

Maritime Law Academy - MLAW
Vol. 1, Nº 1
Jan./ Jun. 2021

Revista Eletrônica

REVISTA DE
**DIREITO E
NEGÓCIOS
INTERNACIONAIS**
International Law and Business Review



REVISTA DE DIREITO E NEGÓCIOS INTERNACIONAIS DA MARITIME LAW ACADEMY

International Law and Business Review

Volume 1, Número 1
Jan. / Jun. 2021



MARITIME LAW ACADEMY
Excelência em educação

Diretora Geral Eliane Maria Octaviano Martins

Contato editor-chefe@mlawbrasil.com
Editor-Chefe Marcelo José das Neves
Editor Executivo Rogério Gonçalves

Capa Daniel Augusto Arias Sodré

Conselho Editorial Internacional

- Prof. Dr. Angelo Viglianisi Ferraro – Università Mediterranea di Reggio Calabria – Itália
- Prof. Dr. Ignacio Arroyo Martinez – Universidad Autónoma de Barcelona - Espanha
- Prof. Dr. Luis Alejandro Estoup – Cooley Law School, Michigan – EUA
- Prof. Dr. Manuel Januário da Costa Gomes - Universidade de Lisboa - Portugal
- Prof. Dr^a Montserrat Abad Castelos – Universidad Carlos III de Madrid – Espanha

Conselho Editorial Nacional

- Prof. Dr. Alexandre Ricardo Machado – Faculdade Estadual de Tecnologia (FATEC – SP)
- Prof^a. Dr^a Alexandria dos Santos Alexim – Universidade Cândido Mendes
- Prof^a Dr^a. Amanda Athayde Linhares Martins Rivera – Universidade de Brasília
- Prof. Dr. André Panno Beirão – Escola de Guerra Naval
- Prof. Dr. Antonio Lawand Junior – Universidade São Judas Tadeu
- Prof. Dr. Edson Mesquita dos Santos - Centro de Instrução Almirante Graça Aranha
- Prof. Dr. Eduardo Antonio Temponi Lebre – Universidade Federal de Santa Catarina
- Prof^a. Dr^a. Eliane Maria Octaviano Martins – Centro Universitário UNIFIEO
- Prof^a. Dr^a. Gabriela Soldano – Universidade Católica de Santos
- Prof. Dr. Gilberto Passos de Freitas – Universidade Católica de Santos
- Prof^a. Dr^a Ingrid Zanella Andrade Campos – Universidade Federal de Pernambuco
- Prof. Dr. Luís Alexandre Carta Winter - Pontifícia Universidade Católica do Paraná
- Prof. Dr. Marcelo David Gonçalves – Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro
- Prof. Dr. Marcelo Fernando Quiroga Obregon – Faculdades Integradas de Vitória
- Prof. Dr. Marcelo Lamy - Universidade Santa Cecília
- Prof^a. Dr^a Michele Cristie Pereira – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais
- Prof. Dr. Paulo de Bessa Antunes - Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro
- Prof. Dr. Nelson Speranza – Universidade Santa Cecília
- Prof^a. Dr^a Norma Sueli Padilha - Universidade Federal de Santa Catarina
- Prof. Dr. Osvaldo Agripino de Castro Junior – Universidade do Vale do Itajaí
- Prof. Dr. Sidney César Silva Guerra – Universidade Federal do Rio de Janeiro
- Prof. Dr. Solon Sehn – Universidade do Vale do Itajaí
- Prof. Dr. Wagner Menezes – Universidade de São Paulo
- Prof. Dr. Washington Carlos de Almeida – Universidade Presbiteriana Mackenzie
- Prof. Dr. Washington Luiz Pereira Soares – Universidade Santa Cecília



Direito e o comércio exterior são temas fundamentais aos profissionais que atuam em diversos ramos de negócios internacionais. Constatase, porém, que há poucos periódicos que se dedicam a esses temas que geralmente não tem destaque na formação do profissional do direito. Considerando a tendência e a necessidade do mercado, a Revista de Direito e Negócios Internacionais se propõe a suprir essas lacunas, contribuindo para a disseminação de conteúdo relevante aos profissionais e acadêmicos interessados na temática.

A Revista de Direito e Negócios Internacionais da Maritime Law Academy é uma publicação acadêmica que tem por objetivo a publicação de trabalhos que estabeleçam conexões entre os Negócios Internacionais e o Direito e que versem sobre temas relacionados ao comércio exterior; transporte marítimo e marinha mercante; transporte aéreo, ferroviário, rodoviário e dutoviário; transporte multimodal; domínio marítimo e aéreo; logística, portos e aeroportos; aduana e tributação, dentre outros.



Esta revista oferece acesso livre imediato ao seu conteúdo, seguindo o princípio de que disponibilizar gratuitamente o conhecimento científico ao público proporciona maior democratização mundial do conhecimento.



MARITIME LAW ACADEMY
Excelência em educação

REVISTA DE DIREITO E NEGÓCIOS INTERNACIONAIS

MARITIME LAW ACADEMY

Volume 1, Número 1
Jan. / Jun. 2021

Sumário

Apresentação

Eliane Maria Octaviano Martins
Página 5

Constitucionalização do Direito Marítimo e do Direito Portuário

Oswaldo Agripino de Castro Junior
Páginas 6 – 29

O encalhe do navio Ever Given e a vulnerabilidade do trabalhador marítimo no contexto da responsabilização pelo acidente: uma leitura crítica

Augusto Grieco Sant’Anna Meirinho
Páginas 30 – 51

El contrato de remolque

Renato Pezoa Huerta
Páginas 52 – 83

Derramamento de óleo no nordeste brasileiro: responsabilidade e desdobramentos

Antonio Lawand Junior; Cecília Dutra de Almeida Silva; Luiz Philipe Ferreira de Oliveira
Páginas 84 - 113

Energia eólica offshore: um overview do cenário global e o contexto brasileiro

Henrique Vaicberb; Gian Lucas de Carvalho Valiatt; Matheus Ferreira de Queiroz
Páginas 114 - 143



Wreck removal: an analysis between Brazilian maritime law and the Nairobi International Convention on the Removal of Wrecks

Wellington Nogueira Camacho

Páginas 144 - 163

Efeitos econômicos das regulamentações ambientais internacionais no transporte comercial marítimo

Alexandre Zaporoszenko Cavazzani; Everton das Neves Gonçalves

Páginas 164 - 185

Inclusão do serviço de capatazia no valor aduaneiro

Gabriel Ralile de Figueiredo Magalhães; Márcio André de Assis Brasil

Páginas 186 – 206

Cabotagem de contêineres: análise da estrutura de mercado no Brasil

Elizabete Thomas

Páginas 207 - 231

Princípio da publicidade e da participação social nos processos de revisão tarifária nos portos organizados brasileiros

Sandro José Monteiro

Páginas 232 – 252

A aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor na prestação de serviços portuários de armazenagem e movimentação de cargas

Eliane Maria Octaviano Martins; Gabriel Leonardo Alves

Páginas 253 - 270



Apresentação

Considerando ideais de contribuição para a divulgação e o desenvolvimento da educação jurídica e da pesquisa científica, é com imensa honra que a Maritime Law Academy - MLAW apresenta a primeira edição da Revista de Direito e Negócios Internacionais - International Law and Business Review.

Idealizada sob uma perspectiva jurídica de multidisciplinariedade, a revista engloba assuntos de diversas áreas do Direito e pretende se consolidar como um canal de informação e divulgação de trabalhos científicos relevantes e de qualidade.

Por ocasião desta primeira edição, agradecemos a todos os que fizeram parte deste projeto.

Saudações maritimistas,

Eliane Maria Octaviano Martins

**Diretora Geral da Revista de Direito e Negócios Internacionais da MLAW
International Law and Businesses Review**



CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO MARÍTIMO E DO DIREITO PORTUÁRIO

CONSTITUTIONALIZATION OF THE MARITIME LAW AND THE PORT LAW

Osvaldo Agripino de Castro Junior*

RESUMO: O artigo objetiva discorrer sobre as possibilidades de constitucionalização do Direito Marítimo e do Direito Portuário brasileiros, a partir da regulação setorial do transporte marítimo 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.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Regulatório. Direito Marítimo. Direito Portuário. Constitucionalização.

ABSTRACT: The article aims to write about the possibilities of the constitutionalization of the Brazilian's Maritime Law and the Port Law, from the sectorial regulation of the shipping and ports, due to the lack of the proper service (previsibility, moderateness, punctuality and efficiency) to the shipper. This theme is justified by the need to balance the interests between the cargo (shipper), on one side, and the international shipping carrier and port operator, on the other side. The article is divided in two parts and deals with the hypothesis that the constitutional foundings increase the Constitution's effectiveness of the proper service. Chapter 1 introduces the Maritime Law and the Port Law and the Chapter 2 deals with the constitutional foundings of the regulation. The final considerations conclude that the constitutionalism increase the effectiveness of the proper service, specially based on the 174, *caput*, of the Federal Constitution.

KEYWORDS: Regulatory Law. Maritime Law. Port Law. Constitutionalization.

* Doutor em Direito (UFSC, 2001) e Mestre em Direito Constitucional (Puc-Rio, 1996). 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. Advogado sócio do Agripino & Ferreira Advogados. Endereço: agripino@agripinoeferreira.com.br



CONSIDERAÇÕES INICIAIS

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.¹ 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, que 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 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,

¹ 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.”



pouco a pouco, um capital que significa muito mais do que todas as vantagens angariadas, e que, desperdiçado, não mais será recuperado.²

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, através das condições da previsibilidade, da modicidade, da eficiência e da pontualidade?³

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;

² HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991, p. 21-22.

³ 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 autorizados 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.”



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):

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.⁴

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,⁵ o que faz com que cerca de mais de 90% das mercadorias sejam transportadas pelo

⁴ HELD, David; MCGREW, Anthony; GOLDBLATT, David; PERRATON, Jonathan. **Global transformations: Politics, economics and culture**. Stanford: Stanford University Press, 1999, p. 239.

⁵ MOURA, Geraldo Bezerra de. **Direito da navegação**. São Paulo: Aduaneiras, 1991, p. 65-66.



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* marítimo⁶ demanda, seja pelos altos valores necessários para uma expedição marítima.⁷

Trata-se de indústria que exige uma grande sinergia entre as várias cadeias de fornecedores de produtos (mineração, siderurgia, construção naval,⁸ 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.⁹

⁶ 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.

⁷ Sobre o tema: STOPFORD, Martin. **Maritime Economics**. London, New York: Routledge, 2004; BRANCH, Alan E. **Elements of Shipping**. 8th ed. London, New York: 2007.

⁸ 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).

⁹ LORANGE, Peter. **Shipping Company Strategies: Global Management under Turbulent Conditions**. London: Emerald, 2008, p. 185.



1.1.2. Direito Marítimo

O Direito Marítimo é a disciplina jurídica¹⁰ 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,¹¹ 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,¹² aqui considerado espécie de embarcação,¹³ por meio das relações jurídicas que se dão através dos contratos de transportes¹⁴ e de afretamento de embarcações, hipoteca naval,¹⁵ registro de embarcação,¹⁶ 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.

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 tráfego marítimo, que abrange o trânsito das embarcações, visando à segurança da navegação.

¹⁰ A referência à 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).

¹¹ Trata-se do mesmo entendimento de: ARROYO, Ignacio. **Compendio de Derecho marítimo**. 2. ed. Madrid: Tecnos, 2002, p. 22.

¹² 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.

¹³ Segundo o art. 2º, inciso V, da Lei nº 9.537/1997.

¹⁴ 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.

¹⁵ É efetuada no Tribunal Marítimo, conforme Lei nº 2.180/54.

¹⁶ 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”.



