumidor. (RE 349.686, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 14-6-2005, Segunda Turma, DJ de 5-8-2005.) No mesmo sentido: AI 636.883-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 8-2-2011, Primeira Turma, DJE de 1.3.2011.

A intervenção estatal na economia, mediante regulamentação e regulação de setores econômicos, faz-se com respeito aos princípios e fundamentos da Ordem Econômica. CF, art. 170. O princípio da livre iniciativa é fundamento da República e da Ordem econômica: CF, art. 1º, IV; art. 170. Fixação de preços em valores abaixo da realidade e em desconformidade com a legislação aplicável ao setor: empecilho ao livre exercício da atividade econômica, com desrespeito ao princípio da livre iniciativa. (RE 422.941, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 5-12-2005, Segunda Turma, DJ de 24-3-2006.) No mesmo sentido: AI 683.098-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 1º-6-2010, Segunda Turma, DJE de 25-6-2010.

É certo que a ordem econômica na Constituição de 1988 define opção por um sistema no qual joga um papel primordial a livre iniciativa. *Essa circunstância não legitima, no entanto, a assertiva de que o Estado só intervirá na economia em situações excepcionais.* Mais do que simples instrumento de governo, a nossa Constituição enuncia diretrizes, programas e fins a serem realizados pelo Estado e pela sociedade. Postula um plano de ação global normativo para o Estado e para a sociedade, informado pelos preceitos veiculados pelos seus arts. 1º, 3º e 170. A livre iniciativa é expressão de liberdade titulada não apenas pela empresa, mas também pelo trabalho. Por isso a Constituição, ao contemplá-la, cogita também da 'iniciativa do Estado'; não a privilegia, portanto, como bem pertinente apenas à empresa. (...) (ADI 1.950, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 3-11-2005, Plenário, DJ de 2-6-2006.) No mesmo sentido: ADI 3.512, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 15-2-2006, Plenário, DJ de 23-6-2006.

Afinal, o mercado não é produto da natureza e pode ser criado juridicamente para um fim socialmente justo. Não há, portanto, oposição entre regulação e mercado, tal como ensina Cass Sustain:

Qual é, então, a relação entre livre mercado e justiça social? Para responder a essa questão, nós deveríamos reconhecer que os mercados, livre ou não, não são um produto da natureza. Ao contrário, os mercados são instrumentos legalmente construídos, criados por seres humanos que desejam produzir um sistema bem sucedido de ordem social. Assim, como eu tenho enfatizado, não existe oposição entre 'mercados' e 'intervenção governamental'. Os mercados são (uma forma particular de) intervenção do governo. Dessa forma, as interações promovidas pelos mercados incluem coerção assim como escolha voluntária. Os mercados raramente devem ser identificados com liberdade. O direito de propriedade, por exemplo, coage as pessoas que querem ter acesso a coisas que ela não possuem. E como

todos os instrumentos, os mercados deveriam ser analisados por meio da pergunta se eles promovem nossas metas sociais e econômicas.⁴⁵

Como visto, são muitos os fundamentos constitucionais do Direito Regulatório aplicado ao transporte aquaviário e à atividade portuária, o que requer produção de doutrina (Direito) para proporcionar serviço adequado, de um lado, e remuneração justa ao prestador de serviço, de outro lado, equilibrando os interesses, sem o qual não há efetividade do interesse público.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A argumentação no Direito Marítimo e do Direito Portuário carece de uma compreensão adequada do fenômeno regulatório que possui fundamentos constitucionais da regulação setorial independente, visando à segurança jurídica, à defesa da concorrência e à defesa do usuário.

Assim, a constitucionalização do Direito Marítimo e do Direito Portuário brasileiro, disciplinas estratégicas para o desenvolvimento do país, tem possibilidade de maior eficácia por meio da regulação setorial independente (art. 174, *caput*, da Constituição Federal), especialmente porque o seu objeto, o navio e suas relações jurídicas contratuais, como, por exemplo, contrato de transporte marítimo, assim como as operações portuárias com a carga ou o passageiro transportado por embarcação, deve sofrer regulação por meio da Antaq.

Aqui, portanto, é necessário um desafio hermenêutico, pois não há como insistir na aplicação do regime jurídico único privado dos contratos marítimos e portuários, embora com base no Código Civil, no Código Comercial e na Lei dos Portos, especialmente porque o Direito é um só, que tem como fundamento e origem a Constituição Federal. Afinal, o Direito Marítimo e o Direito Portuário não podem ser indiferentes ao Direito Constitucional, ao Direito Administrativo e ao Direito Regulatório do transporte aquaviário e da atividade portuária.