Trata-se de disciplina que, tendo em vista a natureza internacional do transporte aquaviário, possui alto grau de internacionalidade e complexidade,¹⁷ 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 através 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

¹⁷ 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 através 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.



provocou na Europa Medieval, o nascimento da transnacional *Lex mercatoria* (*Law Merchant*), incluindo a transnacional *Lex maritima* (*maritime Law*).¹⁸

Cabe destacar que a aplicação do instituto dos usos e 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 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,¹⁹ 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, demanda 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,

¹⁸TETLEY, 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.

¹⁹ 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.



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.²⁰ 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.

Isso decorre, ainda, do déficit 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, aumento dos custos logísticos, com redução da competitividade dos produtos.

²⁰ CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de; RODRIGUES, Maycon. **Direito Portuário: Modicidade, Previsibilidade e defesa da concorrência.** Florianópolis: Conceito, 2019, p. 232.



Ademais, é relevante implementar a diretriz da garantia da modicidade nas tarifas e 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.

Devemos 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),²¹ pela

²¹ 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.



interdependência das atividades, a Antaq.

Além disso, há agências reguladoras estaduais multisetoriais, 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, onde o ambiente institucional, aqui considerado como aquele que permite a produção, interpretação e aplicação do marco regulatório,²² tem papel fundamental para incentivar o desenvolvimento o transporte aquaviário e o setor portuário.

Uma sociedade hipercomplexa exige, ao menos, procedimentos complexos, o que demanda microssistemas 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, Direito Civil e Direito do Trabalho.

²² 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).



No Brasil, essas fontes do Direito Marítimo, quase 100% dependente das frotas de bandeiras estrangeiras, especialmente de (in)conveniência,²³ são aplicadas de forma quase automática e acrítica pelos operadores de direito, 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.²⁴ Aquela é uma disciplina autônoma, com objeto e fontes de direito diversos das disciplinas que foram mencionadas. Acrescente-se, ainda, 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 de o dever do 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:

²³ Sobre o tema: CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. **Marinha Mercante Brasileira: Longo Curso, Cabotagem e Bandeira de (in)conveniência**. São Paulo: Aduaneiras, 2014.

²⁴ Sobre a disciplina, ver: CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. **Direito Portuário e a Nova Regulação**. 2ª. Edição. 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.²⁵

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).²⁶

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)²⁷, também 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

²⁵ CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do Direito Constitucional**. Curitiba: Juruá, 2002, p. 199.

²⁶ CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do Direito Constitucional**, p. 211.

²⁷ 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.



mercantilismo renascendo, o transporte pode não se tornar um elemento de ‘bom comércio’, mais um instrumento de dominação, como Colbert no passado dizia”.²⁸

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.

O Direito Marítimo atua em espaços jurídicos diversos e encontra tensão dialética entre o Direito nacional e o Direito internacional.²⁹ 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,³⁰ Direito Tributário Marítimo, Direito Previdenciário Marítimo e Direito Ambiental Marítimo.³¹

²⁸ *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).

²⁹ 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).

³⁰ 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.

³¹ 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: KESSEDJIAN, 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, Margerie. 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.



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 onde prepondera uma baixa, para 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 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,³² 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,³³ Carla Adriana Comitre Gibertoni,³⁴ Eliane M. Octaviano Martins³⁵ e Osvaldo Agripino de Castro Junior³⁶, a sua interpretação e aplicação pelos tribunais pátrios parece ainda distante de um equilíbrio entre os

³² 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.

³³ 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.

³⁴ GIBERTONI, Carla Adriana Comitre. **Teoria e Prática do Direito Marítimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

³⁵ MARTINS, Eliane M. Octaviano. **Curso de Direito Marítimo**. vols. I (Teoria Geral); II (Vendas Marítimas) e III (Contratos e Processos). São Paulo: Manole, 2015.

³⁶ 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; _____. **Limitação da Responsabilidade civil no transporte marítimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2016.



interesses da carga e do transportador, especialmente a proteção dos interesses dos usuários desse modal de transporte.

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.³⁷

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? (...) ³⁸ 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?³⁹

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.

³⁷ ATIENZA, Manuel. **Una Filosofía del Derecho para el Mundo Latino. Otra vuelta de tuerca**, p. 13.

³⁸ ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito - Teorias da Argumentação Jurídica - Perelman, Toulmin, MacCormick, Alexy e outros**. 2ª. ed. São Paulo: Landy, 2002, p. 11.

³⁹ ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito - Teorias da Argumentação Jurídica - Perelman, Toulmin, MacCormick, Alexy e outros**, p. 12.



Cabe destacar, ainda, a existência de cláusulas abusivas nos contratos de transporte marítimo, portanto, em confronto com a ordem pública,⁴⁰ 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.⁴¹

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*).

⁴⁰ 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.

⁴¹ ATIENZA, Manuel. **Una Filosofía del Derecho para el Mundo Latino. Otra vuelta de tuerca**, p. 13.



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*⁴² 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.⁴³

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 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.

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.

⁴² *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.

⁴³ JORDÃO, Eduardo. **Controle judicial de uma administração pública complexa – A experiência estrangeira na adaptação da intensidade do Controle**. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 69.



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 Sustein:

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.⁴⁴

⁴⁴ “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.



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 a segurança jurídica, a defesa da concorrência e a 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 através 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 como há 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.

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) contém, 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, através da sua ordem econômica, especialmente os artigos mencionados acima, a serem implementados pela Antaq, pode contribuir sobremaneira para a efetividade do serviço adequado no setor de transporte marítimo e portuário, através da constitucionalização do Direito Marítimo e do Direito Portuário brasileiros.

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**. 2ª. 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.



**O ENCALHE DO NAVIO EVER GIVEN E A VULNERABILIDADE DO
TRABALHADOR MARÍTIMO NO CONTEXTO DA RESPONSABILIZAÇÃO PELO
ACIDENTE. UMA LEITURA CRÍTICA**

**THE GROUNDING OF MV EVER GIVEN AND THE SEAFARER VULNERABILITY IN
THE CONTEXT OF ACCOUNTABILITY FOR THE ACCIDENT. A CRITICAL READING.**

Augusto Grieco Sant'Anna Meirinho¹

RESUMO: O artigo tem como objetivo identificar a vulnerabilidade dos marítimos em caso de acidentes de grande repercussão como o ocorrido com o navio mercante Ever Given no Canal de Suez. Analisa a sistemática dos registros abertos no cenário atual da indústria da navegação sob a perspectiva da complexidade das relações que gravitam em torno da operação dos navios mercantes e os impactos nas relações de trabalho marítimo. A partir da identificação do processo de recrutamento desses profissionais, e da inexistência de um vínculo genuíno dos países fornecedores de bandeira com os proprietários das embarcações, fragiliza-se o controle do Estado da Bandeira, contribuindo para o risco de responsabilização dos marítimos pela ocorrência de acidentes com repercussão econômica.

PALAVRAS-CHAVE: bandeiras de conveniência, trabalhadores marítimos, recrutamento de marítimos, vulnerabilidade.

ABSTRACT: The paper aims to identify the vulnerability of seafarers in the event of major repercussions, such as the one with the merchant ship Ever Given in the Suez Canal. It analyzes the systematics of open registers in the current scenario of the shipping industry from the perspective of the complexity of the relations that gravitate around the operation of merchant ships and the impacts on maritime labor relations. Based on the identification of the recruitment process for these professionals, and the absence of a genuine link between the flag supplier countries and the vessel owners, the control of the Flag State is weakened, contributing to the risk of seafarers being held responsible for the occurrence of accidents with economic repercussions.

KEYWORDS: flags of convenience, seafarers, recruitment of seafarers, vulnerability.

¹ Doutor em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito Previdenciário pela PUC-SP. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade de São Paulo. Especialista em Relações Internacionais pela Universidade Cândido Mendes - RJ. Bacharel em Ciências Náuticas pela Escola de Formação de Oficiais da Marinha Mercante – Efomm/RJ. Professor universitário. Ex-Procurador Federal da Advocacia-Geral da União. Procurador do Trabalho do Ministério Público da União. Titular da Cadeira nº 20 da Academia Brasileira de Direito da Seguridade Social (ABDSS).



1 INTRODUÇÃO

O mundo acompanhou, por aproximadamente uma semana, a saga para a reflutuação do navio mercante Ever Given, que encalhou durante a travessia pelo Canal de Suez.

O que começou como uma notícia perdida no meio do noticiário da pandemia da Covid-19, logo se revelou como um evento de dimensões preocupantes para o comércio internacional, na medida em que paralisou a navegação em uma das artérias do transporte marítimo mais importante do mundo.

Os prejuízos começaram a ser computados na casa dos milhões de dólares e se cogitou, inclusive, em certo impacto no processo da globalização.

Mesmo antes da liberação do canal, já começaram as especulações sobre as causas que levaram ao encalhe da embarcação, inclusive com respeito a possíveis falhas humanas.

O acidente com o navio Ever Given pode ser analisado sob diversos matizes, tais como o exame das causas que levaram ao encalhe, os procedimentos para liberação do canal, os custos envolvendo essa operação, a responsabilidade civil do transportador, os danos em ricochete advindos da paralisação da navegação. Trata-se de um evento complexo com repercussões graves em uma indústria fundamental para o mundo.

O presente trabalho, contudo, não se voltará para essas questões que demandam informações e dados que não estão disponíveis para o público em geral, mesmo aqueles que se dedicam ao estudo da indústria do “shipping”.

O enfoque do estudo é a tripulação do navio Ever Given, mais especificamente a condição de vulnerabilidade dos marítimos diante do cenário gerado a partir do acidente, sobretudo com o término das operações de desencalhe.

A primeira parte do estudo destina-se a discorrer sobre as características registrais do navio Ever Given, identificando-o como um navio arvorando uma bandeira de registro aberto. Adentra-se na complexidade dos atores envolvidos na operação do navio, com a apresentação de uma miríade de empresas com sede em países diversos e que, de alguma forma, têm ingerência sobre o navio. O objetivo dessa análise é revelar que o sistema de bandeiras de conveniência, denominação que vem sendo questionada pelos registros abertos, tem potencialidade de agravar a

vulnerabilidade do trabalhador marítimo, sobretudo diante de um evento como o bloqueio do Canal de Suez.

Ainda, na primeira parte, será destacado que os controles governamentais, sobretudo a partir do Controle do Estado do Porto que impactou no Controle do Estado da Bandeira, têm contribuído para diminuir o número de navios de baixo padrão operando no tráfego marítimo mundial.

A segunda parte do estudo é centrada no trabalhador do mar, sobretudo diante de sua invisibilidade. Como esses trabalhadores exercem as suas atividades profissionais fora da dinâmica da sociedade, as notícias divulgadas pela grande imprensa sobre um acidente como o ocorrido com o navio Ever Given, podem contribuir para a responsabilização da tripulação. Nessa parte também serão feitas algumas considerações sobre os avanços normativos patrocinados pela Organização Marítima Internacional direcionados ao elemento humano, sobretudo no gerenciamento de segurança a bordo, diante da influência de falhas atribuídas à tripulação por acidentes pretéritos.

Por fim, a terceira parte aprofundará a discussão sobre a vulnerabilidade das tripulações que trabalham a bordo de navios registrados em registros abertos. Pretende-se ressaltar que uma das causas do agravamento da condição social dos marítimos é decorrente da tênue relação mantida entre os trabalhadores do mar e a empresa que efetivamente se beneficia com o trabalho desses profissionais.

O estudo pretende ressaltar que a inexistência de um vínculo genuíno entre a bandeira do navio e o país onde ele é registrado, associado ao sistema global de recrutamento de marítimos, aumenta a vulnerabilidade desses trabalhadores, agravando o risco de serem responsabilizados em caso de acidentes graves, inclusive com repercussões criminais.