É, portanto, dever de o intérprete efetuar a modulação dos institutos do Direito Marítimo e do Direito Portuário, especialmente os seus contratos, à luz do Direito Constitucional. A regulação setorial pressupõe equilíbrio, de modo que não há só um regime jurídico de Direito Administrativo a depender da matéria, mas uma relação de publicização do Direito Privado e, por sua vez, do Direito Marítimo e do Direito Portuário, e não o contrário, qual seja, a privatização do Direito Constitucional na sua vertente de Direito Regulatório.

45 "What, then, is the relationship between free markets and social justice? In answering that question, we should recognize that markets, free or otherwise, are not a product of nature. On the contrary, markets are legally constructed instruments, created by human beings hoping to produce a successful system of social ordering. As I have emphasized throughout, there is no opposition between 'markets' and 'government intervention'. Markets are (a particular form of) government intervention. Hence the interactions promoted by markets include coercion as well as voluntary choice. Markets should hardly be identified with freedom. The law of property, for example, coerces people who want access to things that they do not own. And like all instruments, markets should be evaluated by asking whether they promote our social and economic goals." SUNSTEIN, Cass R. **Free Markets and Social Justice**. Oxford University Press: Oxford, New York, 1999, p. 384.

Não há como defender, portanto, que um ramo do direito é privado, pois com a outorga da Constituição Federal, o que era privado, passou a ser público-privado. Com a regulação setorial independente, esses direitos passam a ser de natureza pública e são derogatórios do Direito Privado, como o direito de propriedade, que deve observar a função social da propriedade; e o contrato, que deve observar a função social do contrato (de transporte), conforme determina a Constituição Federal.

A interpretação deve ser sistemática, com fundamento na Constituição, porque o direito não é um amontoado de normas.

No âmbito do Direito Privado e, principalmente, da necessidade de um diálogo entre as fontes de Direito Privado e de Direito Público, para que aquele não prepondere sobre esse, a ordem pública assume relevância, especialmente em conflitos com partes de nacionalidades diferentes, como é comum no transporte marítimo internacional.

Nesse cenário, assume relevância o Direito Regulatório para equilibrar os interesses da carga (usuário) e do transportador marítimo, assim como do usuário e dos terminais portuários, forte nos princípios constitucionais da soberania e da função social dos contratos de transportes à luz dos arts. 170, 174, *caput* e 178, *caput*, bem como Código Comercial e Código Civil, e do Código de Processo Civil, especialmente em face das cláusulas contratuais abusivas que tais contratos de transportes padronizados (de adesão) contêm, com graves prejuízos aos usuários brasileiros, sem cumprir disposições constitucionais.

Conclui-se, dessa forma, com a percepção de que a busca pela efetividade da Constituição Federal, por meio da sua ordem econômica, especialmente os artigos mencionados anteriormente, a serem implementados pela Antaq, pode contribuir sobremaneira para a efetividade do serviço adequado no setor de transporte marítimo e portuário.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ARROYO, Ignacio. **Compendio de Derecho marítimo**. 2. ed. Madrid: Tecnos, 2002.

ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito** - Teorias da Argumentação Jurídica - Perelman, Toulmin, MacCormick, Alexy e outros. 2. ed. São Paulo: Landy, 2002.

ATIENZA, Manuel. **Una Filosofía del Derecho para el Mundo Latino**. Otra vuelta de tuerca, Mimeografado, 2015.

BAUCHET, Pierre. **Les transports mondiaux, instrument de domination**. Paris: Economica, 1998.

CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de; RODRIGUES, Maycon. **Direito Portuário: Modicidade, Previsibilidade e defesa da concorrência**. Florianópolis: Conceito, 2019.

CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do Direito Constitucional**. Curitiba: Juruá, 2002.

HELD, David; MCGREW, Anthony; GOLDBLATT, David; PERRATON, Jonathan. **Global transformations: Politics, economics and culture.** Stanford: Stanford University Press, 1999.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

JORDÃO, Eduardo. **Controle judicial de uma administração pública complexa – A experiência estrangeira na adaptação da intensidade do Controle.** São Paulo: Malheiros, 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LORANGE, Peter. **Shipping Company Strategies: Global Management under Turbulent Conditions.** London: Emerald, 2008.

MOURA, Geraldo Bezerra de. **Direito da navegação.** São Paulo: Aduaneiras, 1991.

SUNSTEIN, Cass R. **Free Markets and Social Justice.** Oxford University Press: Oxford, New York, 1999.

TETLEY, William. **International Maritime and Admiralty Law.** Québec: Éditions Yvon Blais, 2002.

RECEBIDO EM: 17/10/2019

APROVADO EM: 08/12/2019