2 O NAVIO EVER GIVEN E SUAS PECULIARIDADES REGISTRAS E OPERACIONAIS

Para quem não conhece a importância do Canal de Suez para a navegação, basta saber que se trata de uma das vias navegáveis mais importantes do mundo e, portanto, uma das mais utilizadas.

Trata-se de uma via navegável artificial que corre de norte a sul através do istmo de Suez, no Egito, conectando o Mar Mediterrâneo ao Mar Vermelho, separando o continente africano da Ásia. O canal de Suez constitui a rota marítima mais curta entre a Europa e as terras ao redor dos oceanos Índico e Pacífico ocidental.

O Canal de Suez é considerado a ligação mais curta entre o leste e o oeste devido à sua localização geográfica única; é um importante canal de navegação internacional que liga o Mar Mediterrâneo em Port Said e o Mar Vermelho em Suez. A posição geográfica única do Canal de Suez o torna de especial importância para o mundo e também para o Egito. Essa importância está aumentando com a evolução do transporte marítimo e do comércio mundial. O transporte marítimo é o meio de transporte mais barato, enquanto mais de 80% do volume do comércio mundial é transportado por via navegável (comércio marítimo)².

Segundo a Autoridade do Canal de Suez (SCA - Suez Canal Authority), o atual estágio de navegabilidade do canal permite a navegação das seguintes porcentagens das embarcações totalmente carregadas: 61,2% da frota mundial de navios-tanque; 92,7% da frota mundial de navios graneleiros; e 100% da frota mundial de navios contêineres e outros tipos de navios³.

Daí as repercussões negativas para o comércio internacional com o bloqueio do Canal ocorrido em março de 2021.

² “The Suez Canal is considered to be the shortest link between the east and the west due to its unique geographic location; it is an important international navigation canal linking between the Mediterranean Sea at Port said and the Red Sea at Suez. The unique geographical position of the Suez Canal makes it of special importance to the world and to Egypt as well. This importance is getting augmented with the evolution of maritime transport and world trade. The maritime transport is the cheapest means of transport, whereas more than 80 % of the world trade volume is transported via waterways (seaborne trade)”.
<https://www.suezcanal.gov.eg/English/About/Pages/WhySuezCanal.aspx>. Acesso: 23 abril 2021.

³ <https://www.suezcanal.gov.eg/English/About/SuezCanal/Pages/CanalCharacteristics.aspx>. Acesso: 23 abril 2021.



O acidente com o navio Ever Given é emblemático pois se trata de um navio novo, moderno e de grande capacidade de transporte de contêineres. A sua capacidade de carga é de 20.000 TEU⁴, comprimento total (LOA⁵) de 399,94 metros e largura é 59 metros⁶.

Além das características dimensionais da embarcação, é importante destacar algumas peculiaridades sobre o navio porta-contêineres Ever Given (IMO nº 9811000).

Trata-se de um navio mercante de propriedade da empresa japonesa Shoei Kisen Kaisha Ltd⁷, construído em 2018 pelo estaleiro japonês Imabari Shipbuilding, afretado por tempo e operado pela empresa Evergreen Marine, que tem sede em Taiwan, tendo como porto de registro a Cidade do Panamá, arvorando, portanto, a bandeira panamenha. A gestão técnica do navio é feita pela empresa alemã Bernhard Schulte Shipmanagement (BSM)⁸, sendo a sua tripulação de 25 marítimos de nacionalidade indiana, incluindo o seu comandante.

Trata-se, portanto, de um navio que arvora bandeira de um registro aberto⁹, onde não existe um vínculo efetivo do navio com o país de seu registro. Essa questão será importante para o tema principal do presente estudo.

Ademais, deve-se ressaltar a multiplicidade de atores com nacionalidades diversas, o que torna mais complexa a situação jurídica envolvendo o encalhe do navio e, por conseguinte, as consequências econômicas futuras das eventuais reparações por danos causados em virtude do fato.

Essa realidade fática também não contribui para os desdobramentos futuros envolvendo a tripulação do navio, à qual deve estar no centro das investigações das causas do acidente. De

⁴ TEU significa “Twenty-feet Equivalent Unit” - Unidade Equivalente a Vinte Pés. Refere-se a uma unidade de contêiner de 20 pés.

⁵ LOA significa “length overall”, que é o comprimento total do navio.

⁶ https://www.marinetraffic.com/en/ais/details/ships/shipid:5630138/mmsi:353136000/imo:9811000/vessel:EVER_GIVEN. Acesso: 23 abril 2021.

⁷ Interessante observar que, conforme informações constantes do site da Evergreen Marine Corp. no endereço <https://www.shipmentlink.com/tvi1/jsp/TVI1_VesselParticulars.jsp> (Acesso: 24 abril 2021), a proprietária da embarcação seria a empresa Luster Maritime SA. Aparentemente essas empresas fazem parte de um grupo econômico.

⁸ Segundo a BSM, ela dispõe de mais de 12.000 marítimos, sendo um dos maiores “pools” de marítimos altamente qualificados, disponibilizando-os para atender aos exigentes requisitos de suas funções, com um apoio de 1.500 funcionários em terra (<https://www.bs-shipmanagement.com/en/services/crew-managment>. Acesso: 24 abril 2021).

⁹ Existe um movimento global, sobretudo dos países conhecidos como registros abertos, para não se empregar o termo “bandeira de conveniência” diante de sua conotação negativa ou pejorativa. Contudo, a realidade revela que o termo bandeira de conveniência ainda é atual, embora não necessariamente relacionado a navios “substandard”.



qualquer forma, a imagem da tripulação já foi atingida pela maneira como o Egito decidiu deter o navio após o seu desencalhe no Canal de Suez.

A questão do Ever Given ser um navio de bandeira de conveniência não é irrelevante, nem mesmo secundária, para a condição de vulnerabilidade da tripulação.

Segundo Boleslaw Adam Boczek, “bandeiras de conveniência se referem às bandeiras de Estados que conferem nacionalidade a navios que com eles não possuem conexão genuína”¹⁰, sendo a relação entre eles meramente formal.

Sempre importante destacar que o art. 91 da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar de 1992 (UNCLOS¹¹) dispõe sobre a necessidade de existir um vínculo substancial entre o Estado e o navio.

ARTIGO 91 Nacionalidade dos navios

1. Todo estado deve estabelecer os requisitos necessários para a atribuição da sua nacionalidade a navios, para o registro de navios no seu território e para o direito de arvorar a sua bandeira. Os navios possuem a nacionalidade do Estado cuja bandeira estejam autorizados a arvorar. Deve existir um vínculo substancial entre o Estado e o navio.
2. Todo estado deve fornecer aos navios a que tenha concedido o direito de arvorar a sua bandeira os documentos pertinentes.

No caso do navio Ever Given, não há nenhum elemento de conexão com o Panamá, que é um registro aberto. A escolha do registro, portanto, leva em consideração diversos fatores que são “convenientes” a quem tem a atribuição de tomar tal decisão.

O termo “bandeira de conveniência” está, atualmente, relacionado ao fenômeno do “flagging out”. Os proprietários buscam registrar os seus navios em países mais flexíveis em termos de legislação, sobretudo com vantagens fiscais, embora outros fatores se agreguem na formação da decisão em qual país registrar o navio.

¹⁰ “(...) flags of convenience refer to the flags of states which grant nationality to ships with they have no genuine connection (...)”. (BOCZEK, Boleslaw Adam. *Flags of Convenience*. An International Legal Study. Cambridge: Harvard University Press, 1962, p. 3).

¹¹ UNCLOS – “United Nations Convention on the Law of the Sea”.



Oswaldo Agripino de Castro Jr. diz que a bandeira de conveniência é o “registro de navio em países para reduzir o pagamento de tributos, custos de tripulantes, segurança e manutenção do navio”¹².

A estratégia dessas empresas é buscar espaços não regulados ou de má qualidade regulatória, para que seus navios sejam registrados. O país de registro determina as normas que se aplicam ao navio (lei do pavilhão). (...) Essa estratégia econômica se chama *flag shopping* e nos anos 60 era vista como forma de evitar a lei. Atualmente é considerada evasão legal, porque o Estado da bandeira não tem controle sobre o proprietário, nem tem um vínculo genuíno com o mesmo¹³.

Em um passado não muito distante, havia uma noção difundida na comunidade marítima internacional de que os navios de bandeiras de conveniência eram embarcações de baixo padrão em termos de segurança da navegação, proteção ao meio ambiente, capacidade técnica da tripulação, e desrespeito aos direitos sociais dos profissionais do mar.

Essa realidade vem sendo modificada pela introdução de controles governamentais mais efetivos sobre as empresas de navegação e sobre os navios que elas operam.

O regime de Controle do Estado do Porto (“Port State Control” - PSC) foi fundamental para a mudança da realidade fática desses registros, em benefício de toda a indústria da navegação. Por intermédio do PSC, os países são legitimados a vistoriarem os navios de bandeiras estrangeiras quando em operação em seus portos, com o objetivo de verificarem o cumprimento das principais convenções internacionais da Organização Marítima Internacional.

É verdade que a responsabilidade pelo controle da conformidade dos navios com as normas internacionais de segurança, de prevenção da poluição e de condições de vida e de trabalho a bordo dos navios incumbe, primariamente, ao Estado da Bandeira, que a exerce pelo denominado “Flag State Control” (FSC). Contudo, muitos países que autorizam o uso de sua bandeira não possuem um vínculo efetivo com a embarcação, com a empresa que a explora e/ou com o seu proprietário, configurando-se em bandeiras de conveniência ou, eufemisticamente, registros abertos.

¹² CASTRO JR., Oswaldo Agripino de. Segurança Marítima e Bandeiras de Conveniência: Possibilidades de Regulação. In: CASTRO JR., Oswaldo Agripino de (Coord.) *Direito Marítimo, Regulação e Desenvolvimento*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 594.

¹³ Idem, *Ibidem*, pp. 594-595.



Historicamente, esse controle pelos denominados Estados de bandeiras de conveniência mostrou-se frágil e não efetivo. Assim, a partir da criação do regime do “Port State Control”, os países passaram a aperfeiçoar os seus sistemas de “Flag State Control”, para que os navios que arvoram as suas bandeiras não sofram as ações de outros Estados onde operam.

Feitas essas considerações, resta destacar que o Ever Given, embora registrado em um registro aberto, não deve ser considerado um navio “substandard”, não sendo, em princípio, adequado atribuir a ocorrência do acidente no Canal de Suez a essa característica.

3 OS TRABALHADORES DO MAR E A INVISIBILIDADE NA NORMALIDADE. OS OLHOS DO MUNDO SE VOLTAM PARA A TRIPULAÇÃO NO ENCALHE DO NAVIO EVER GIVEN

Antes mesmo que o Canal de Suez fosse liberado para a navegação, já começaram as especulações sobre as causas do acidente envolvendo o Ever Given. Naturalmente, os olhos das autoridades egípcias, da comunidade marítima, da mídia e, de certa forma, do mundo se voltaram para a tripulação, composta por marítimos indianos.

O trabalho no mar, exercido fora das vistas da maior parte da sociedade, gera certa invisibilidade para os marítimos. O véu que cobre essa invisibilidade, entretanto, é levantado sempre que ocorre algum grande incidente envolvendo um navio. E, dependendo da extensão do acidente, a potencialidade de prejuízos aos marítimos se agrava, sobretudo pela vulnerabilidade dessa categoria de profissionais diante dos interesses envolvidos na aventura marítima.

Uma outra perspectiva merece ser destacada: os marítimos são trabalhadores essenciais em uma indústria chave para o comércio mundial. E essa essencialidade ficou evidenciada com a covid-19, junto com um efeito colateral causado pela pandemia, qual seja, a dificuldade de rendição das tripulações que se encontravam a bordo dos navios quando do agravamento da crise sanitária mundial.

Os marítimos têm sido os heróis anônimos desta pandemia, pois o mundo depende deles para transportar mais de 80% do volume do comércio, incluindo alimentos vitais e produtos médicos, energia e matérias-primas, bem como produtos manufaturados em todo o mundo. Eles também foram vítimas colaterais da crise, já que as restrições às



viagens deixaram dezenas de milhares deles presos em navios ou impossibilitados de embarcar¹⁴.

O Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas, o português António Guterres, deixou bem claro, em sua mensagem do Dia Marítimo Mundial de 24 de setembro de 2020, a importância dos marítimos para a economia global e a pressão que esses trabalhadores estão suportando em virtude da pandemia da covid-19.

Continuo muito preocupado com a crescente crise humanitária e de segurança que enfrenta centenas de milhares desses trabalhadores indispensáveis. Apesar das condições sem precedentes causadas pela pandemia, os marítimos continuaram a apoiar incansavelmente a frequentemente invisível cadeia de logística global. Exaustos física e mentalmente, longe de suas famílias e entes queridos, seu tempo no mar foi estendido muito além dos padrões estipulados nas convenções internacionais, com algumas viagens de serviço agora se estendendo por mais de 17 meses. Marítimos cansados não podem operar indefinidamente, e interrupções no transporte marítimo internacional teriam consequências devastadoras¹⁵.

Uma das primeiras manifestações da Autoridade do Canal de Suez (SCA) foi imputar a responsabilidade do acidente a um possível erro cometido pelo comandante do navio Ever Given.

O presidente da Autoridade do Canal de Suez sugeriu que um possível erro do capitão do Ever Given poderia ter levado ao encalhe do navio de contêiner gigante na hidrovia no mês passado. Após o incidente de encalhe, a autoridade do canal está ponderando modificações em suas operações físicas. (...) Por outro lado, as autoridades da SCA negam qualquer responsabilidade pelo encalhe, com o tenente-general Rabie especulando que o comandante do navio pode ser o culpado. Ele disse: “Talvez o capitão tenha cometido um erro em um pedido específico, como leme ou velocidade, o que poderia ter levado a isso. Mesmo quando as ordens são emitidas pelo práctico, o comandante tem o direito de alterá-las ou usar qualquer rota ou velocidade diferente da indicada pelo guia. Não houve erro ou responsabilidade por parte da [SCA]”¹⁶.

¹⁴ “Seafarers have been the unsung heroes of this pandemic, as the world relies on them to transport more than 80% of trade by volume, including vital food and medical goods, energy and raw materials, as well as manufactured goods across the globe. They have also been collateral victims of the crisis, as travel restrictions have left tens of thousands of them stranded on ships, or unable to join ships”. <https://www.imo.org/en/MediaCentre/HotTopics/Pages/FAQ-on-crew-changes-and-repatriation-of-seafarers.aspx>. Acesso: 02 maio 2021.

¹⁵ “I remain very concerned about the growing humanitarian and safety crisis facing hundreds of thousands of these indispensable workers. Despite the unprecedented conditions brought about by the pandemic, seafarers have continued to tirelessly support the often invisible global logistics chain. Physically and mentally exhausted, away from their families and loved ones, their time at sea has now been extended far beyond the standards stipulated in international conventions, with some tours of duty now stretching more than 17 months. Fatigued seafarers cannot operate indefinitely, and disruptions to international shipping would have devastating consequences”. <https://unrcca.unmissions.org/secretary-general%E2%80%99s-message-world-maritime-day>. Acesso: 03 maio 2021.

¹⁶ “The chairman of the Suez Canal Authority has suggested a possible mistake by the captain of the Ever Given could have led to the grounding of the giant container ship in the waterway last month. After the grounding incident,



A reação da SCA não surpreende, sendo até previsível. Mesmo diante da presença do prático a bordo do navio, certamente no controle da travessia do canal, a imputação da provável responsabilidade ao comandante do navio pelo acidente busca exonerar a Administração do Canal de culpa pelo sinistro.

Como foi destacado na introdução do estudo, o objeto da análise não é encontrar a causa do acidente nem o responsável pelo encalhe. Essa tarefa é atribuída aos investigadores que vão se debruçar sobre diversos elementos a partir das informações colhidas das mais diversas fontes, inclusive dos equipamentos de bordo.

Certamente a hipótese de erro humano não pode ser descartada, até porque grande parte dos acidentes marítimos teve esse fator como um dos elementos que contribuíram para os sinistros.

Em uma análise retrospectiva, a incidência de erro humano nos acidentes marítimos é significativa, levando a Organização Marítima Internacional a produzir o Código Internacional de Gerenciamento de Segurança (ISM Code – “International Safety Management Code”).

A adoção desse Código foi paradigmática. Até então, diante de um grande acidente, a comunidade marítima, por intermédio da IMO, promovia mudanças em equipamentos e sistemas (“hardware”) deixando de lado o elemento humano. Em uma análise holística, a IMO concluiu que o fator humano (“humanware”) não poderia ser desconsiderado nas mudanças para melhoria das condições de segurança no transporte marítimo.

O número significativo de acidentes graves durante a década de 1980, e as conclusões das investigações instauradas para a apuração dos fatos que levaram aos sinistros, revelaram um quadro preocupante diante da significativa influência de erros humanos conjugada com as falhas de gerenciamento identificadas como fatores contributivos para os eventos danosos.

the canal authority is pondering modifications to its physical operations. (...) On the other hand, SCA authorities deny bearing any responsibility for the grounding, with Lt. Gen. Rabie speculating that the vessel's master may be to blame recently. He said, “Maybe the captain made a mistake in a specific request, such as the rudder or speed, which could have led to that. Even when orders are issued by the guide [pilot], the captain has the right to change them or use any route or speed other than what the guide says. There was no error or responsibility on the part of the [SCA]”. <https://www.marine-pilots.com/articles/230435-suez-canal-chief-hints-mistake-by-captain-could-be-linked-to-ever-given-incident>. Acesso: 28 abril 2021.



Segundo Chengi Kuo¹⁷, estatísticas sobre requerimentos de seguro marítimo num período de cinco anos mostrou que cerca de 60% dos acidentes foram diretamente atribuídos a erros humanos enquanto que mais 30%, conexos com aspectos como falha estrutural e de equipamentos, estavam indiretamente ligados a decisões humanas.

Assim, a IMO reconheceu a importância do enfoque humanista na questão da segurança das operações marítimas e voltou a atenção para as pessoas envolvidas nas operações dos navios, tanto a bordo quanto em terra. Como consequência, foi adotada, pela Resolução A.741(18) de 1993, o Código ISM.

Incorporado à Convenção Internacional para a Salvaguarda da Vida Humana no Mar (SOLAS), o Código ISM tornou-se mandatório com a inclusão do Capítulo IX sobre Gerenciamento para a Operação Segura de Navios da SOLAS. Assim, o principal propósito desse novo Capítulo da Convenção SOLAS foi tornar o Código Internacional de Gerenciamento de Segurança mandatório, entrando em vigor em 01 de julho de 1998.

Como o Panamá é signatário da Convenção SOLAS, o navio Ever Given operava segundo os padrões de gerenciamento de segurança prescritos no Código ISM, com os controles decorrentes da implantação de um sistema de gerenciamento de segurança preconizado pelo Código.

Ademais, a tripulação do Ever Given, muito provavelmente, era devidamente certificada nos termos da Convenção Internacional sobre Normas de Formação, Certificação e de Serviço de Quartos para os Marítimos (STCW – “International Convention on Standards of Training, Certification and Watchkeeping for Seafarers”).

Contudo, mesmo diante dessa realidade, assumindo que o navio operava segundo os padrões adequados de gerenciamento de segurança, além de possuir os equipamentos modernos de navegação exigidos pela legislação internacional, é provável que as investigações se voltem para a tripulação, sobretudo os encarregados da navegação.

Cristian Castaño, Gerente de Assuntos da Marinha Mercante da Federação Europeia dos Trabalhadores dos Transportes (ETF - European Transport Workers' Federation), compartilha a

¹⁷ KUO, Chengi. *Managing Ship Safety*. London: LLP, 1998, p. 155.



reflexão da afiliada FSC-CCOO¹⁸ da ETF sobre a situação, clamando por uma investigação sobre as causas do bloqueio, bem como uma proteção mais forte dos marítimos. Nessa reflexão, ficou consignado que a FSC-CCOO não acredita que o Estado da Bandeira se empenhe na apuração do sinistro.

CCOO exige garantias de uma investigação ágil e verdadeira do acidente sejam estabelecidas imediatamente. A participação da Organização Marítima Internacional não se deve limitar a regulamentar e aprovar as normas, mas exigir o seu cumprimento por parte de todos os Estados que arvoram embarcações e, especialmente, aquelas cujas bandeiras são exclusivamente de conveniência, para evitar o cumprimento da lei pelos armadores. Se alguém acredita que o Panamá vai investigar o que aconteceu em “seu” navio, obviamente não conhece os mecanismos instalados no transporte marítimo internacional¹⁹.

Apesar dessa impressão declinada pela entidade espanhola, a Autoridade Marítima do Panamá, iniciou uma investigação sobre o acidente, conforme divulgado em seu sítio oficial na internet em 25 de março de 2021.

A Autoridade Marítima do Panamá (AMP) após receber a informação sobre o encalhe do navio Ever Given, na madrugada de 23 de março de 2021, iniciou uma investigação sobre os fatos ocorridos com o porta-contêineres no Canal de Suez, a fim de apurar as possíveis causas do acidente, informou o diretor-geral da Marinha Mercante (DGMM), Rafael Cigarruista. Relatórios preliminares indicam que o navio EVER GIVEN, com número IMO: 9811000, pertencente ao Registro de Navios do Panamá, aproximadamente às 5h40. (UTC) ao transitar pelo Canal de Suez, apesar dos fortes ventos e de uma tempestade de areia, com dois práticos a bordo (titulares em Suez), teve problemas com a máquina que afetaram a sua manobrabilidade²⁰.

¹⁸ FSC-CCOO significa “Federación de Servicios a la Ciudadanía de CCOO”. A CCOO, por sua vez, significa Comissões Operárias. É uma confederação sindical espanhola, considerada a primeira central sindical da Espanha em número de afiliados e delegados sindicais.

¹⁹ “CCOO demands the guarantees of an agile and truthful investigation of the accident to be established immediately. The participation of the International Maritime Organization must not be limited to regulating and approving the rules, but to demand compliance with them from all States that flag vessels and especially those whose flags are exclusively of convenience to keep shipowners from abiding by the law. If anyone believes that Panama is going to investigate what happened in “its” ship, they clearly don’t know the mechanisms set up in international maritime transport.” <https://www.etf-europe.org/the-container-ship-ever-given-and-what-hides-behind-maritime-accidents/> Acesso: 05 maio 2021.

²⁰ “La Autoridad Marítima de Panamá (AMP) luego de recibir la información sobre el encallamiento del buque Ever Given, a primeras horas del 23 de marzo de 2021, inició una investigación de los sucesos acaecidos al portacontenedores en el Canal de Suez, a fin de determinar las posibles causas del accidente, informó el director general de Marina Mercante (DGMM), Rafael Cigarruista. Informes preliminares indican que la nave EVER GIVEN, con número IMO: 9811000, perteneciente al Registro de Buques de Panamá, aproximadamente a las 5:40 a.m. (UTC) cuando transitaba por el Canal de Suez, a pesar de los fuertes vientos y una tormenta de arena, con dos pilotos a bordo (titulares en Suez), sufrió problemas en su máquina que afectaron su maniobrabilidad”.



A presteza da Autoridade Marítima do Panamá em divulgar a abertura das investigações revela dois aspectos importantes. O primeiro é a própria gravidade do acidente e as suas repercussões para a indústria do transporte marítimo. O segundo aspecto repousa na credibilidade do Panamá em realizar o Controle do Estado da Bandeira sobre os navios registrados no país. Afinal, como consignado anteriormente, há um movimento dos registros abertos no sentido de afastar a presunção de complacência com os proprietários dos navios.

De qualquer forma, não há dúvidas de que a iniciativa do Panamá é importante para a apuração das causas do acidente, o que deve ser feito em cooperação com as autoridades egípcias, país diretamente impactado com o bloqueio do Canal de Suez.

Contudo, persiste o risco real de que a tripulação do navio e os dois práticos que estavam a bordo arquem com parte significativa da responsabilidade pelo acidente que bloqueou o Canal de Suez.

Os práticos e a tripulação a bordo do navio de contêineres que bloqueou o Canal de Suez podem ser presos e "feitos bodes expiatórios" para o incidente, enquanto os investigadores continuam a procurar a causa do encalhe que estrangulou o comércio global. Representantes do sindicato temem que a tripulação indiana de 25 homens a bordo do Ever Given, de 220.000 toneladas, que se viu preso na importante via navegável do Egito na terça-feira passada, ficará sob crescente escrutínio da Autoridade do Canal de Suez, com alegações de que os trabalhadores poderão ser colocados, em breve, em prisão domiciliar até que a investigação seja concluída. Autoridades egípcias devem capturar a tripulação do Canal de Suez enquanto eles realizam a investigação, com um especialista dizendo à mídia indiana que os investigadores ouviriam as gravações das conversas dos marinheiros antes do bloqueio. Os investigadores também vão questionar os dois práticos egípcios que estavam a bordo do Ever Given como chefes do canal, observando a possibilidade de "erro humano". No entanto, o governo indiano e as organizações de marinheiros indianos temem que a tripulação possa enfrentar acusações criminais de negligência e penas de prisão pelo bloqueio de seis dias, que gerou cerca de £ 6,5 bilhões no comércio global todos os dias. 'Há um perigo claro de que a tripulação se transforme em bodes expiatórios', disse um membro sênior da indústria naval ao The Times of India²¹.

<https://amp.gob.pa/notas-de-prensa/amp-inicia-investigacion-por-suceso-ocurrido-al-portacontenedores-ever-given-en-el-canal-de-suez/>. Acesso: 05 maio 2021.

²¹ "The pilots and crew onboard the massive container ship that blocked the Suez Canal could face arrest and be 'made scapegoats' for the incident as investigators continue to search for the cause of the grounding that strangled global trade. Union officials fear the 25-man Indian crew onboard the 220,000-ton Ever Given, which found itself wedged across the crucial waterway in Egypt last Tuesday, will fall under increasing scrutiny from the Suez Canal Authority, with claims that the workers could soon be placed under house arrest until the investigation is completed. Egyptian maritime officials are expected to seize the Suez Canal crew as they carry out their probe, with one expert telling Indian media that investigators would listen to recordings of mariners' conversations in the lead-up to the blockage. Investigators will also question the two Egyptian pilots who were aboard the Ever Given as canal



De fato, o navio e a sua tripulação encontram-se “presos” em águas egípcias. O site da BBC divulgou, em 14 de abril de 2021, a notícia de que o Egito apreendeu o navio que bloqueou o Canal de Suez por mais de US \$ 900 milhões de indenização.

O Egito apreenderá o navio de contêineres gigante que bloqueou o Canal de Suez no mês passado, até que seu proprietário japonês pague US \$ 900 milhões (£ 652 milhões) em compensação. (...) O Ever Given está fundeado no Great Bitter Lake, o ponto intermediário do canal. (...). O presidente da Autoridade do Canal de Suez (SCA), Osama Rabie, disse na terça-feira que o Ever Given foi "apreendido por não ter pago US \$ 900 milhões" em compensação, informou a mídia estatal egípcia²².

Os envolvidos no acidente devem enfrentar, daqui em diante, várias semanas, ou até meses, até que as questões decorrentes do acidente sejam definitivamente resolvidas. Muitas das indenizações pelos atrasados serão resolvidas com base no que consta na carta-partida e nas coberturas previstas nas cláusulas das apólices de seguros.

Outros danos, como o alegado prejuízo à reputação das operações executadas pelo Canal de Suez, devem ser resolvidos nas cortes judiciais ou por arbitragem.

Contudo, ainda permanece a questão da tripulação, que se encontra a bordo do navio no momento em que se escreve o presente estudo, com as incertezas advindas de futuras responsabilizações pelo acidente.

4 A VULNERABILIDADE DA TRIPULAÇÃO E OS REGISTROS ABERTOS. UMA REALIDADE INCONVENIENTE

O fenômeno do “flagging out”, intensificado nas últimas duas décadas do século passado, contribui para a vulnerabilidade dos marítimos.

chiefs look at the possibility of 'human error'. However the Indian government and the Indian seafarers' organisations fear the crew could face criminal negligence charges and jail sentences for the six-day blockage, which held up an estimated £6.5 billion in global trade every day. 'There is a clear danger that the crew will be made scapegoats,' a senior member of the shipping industry told The Times of India". (<https://www.dailymail.co.uk/news/article-9420895/Indian-crew-Given-face-ARREST-Egyptian-authorities-probe-crash-Suez-Canal.html>. Acesso: 04 maio 2021.)

²² “Egypt will impound the giant container ship that blocked the Suez Canal last month until its Japanese owner pays \$900m (£652m) in compensation. (...) The Ever Given is anchored in the Great Bitter Lake, the canal's midway point. (...). The chairman of the Suez Canal Authority (SCA), Osama Rabie, said on Tuesday that the Ever Given had been "seized due to its failure to pay \$900m" in compensation, Egyptian state media reported". (<https://www.bbc.com/news/world-middle-east-56743556>. Acesso: 05 maio 2021.)



G.N. Yannopoulos aponta que a existência das bandeiras de conveniência criou um tipo de dualismo na indústria do transporte marítimo internacional, desenvolvendo um estudo comparativo dos custos, incluindo os envolvidos na contratação dos marítimos.

O custo total do trabalho de se empregar um marinheiro a bordo de um navio de bandeira nacional de um país marítimo tradicional é maior do que o custo de empregar um marinheiro semelhante em um navio de bandeira de conveniência. Mesmo que os salários nominais sejam iguais nos dois setores, os custos com seguridade social, pensões e apoio a programas de treinamento da indústria são muito mais baixos sob a bandeira de conveniência²³.

Embora esse artigo tenha sido escrito na década de 1980, as questões envolvendo os custos da tripulação ainda são bastante atuais.

No caso do Brasil, em que pese a redução significativa da frota mercante nacional, desde a década de 1990, ainda existe uma política marítima de formação dos aquaviários, a cargo da Marinha do Brasil, responsável pelo cumprimento das convenções internacionais que o país se comprometeu em termos de certificação. Esse sistema de formação, o Sistema do Ensino Profissional Marítimo (SEPM), foi instituído no artigo 5º da Lei nº 7.573/1986, que é a Lei do Ensino Profissional Marítimo (EPM), e é operacionalizado pelo Programa do Ensino Profissional Marítimo para Aquaviários (PREPOM – Aquaviários. Cabe destacar que o SEPM é mantido com recursos públicos que são estabelecidos no orçamento da União com a destinação de receitas de natureza tributária.

Contudo, mesmo que se defenda o fortalecimento da marinha mercante brasileira, o que significa navios registrados no Brasil, como meio de desenvolvimento econômico e estratégico para o país, há setores que buscam a maximização de vantagens competitivas ainda que em conflito com os interesses nacionais e da sociedade como um todo.

Sem ampliar o escopo dessa discussão, que merece um estudo próprio, pode-se dar o exemplo do “Programa BR do Mar”, que tramita no Congresso Nacional²⁴.

²³ “The aggregate labour cost of employing one seaman aboard a vessel under the national flag of a traditional maritime country is higher than the cost of employing a similar seaman on a flag of convenience vessel. Even if nominal wages are the same in two sectors, payments for social security, pensions, and the support of industry training schemes are much lower under a flag of convenience”. (YANNOPOULOS, G. N. The Economics of “Flagging Out”. *Journal of Transport, Economics and Policy (JTEP)*. Vol. 22, nº 2, may 1988, pp. 197-198.).

²⁴ Em 27 de abril de 2021 foi publicada a Mensagem nº 169/2021 solicitando que seja considerada sem efeito, e, portanto, cancelada, a urgência pedida com apoio no § 1º do art. 64 da CRFB/1988.



O texto aprovado na Câmara dos Deputados e encaminhado ao Senado Federal prevê, em qualquer situação de afretamento prevista no projeto, que os contratos de trabalho dos tripulantes de embarcação estrangeira afretada deverão seguir as normas do país da bandeira arvorada pelo navio, além de seguir as regras internacionais da OIT, e a própria Constituição da República de 1988, no que tange aos direitos como 13º salário, adicional de um 1/3 de férias, FGTS, licença-maternidade, entre outros. Além disso, o texto prevê a prevalência do negociado, ou seja, a precedência de acordo ou convenção coletiva de trabalho sobre outras normas que regem as relações de trabalho a bordo. Por fim, também assegura a necessidade de contratação de tripulação brasileira equivalente a 2/3 do total em cada nível técnico do oficialato, incluídos os graduados ou subalternos, e em cada ramo de atividade, além do comandante, o mestre de cabotagem, o chefe de máquinas e o condutor de máquinas serem brasileiros.

Um dos pontos que sofre resistência de alguns segmentos é justamente a exigência de 2/3 de tripulantes brasileiros prevista no Projeto de Lei²⁵, que seria um fator de aumento dos custos das operações. Assim, há quem defenda uma maior desregulamentação, inclusive questionando a manutenção da regra de contratação de marítimos brasileiros sob o argumento do suposto custo elevado desses trabalhadores em comparação com a tripulação inteiramente estrangeira.

Os grandes óbices à cabotagem são o excesso de burocracia nos portos - onde há uma dezena de órgãos intervenientes, sem a devida uniformidade de atuação -, as elevadas taxas portuárias, a obrigatoriedade dos serviços de praticagem (pilotos específicos para cada porto), os elevados encargos trabalhistas das tripulações brasileiras e o alto preço do bunker (combustível naval), sobre o qual incide o ICMS, ao contrário do diesel rodoviário, subsidiado. Nenhum desses entraves é enfrentado pelo BR do Mar, que prefere apostar numa maior entrada em serviço de navios estrangeiros, fabricados no exterior, com financiamento indireto brasileiro²⁶.

Essa realidade, ilustrada pelas discussões que vêm sendo travadas desde a divulgação do Programa BR do Mar pelo Governo Federal, revela uma questão manifesta sobre a situação dos marítimos. O descomprometimento dos armadores com as tripulações dos navios.

²⁵ Trata-se do PL 4.199/2020, encaminhado pelo Poder Executivo, e que tem como finalidade o estímulo ao transporte por cabotagem. Esse PL já foi aprovado pela Câmara dos Deputados e se encontra no Senado Federal. Nos termos em que foi encaminhado ao Senado Federal, os navios fretados nos termos do “Programa BR do Mar” deverão manter tripulação brasileira equivalente a dois terços do total de trabalhadores em cada nível técnico do oficialato, incluídos os graduados ou subalternos, e em cada ramo de atividade devendo, ainda, o comandante, o mestre de cabotagem, o chefe de máquinas e o condutor de máquinas serem brasileiros.

²⁶ <https://portogente.com.br/noticias/opiniao/113533-br-do-mar-o-que-a-cabotagem-realmente-precisa>. Acesso em: 05 maio 2021.



O descolamento do cuidado com o elemento humano que tripula os navios parece ser a tônica das empresas de navegação, facilitado pelo sistema das bandeiras de conveniência. Assim, um dos efeitos da globalização e da proliferação das bandeiras de conveniência é o distanciamento dos armadores de navios da gestão da mão de obra marítima. Muitos armadores, atualmente, não contratam os seus tripulantes diretamente, deixando a tarefa de contratação e manutenção dos marítimos para empresas de gerenciamento²⁷.

O setor tem se transformado devido ao fenômeno da abertura de registro e à ascensão das empresas de gestão de navios. Em relação à contratação de mão de obra, tais mudanças foram acompanhadas do surgimento de agências de recrutamento intermediárias, que transformaram o processo de seleção que dão base para o mercado de trabalho global de marítimos. Tais agências, geralmente localizadas em países não pertencentes à OCDE, costumam estabelecer acordos para fornecer mão de obra local para proprietários e administradores de navios globais. O recrutamento direto de trabalhadores marítimos e aquele baseado em recomendações pessoais foram se tornando cada vez mais incomuns no setor de transporte marítimo, atualmente dominado pelo trabalho terceirizado²⁸.

Já a bordo dos navios, a vulnerabilidade da gente do mar²⁹, termo utilizado pela Convenção de Trabalho Marítimo da OIT (MLC 2006 – “Maritime Labour Convention”³⁰), é decorrência de exercerem as suas atividades profissionais em um ambiente de isolamento, fora da dinâmica cotidiana do restante da sociedade, o que lhes conferem certa invisibilidade³¹.

Essa situação é ainda mais agravada em decorrência da tênue relação mantida com a empresa que efetivamente se beneficia com o trabalho desses profissionais.

²⁷ ALDERTON, Patrick M. *Reeds Sea Transport. Operation and Economics*. Londres: Adlard Coles Nautical, 2011. p. 88.

²⁸ SAMPSON, Helen. *Trabalhadores Marítimos Internacionais e Transnacionalismo no Século XXI*. Campinas: Editora da Unicamp, 2018, p. 100.

²⁹ No âmbito da OIT, nas convenções e recomendações sobre o setor marítimo, é tradição o emprego da expressão genérica “gente do mar” para se referir aos trabalhadores embarcados, com as seguintes traduções: “seafarer”, em inglês, “gen de mer” ou “marin”, em francês, “gente de mar”, em espanhol, “Seeleute”, em alemão. O termo foi traduzido como “marítimo”, e assim consta na versão em português da MLC 2006.

³⁰ A MLC, adotada pela OIT em 2006, é um importante instrumento para a agenda do trabalho decente a bordo dos navios mercantes, consolidando, em um único diploma normativo, diversas convenções adotadas pela Organização, desde a sua criação em 1919, relativas à indústria marítima.

³¹ A própria indústria da navegação tem a sua importância relativizada pelo desconhecimento das pessoas, em geral, do fluxo de bens transportados pelo modo aquaviário. Rose George escreveu um livro interessante sobre a indústria do *shipping*, captando essa realidade no subtítulo “Inside Shipping, the Invisible Industry that Brings You 90% of Everything” – Por dentro do *Shipping*, a Indústria que traz para você 90% de tudo (GEORGE, Rose. *Deep Sea and Foreign Going. Inside Shipping, the Invisible Industry that Brings You 90% of Everything*. London: Granta, 2013).



Nesse contexto, não se deve esperar quer a empresa japonesa proprietária do navio, a empresa fretadora Evergreen, ou o Panamá, onde o Ever Given é registrado, vão se empenhar em tutelar os interesses da tripulação de nacionalidade indiana.

A empresa alemã Bernhard Schulte Shipmanagement encarregada do gerenciamento técnico da embarcação, por estar envolvida na gestão da mão de obra marítima, deverá dar suporte aos marítimos, embora o faça por questões de credibilidade de suas atividades. Desta forma, embora não se espere que venha a ser responsabilizada diretamente pelo acidente, a Bernhard Schulte Shipmanagement pode ter a sua reputação em risco na eventualidade de ser apontada alguma falha na gestão da embarcação.

Ainda resta a possibilidade de o Estado Indiano conceder alguma forma de suporte aos seus nacionais, em função de a tripulação ser integralmente indiana. Contudo, por ser essa a única conexão com a Índia, no caso do navio Ever Given, o empenho do Governo indiano pode se limitar a emissão de notas diplomáticas.

No caso do incidente com o navio Ever Given, a despeito da ansiedade natural da tripulação, os encaminhamentos das negociações envolvendo os principais atores apontam que se deve resolver o caso com uma autocomposição, embora a judicialização não seja descartada.

Não podem restar dúvidas de que, em todo esse cenário, sobretudo diante dos interesses que gravitam em torno do acidente, a parte mais vulnerável é, de fato, a tripulação do navio. Infelizmente, ainda se corre o risco de se criminalizar os marítimos que tripulavam o navio quando do acidente que bloqueou o Canal de Suez.

Contudo, uma realidade ainda mais preocupante precisa ser considerada, embora seja remota no caso do navio Ever Given, que é o abandono do navio pelo seu proprietário. No caso específico do navio Ever Given, levando-se em consideração as partes envolvidas na operação do navio, sobretudo da empresa Evergreen Marine, não se cogita que a embarcação possa ser abandonada.

O abandono de navios e, por via de consequência, de suas tripulações tem se revelado como uma das maiores violações de direitos humanos na indústria do shipping.

Segundo a IMO, o número total de casos registrados na base de dados da Organização desde 2004 até agosto de 2020 é de 438, envolvendo 5.767 marítimos. Para o ano de 2020, até agosto, foram relatados 31 casos atingindo 470 marítimos.

Nos últimos três anos, houve um aumento dramático de casos após a entrada em vigor em 18 de janeiro de 2017 das alterações de 2014 à MLC de 2006 relativas à segurança financeira em casos de abandono. Em 2019, foram abandonados 474 marítimos em 40 navios, enquanto em 2018 foram notificados 44 casos e 1 em 2017 um total de 55, de acordo com a base de dados IMO / OIT. Nos cinco anos anteriores, uma média de apenas 12 a 17 navios foram abandonados por ano³².

Com o abandono do navio pelo armador, a vulnerabilidade da tripulação é potencialidade, com a degradação da própria condição de ser humano do marítimo. O abandono é acompanhado da cessação do pagamento da tripulação, se a inadimplência remuneratória já não viesse ocorrendo, de interrupção do abastecimento de víveres e combustível, além de outros fornecedores, bem como da desassistência médica e odontológica.

Estando o navio atracado, o mesmo é retirado do berço de atracação e levado para o largo, na área de fundeio, onde fica às vezes por diversos meses sem qualquer assistência do armador. Com o passar do tempo, os víveres (comida e aguada) vão se esgotando. Do mesmo modo, na medida em que o combustível é utilizado também para a geração de energia elétrica do navio, o seu término ameaça a existência digna a bordo, já que não haverá mais aquecimento ou refrigeração para o conforto mínimo da tripulação, nem para a manutenção dos alimentos que necessitam de conservação refrigerada. Também será ameaçada a própria segurança da embarcação e de outros navios, já que não será possível manter as luzes de fundeio necessárias para a sinalização acessas³³.

Inclusive há um caso paradigmático na área do Canal de Suez que retrata bem as condições a que se sujeitam os marítimos no caso de abandono do navio.

Há dois anos Mohammad Aisha é o único tripulante de um navio porta-contêineres abandonado ao largo do Egito, no Golfo de Suez. Se precisar carregar o telefone, conseguir água potável ou comprar comida, ele tem que remar para a praia, embora só possa ficar por duas horas no máximo, pois a área é uma zona militar restrita. Segundo um médico que o examinou, o marinheiro desnutrido começou a apresentar sintomas semelhantes aos dos presos mantidos em más condições. (...) Outros tripulantes foram

³² “There has been a dramatic rise in cases over the past three years following the entry into force on 18 January 2017 of the 2014 amendments to MLC, 2006 concerning financial security in cases of abandonment. In 2019, 474 seafarers on 40 ships were abandoned, while in 2018 a total of 44 instances were reported and in 2017 a total of 55, according to the IMO/ILO database. In the previous five years, an average of just 12 to 17 ships a year were abandoned”. (<https://www.imo.org/en/OurWork/Legal/Pages/Seafarer-abandonment.aspx>. Acesso: 08 maio 2021.)

³³ MEIRINHO, Augusto Grieco Sant’Anna. Navios Estrangeiros Abandonados em Águas Jurisdicionais Brasileiras e a Atuação do Ministério Público do Trabalho. A Defesa da Dignidade Humana dos Marítimos. In: MIESSA, Élisson e CORREIA, Henrique (Orgs.). *Estudos Aprofundados do Ministério Público do Trabalho*. Salvador: JusPodium, 2017, p. 462.



repatriados em setembro de 2019, deixando-o sozinho em um navio esqueleto de armários sujos e vazios e quartos imundos. “É uma prisão solitária”, disse ele. Aisha espera que seu estranho confinamento chegue ao fim a qualquer momento, depois que um representante sindical local concordou em assumir seu lugar como guardião do navio. A cada minuto que passa, ele aguarda notícias da autoridade portuária de que o novo acordo foi ratificado, permitindo-lhe finalmente desembarcar e voltar para a Síria³⁴.

As ocorrências de abandono de navio se multiplicam no sistema dual de bandeiras, sobretudo envolvendo navios de registros abertos. Muitas dos casos de abandono, por sua vez, ocorrem após a adoção de medidas legais decorrentes de dívidas geradas a partir da própria operação do navio que, por sua vez, não deveriam acarretar descumprimento das obrigações previstas nos contratos de trabalho dos marítimos.

O navio pode ser arrestado por dívidas, ou o proprietário pode se tornar, ou alegar estar, insolvente. O navio também pode ser hipotecado para bancos em outro país, operado por uma empresa de gerenciamento de navios em outro lugar, e os verdadeiros proprietários escondidos atrás de uma série de véus corporativos. O marítimo pode ser abandonado no porto estrangeiro e privado de todos os salários devidos e de quaisquer acordos reais de repatriamento³⁵.

O agravamento da vulnerabilidade dos marítimos, por sua vez, está associado com a dinâmica de recrutamento realizado pelas agências, que funcionam como intermediadoras de mão de obra para quem explora economicamente os navios no comércio internacional.

Como não existe, em muitos casos, um vínculo empregatício direto entre os profissionais do mar e as empresas de shipping, observa-se, no plano fenomênico, uma fragilização na tutela das questões sociais dos marítimos.

³⁴ “For two years Mohammad Aisha has been the lone resident of an abandoned container ship marooned off Egypt in the Gulf of Suez. If he needs to charge his phone, get drinking water or buy food, he has to row to shore, although he can only stay for two hours at most as the area is a restricted military zone. According to one doctor who examined him, the malnourished sailor has started to exhibit similar symptoms to prisoners held in poor conditions. (...) Other crew members were repatriated in September 2019, leaving him alone on a skeleton vessel of dirty, empty cupboards and filthy living quarters. “It’s a solitary prison,” he said. Aisha is hoping his strange confinement will come to an end any day now after a local union representative agreed to take his place as the ship’s guardian. Every minute that passes, he waits for news from the port authority that the new arrangement has been ratified, allowing him to finally disembark and return home to Syria”. (<https://www.theguardian.com/environment/2021/apr/19/ever-given-crew-fear-joining-ranks-of-seafarers-stranded-on-ships-for-years>, Acesso: 11 maio 2021).

³⁵ “The ship may be arrested for debts, or the owner may become, or claim to be, insolvent. The ship may also be mortgaged to banks in yet another country, operated by a ship management company elsewhere, and the real owners hidden behind a series of corporate veils. The seafarer may be abandoned in the foreign port and deprived of all the wages owed and of any real repatriation agreements”. (FITZPATRICK, Deirdre and ANDERSON, Michael (Ed.). *Seafarers’ Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 29).



Embora as perspectivas de melhoria das condições sociais dos trabalhadores no mar tenham sido elevadas a um patamar formal convergente com a agenda do trabalho decente com a vigência da MLC 2006 da OIT, é fundamental que se busque uma interpretação adequada do princípio do vínculo substancial do navio com a bandeira que ele arvora.

5 CONCLUSÃO

O presente estudo teve como objetivo discutir as condições de vulnerabilidade das tripulações dos navios registrados em países considerados como registros abertos ou bandeiras de conveniência.

Para desenvolver o tema, partiu-se do acidente envolvendo o navio Ever Given, de bandeira do Panamá, que bloqueou o Canal de Suez em março de 2021 e provocou um congestionamento do tráfego marítimo naquela região.

Buscou-se revelar a complexidade de relações decorrentes da operação desse navio em virtude da multiplicidade de atores envolvidos, de nacionalidades diversas, além de centrar a discussão na vulnerabilidade da tripulação do navio, não apenas pela própria condição de trabalho no mar, mas sobretudo pelo fato de exercerem a sua atividade profissional em um navio sem um real e substancial vínculo com o Estado onde se encontra registrado.

Embora tenha se reconhecido que os controles governamentais sobre os navios, tanto os exercidos pelos diversos Estados do Porto quanto o Controle do Estado da Bandeira, contribuem para diminuir o número de navios de baixo padrão operando no tráfego marítimo mundial, e destacando-se que o navio Ever Given não se enquadra na categoria de navio “substandard”, a sistemática das bandeiras de conveniência não contribui para uma tutela adequada dos interesses da tripulação diante de um incidente impactante como o ocorrido no Canal de Suez .

Discutiu-se, ainda, a realidade de invisibilidade dos marítimos para a sociedade que, em grande medida, desconhece a dinâmica do trabalho embarcado. Nesse contexto, as notícias



divulgadas pela grande imprensa sobre um acidente como o ocorrido com o navio Ever Given, podem contribuir para a responsabilização da tripulação.

Com a tênue relação mantida entre os trabalhadores do mar e as empresas que efetivamente se beneficiam com o labor desses profissionais, fruto de um mercado de trabalho global de marítimos, a responsabilização da gente do mar em acidentes com repercussão é potencializada, agravando a condição de vulnerabilidade dos marítimos.

Com essas considerações, procurou-se demonstrar que a inexistência de um genuíno e real vínculo entre a bandeira que o navio arvora e o país que a fornece somado com a sistemática de contratação dos marítimos fragiliza os mecanismos de proteção dos trabalhadores no mar.

6 REFERÊNCIAS

- ALDERTON, Patrick M. *Reeds Sea Transport. Operation and Economics*. Londres: Adlard Coles Nautical, 2011.
- BOCZEK, Boleslaw Adam. *Flags of Convenience. An International Legal Study*. Cambridge: Harvard University Press, 1962.
- CASTRO JR., Osvaldo Agripino de. **Segurança Marítima e Bandeiras de Conveniência: Possibilidades de Regulação**. In: CASTRO JR., Osvaldo Agripino de (Coord.) *Direito Marítimo, Regulação e Desenvolvimento*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, pp. 581-620.
- FITZPATRICK, Deirdre and ANDERSON, Michael (Ed.). *Seafarers' Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2005.
- GEORGE, Rose. *Deep Sea and Foreign Going. Inside Shipping, the Invisible Industry that Brings You 90% of Everything*. London: Granta, 2013.
- KUO, Chengi. *Managing Ship Safety*. London: LLP, 1998.
- MEIRINHO, Augusto Grieco Sant'Anna. **Navios Estrangeiros Abandonados em Águas Jurisdicionais Brasileiras e a Atuação do Ministério Público do Trabalho. A Defesa da Dignidade Humana dos Marítimos**. In: MIESSA, Élisson e CORREIA, Henrique (Orgs.). *Estudos Aprofundados do Ministério Público do Trabalho*. Salvador: JusPodium, 2017, pp. 457-471.
- SAMPSON, Helen. *Trabalhadores Marítimos Internacionais e Transnacionalismo no Século XXI*. Campinas: Editora da Unicamp, 2018.
- YANNOPOLOUS, G. N. **The Economics of "Flagging Out"**. *Journal of Transport, Economics and Policy (JTEP)*. Vol. 22, nº 2, may 1988, pp. 197-207.



EL CONTRATO DE REMOLQUE

THE TOWAGE CONTRACT

Renato Pezoa Huerta¹

RESUMEN: El presente artículo estudia el Contrato de Remolque desde el Derecho Marítimo chileno, complementado con algunos elementos comparativos y disociativos del Derecho Marítimo inglés. Principia con un análisis de sus aspectos generales, y continúa determinando su concepto, características, requisitos para su celebración, clases de remolque, y las obligaciones de las partes contratantes que emergen en razón de este de acuerdo de voluntades, finalizando con un desarrollo de las diversas etapas contractuales o iter contractual del presente instituto jurídico.

PALABRAS CLAVE: Remolcador. Remolcar. Remolque. Salvamento. Riesgo marítimo.

ABSTRACT: This article studies the Towage Contract from the Chilean Maritime Law, complemented with some comparative and dissociative elements of the English Maritime Law. It begins with an analysis of its general aspects, and continues by determining its concept, characteristics, requirements for its conclusion, types of towage, and the obligations of the contracting parties that emerge due to this agreement of wills, ending with a development of the various contractual stages or contractual iter of this legal institute.

KEYWORDS: Tug. Tow. Towage. Salvage. Maritime risk.

1 EL REMOLCADOR Y EL REMOLQUE: ASPECTOS GENERALES

El remolcador y el remolque (*tug and tow*) son elementos inexorables de la actividad marítima. Esta aseveración se justifica por la utilidad práctica que representa el remolque para el éxito de las diversas maniobras marítimas, tales como el atraque o desatraque de naves en el puerto; atoar artefactos navales que, por su naturaleza, carecen de autopropulsión; e incluso para la ejecución de maniobras de salvamento, en caso que un buque se enfrente a determinados riesgos marítimos.

¹ Socio fundador del Estudio Jurídico Pezoa&Pizarro Asociados. Cursa sus estudios de pregrado en Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad Bolivariana de Santiago de Chile (LL.B.) Universidad Antonio de Nebrija (MBA especializado en Derecho Internacional) en conjunto con CEREM IBS, Madrid, España. Cursa Diplomado en Derecho del Mar y Marítimo (DMM) Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile. Overseas Associate en London Shipping Law Centre (LSLC) London, UK. Datos de contacto: renato@pezoapizarro.cl



El remolcador (*tug*) conforme la significación asignada por Amich (1998, p. 387), es un “[b]uque de poco porte, a vapor o a motor, con una fuerza de máquina desproporcionada al tonelaje del casco, y que se emplea para dar remolque a los otros buques. Los hay de salvamento, de puerto y de alta mar.”

El citado concepto, además de caracterizar al remolcador con copiosa precisión de técnica naval, deja abiertos algunos criterios que permiten sobreabundar en su figuración.

Así por ejemplo, es posible concluir que se trata, en principio, de una nave, toda vez que goza de propulsión propia o autonómica, que permite su desplazamiento para la realización de sus objetivos en el mar, además de ser capaz de navegar. Dicho carácter se conjuga con la definición de nave asignada por el artículo 826 del Código de Comercio chileno, que dispone “[n]ave es toda construcción principal, destinada a navegar, cualquiera que sea su clase y dimensión.”

En cuanto a su naturaleza jurídica, el remolcador es un bien mueble. Se desprende dicho carácter del contenido del artículo 828 del Código de Comercio chileno que expresa “[l]a nave es un bien mueble, sujeto a las normas que se establecen en este Libro y demás leyes especiales. En su defecto, se aplicarán las disposiciones del derecho común sobre los bienes muebles.” Adicionalmente, el remolcador es un bien complejo, compuesto o *rex conexa*, al estar formado por un motor y maquinarias, cuya fuerza es desproporcionadamente superior al tonelaje de su casco, además de incluirse sus pertenencias fijas y movibles, algo común a todo tipo de embarcación. Estos aspectos que, originariamente, son de técnica naval, destacan el carácter individual del remolcador, que le diferencia de otros tipos de naves respecto a su función y objetivos: remolcar construcciones navales cuyo tonelaje es considerablemente superior al de la nave que ejecuta el remolque. De ahí que en la práctica de Derecho Marítimo, sea casi imposible encontrarse con un contrato de remolque que no sea ejecutado por un remolcador, ya que de conformidad a lo expuesto en el artículo 39 del Decreto Ley N° 2222 del año 1978, Ley de Navegación de Chile, “ninguna nave podrá dedicarse a faenas de remolque sin permiso de la Autoridad Marítima”, o sea, será la autoridad quien definirá qué tipo de nave puede realizar este tipo de faenas, y lo será sólo aquella que posea las condiciones óptimas para remolcar, esto es, un remolcador. A mayor abundamiento, en el caso chileno, y de conformidad al artículo 41 del citado Decreto Ley N°2222, “en las faenas de remolque, o en otras maniobras en puertos



chilenos, sólo podrán utilizarse remolcadores de bandera nacional.” Lo anterior, no obsta a que la Autoridad Marítima chilena pueda autorizar, en casos calificados, el empleo de remolcadores de bandera extranjera.

El remolcador es, por tanto, un producto cultural del ingenio humano, y su destino es contribuir a las maniobras de navegación marítima a través del remolque de naves y artefactos navales. Es entonces el objeto material de la relación jurídica.

Por su parte, remolcar (*tow*) es un verbo, vale decir, una acción o proceso que funciona como núcleo del predicado, esto es, una operación marítima consistente en llevar un buque o artefacto naval, empujándolo o tirando de él, por medio de cabos o cables preparados para el efecto. Supone ser, desde esta consideración, el objeto para el cual ha sido diseñado el remolcador, como una verdadera nave de servicio.

Finalmente, el remolque (*towage*), es el servicio que presta el remolcador a otro buque o artefacto naval, por medio de la maniobra o acción de remolcar. En definitiva, el remolque es un acuerdo de voluntades de naturaleza marítima, que supone la contraprestación de un servicio a través de una nave en directo beneficio de otra, por medio de la acción y efecto de remolcar. Es, por tanto, el remolque, el nervio axial de la relación jurídica entre el remolcador y el remolcado.

Remolcador como objeto material, remolcar como acción, y remolque como relación jurídica y servicio, son una triada y, a su vez, un todo indivisible (*tug and tow*), y precisan de ser considerados, en su unidad, como un instituto del Derecho Marítimo, por cuanto propenden a satisfacer necesidades específicas de la actividad marítima.

Los antecedentes históricos del remolque (*towage*) como operación marítima, se remontan al menos, a las décadas de 1820 y 1830, en el río Támesis. Dícese que la primera nave que efectúa este tipo de maniobras fue el *Lady Dundas* hacia el año 1832². Un año después, se fundaría *William Watkins Ltd.*, como la primera naviera propietaria de remolcadores en el mundo. Esta empresa cumplía diversas operaciones, sin limitarse exclusivamente al remolque, pues asistía a los antiguos *clípers* de vela, y conjuntamente patrullaban los accesos al Támesis para ofrecer un paso expedito y rápido río arriba. Además, eran naves alistadas para ofrecer salvamento marítimo a los buques que pudieran haber encallado.

² BOWEN, F. **A hundred years of towage**: a history of Messrs: 1833-1933. London: William Watkins, 1933. p. 10. Gravesend and Dartford Reporter.



En torno a la Historia que antecede, Lushington³ (1849 apud Bucknill, 1927, p. 138-139), definió el remolque, “como el empleo de un buque para acelerar el viaje de otro cuando no se requiere nada más que su aceleración.” Actualmente, dicha definición se ha visto superada por ser esencialmente exigua, desde que excluye el espectro de las maniobras modernas de remolque, tales como atar artefactos navales, plataformas petrolíferas, y la de otros objetos acuáticos.

Respecto de este capítulo, es posible concluir que el contrato de remolque se construye en base a una triada, cuyo elemento objetivo (el remolcador) desarrolla determinadas maniobras (acción o efecto de remolcar) que, al ser constitutivas de un hecho, tienen relevancia para el Derecho desde que son reputadas como un servicio y, a la vez, una relación jurídica (el remolque).

2 EL CONCEPTO DE CONTRATO DE REMOLQUE

En el apartado que antecede, la tripleta remolcador-remolcar-remolque evoca univocidad. Sin embargo, la asunción del contrato de remolque justifica un nexo entre el elemento objetivo (remolcador) con su función consecencial (remolcar), de modo que la operación o servicio de remolque es el componente basal y *telos* para el desarrollo de dicha actividad marítima.

La noción de remolque surge en razón de la contratación de un servicio que prestará el remolcador, para que en favor de un buque o artefacto naval, realice una función determinada. Por lo tanto, las partes intervinientes en el negocio jurídico serán el remolcador y el remolcado.

El remolque es, de pronto, una especie de contrato marítimo. Sin perjuicio de lo anterior, esta convención carece de regulación expresa en el Derecho Internacional, por lo que se aplican a su respecto, las normas del lugar de su celebración; sin embargo, y al igual que en otros contratos relativos a la explotación o utilización de buques o artefactos navales, consuetudinariamente se ha intentado uniformar ciertos criterios de contratación en el remolque, en base a pólizas y formularios de uso frecuente e internacionalmente aceptadas que permiten dotar, al contrato de remolque, del carácter de pacto vestido, tal y como son las pólizas Towcon y Towhire, elaboradas por el “Baltic and International Maritime Council” (BIMCO), que además establecen un régimen de responsabilidad uniforme y aceptable por los operadores de remolcadores. Es dable señalar

³ LUSHINGTON, 1849 apud BUCKNILL, A. **The law of tug and tow**. 2nd Edition. London: Stevens, 1927. p. 138-139.



que estas pólizas sólo rigen para el remolque oceánico más no para el portuario, y a la fecha en que redacto este trabajo (año 2021), se encuentran recientemente modificadas luego de más de una década⁴.

Primando, ergo, la legislación local en la regulación del contrato de remolque, a su respecto rigen normas de diversa naturaleza, tanto de Derecho Público como Privado.

Así, por ejemplo, en el Derecho Marítimo chileno, el Código de Comercio regula, en su Libro III, este contrato bajo el párrafo 6° del Título V con la asignación “Del remolque marítimo, fluvial y lacustre”, artículos 1078 a 1086. Por su parte, la Ley de Navegación en su Título III “De la Navegación”, párrafo 4° “Del uso del remolcador”, artículos 39 a 41.

Precisadas las anotaciones que anteceden, toca, por tanto, arribar a un concepto de remolque.

En la ley marítima chilena no existe definición alguna de remolque, y sólo se remite a señalar las distintas clases de este contrato, que serán examinadas *infra* §4. Ante esta desventura, es la Doctrina la fuente más prolífica al momento de suplir dicho silencio normativo.

Cornejo, padre del Derecho Marítimo chileno, con pluma autorizada lo define como

Es la acción por la cual una nave dotada de fuerza motriz comunica dicha fuerza a otro cuerpo flotante [generalmente otra embarcación], el cual, ya sea por su naturaleza o a raíz de un accidente, está desprovisto de fuerza motriz, o le es insuficiente. La fuerza puede pasarse por un cable o por contacto directo [carnero]. (CORNEJO, 2003, p. 327).

No obstante la conceptualización doctrinal citada, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Chile, en el juicio “Compañía Naviera de Valparaíso S.A. vs Sudamericana Agencias Aéreas y Marítimas S.A.”⁵, define este instituto jurídico, en los siguientes términos:

Es necesario precisar que en la técnica de navegación marítima se habla de remolque para hacer referencia a la operación consistente en el desplazamiento de un buque o, más

⁴ Con fecha 04 de marzo de 2021, se revisaron por última vez las pólizas Towcon y Towhire de BIMCO, para los servicios de remolque oceánico. Dentro de las nuevas características que incluye la reforma de Towcon, está el aprovisionamiento de combustible a mitad del viaje en remolques más largos y un mecanismo para calcular la compensación debido a la desviación o al vapor lento.

⁵ El caso “Compañía Naviera de Valparaíso S.A. vs Sudamericana Agencias Aéreas y Marítimas S.A.”, es destacado como el caso más reciente y nutrido en materia de remolque que haya sido fallado por la Excelentísima Corte Suprema de Justicia de Chile hasta la fecha. Su fallo fue pronunciado con fecha 15 de julio de 2016, en los autos Rol 17.729-2015, por la Primera Sala de la Corte Suprema, integrada por los Excelentísimos Ministros, señores Carreño, Silva, Maggi, Fuentes y el Abogado Integrante, señor Lagos. El presente trabajo se caracteriza por ser el primero en el Derecho Marítimo chileno, en citar extensamente el contenido de dicha sentencia.



ampliamente, de un cuerpo flotante, mediante la tracción ejercida por otro buque. Con esta actividad se trata, pues, de atender a la necesidad de desplazamiento de buques o aparatos flotantes que no están en condiciones de utilizar su fuerza motriz, o ella es insuficiente para la velocidad que se pretenda alcanzar, o carecen de la misma. Esta operación técnica puede tener diversas finalidades y manifestarse de distintos modos en su realización, lo que se plasmará en diversas modalidades contractuales, específicamente, el remolque-maniobra y el remolque transporte.

El concepto acuñado por la jurisprudencia del máximo Tribunal chileno, goza de copiosa precisión respecto de la forma en que establece diferencias sustanciales entre los diversos tipos de remolque y, a su turno, enuncia los tipos o modalidades contractuales existentes, esto es, contrato de remolque-maniobra y remolque-transporte, que serán examinados *infra* §4 sobre su clasificación contractual.

El concepto de remolque, en general, posee un antecedente común, que ya fuera descrito en “The Princess Alice” por el Dr. Lushington, (1849 apud Rainey, 2013, p. 109) quien lo caracterizó “como el empleo de un buque para acelerar el viaje de otro cuando no se requiere nada más que su aceleración.”⁶. Sin embargo y como ya se ha precisado hasta aquí, los remolcadores en la actualidad no solo se limitan a desarrollar actividades de desplazamiento motriz, sino que también acompañan o aceleran el viaje de buques más grandes, principalmente en las maniobras de entrada y salida de los puertos, donde las restricciones de movimiento y el alto tráfico de naves pueden suponer riesgos marítimos. También se utilizan remolcadores para remolcar naves náufragas, o movilizar barcasas sin tripulación entre distintos puntos geográficos; pero fundamentalmente destacan por su protagónica participación en servicios de asistencia a la industria de alta mar (*offshore*). De este modo, la consideración del concepto primitivo, sólo puede estimarse como un “puerto de zarpe” para modelar la figura jurídica del remolque actual, respecto de las innumerables funciones que puede prestar.

En conclusión a este capítulo, es relevante señalar que la ley no se ha ocupado de definir o conceptualizar qué se entiende por contrato de remolque, y ha sido la doctrina de los autores, además de la jurisprudencia -en tanto fuentes formales del Derecho Marítimo- las encargadas de cumplir con esta labor, la cual ha estado basada preferentemente en la naturaleza factual de la

⁶ Esta referencia común, corresponde a The Princess Alice (1849), p. 139, citado profusamente por: RAINEY, S. **The law of tug and tow and offshore contracts**. 3rd Edition. Oxon: Lloyd’s Shipping Library, 2013. p. 109; y también aparece en otras obras como en: BAATZ, Y. **Maritime law**. 3^a Edition. Oxon: Lloyd’s Shipping Library, 2014. p. 250.



acción o efecto de remolcar que, en definitiva, constituye una relación jurídica de la cual emanan obligaciones correlativas para las partes que intervienen en dicho contrato.

3 CARACTERÍSTICAS Y REQUISITOS DEL CONTRATO DE REMOLQUE

Se ha expresado *supra*, que el contrato de remolque es una especie de contrato marítimo, pero que posee ciertas características que le dotan de especialidad.

En primer lugar, efectivamente se trata de un contrato, esto es, de un acuerdo de voluntades entre remolcador y remolcado, del cual emergen determinados efectos u obligaciones correlativas. Determinar esta singularidad tiene una inmensa utilidad práctica, toda vez que al carecer el remolque de una regulación como ocurre con los contratos dirigidos, es el principio dispositivo o de la autonomía de la voluntad, el que dará forma a este tipo de negocios marítimos.

En segundo término, es un *contrato de servicios*, ya que en su virtud, los propietarios de los remolcadores (*tugowners*) se obligan a prestar servicios de remolque, con naves que ellos mismos dirigen, tripulan y suministran, para un servicio específicamente acordado o definido, o para alcanzar un resultado o propósito igualmente acordado o definido durante un período de tiempo, a cambio de un pago periódico o a una suma alzada. Es, pues, el remolcador, quien debe realizar un trabajo en directo beneficio del remolcado, sea transportando una nave, un artefacto naval u otro objeto de propiedad del remolcado, bien sea porque tiene por objeto facilitar la entrada o salida de un buque de un puerto, su atraque o desatraque o las faenas de carga y descarga de ella, cual podría ser un remolcador que remolca o carnerea una nave para los efectos de que ella atraque en un determinado muelle, o la que sostiene a una nave a fin de que ésta se mantenga en determinada posición, por ejemplo, descargando hidrocarburos a una monoboya flotante en el mar. Esta clasificación es relevante en el Derecho Marítimo chileno, por cuanto el legislador ha establecido dos especies de remolque, a saber, remolque de puerto y remolque de altura, que serán examinados *infra* §4, oportunamente.

En tercer orden, es un contrato *sin alagmático perfecto*, esto es, un acuerdo de voluntades que crea obligaciones recíprocas tanto para el remolcador como para el remolcado; de pronto, emerge a su respecto, una clasificación que lo estima como un contrato marítimo oneroso, por cuanto ambas partes se gravan una en directo beneficio de la otra; y es, adicionalmente, conmutativo, pues tanto el pago del remolque por parte del remolcado, como el servicio que



presta el remolcador, se miran como equivalentes. Es relevante esta clasificación, por cuanto, y aunque no es frecuente en la práctica, especialmente en el ámbito del remolque comercial o de grandes objetos acuáticos, existen situaciones en que un buque remolcador acepta remolcar a otra nave que se encuentra en dificultades, sin cobrarle. Esto se conoce como remolque gratuito o amistoso (*gratuitous towage*), por el cual puede ofrecerse y aceptarse un remolque exento de pago, entre naves menores como los yates; o entre naves hermanas o buques que, aunque nominalmente pertenezcan a distintos armadores o navieros, son en realidad hermanos. En este caso, no existe un contrato marítimo propiamente tal, lo cual no obsta a que el remolcador esté obligado a tener un cuidado razonable en la ejecución del remolque, y será responsable extracontractualmente si lo ejecuta negligentemente⁷.

En cuarto lugar, es un contrato *atípico* pero *nominado*, pues se trata de un acuerdo de voluntades que, no estando regulado legalmente, se rige por las normas generales o supletorias de los contratos, además de las estipulaciones que libremente determinen las partes o por otras figuras legales o contractuales afines, aplicándose a su respecto, la analogía contractual; pero adicionalmente, al ser nominado, encuentra reconocimiento en la ley marítima, limitándose ésta, sólo a establecer sus principios generales y régimen jurídico de contratación. Esta caracterización es relevante si se examina desde su sentido práctico y, a la vez, histórico. En primer lugar, el contrato de remolque, atendiendo al rápido flujo del transporte marítimo, se basa generalmente en condiciones estandarizadas de contratación, donde una negociación o libre discusión del contenido del contrato podría implicar una desventaja temporal para el desarrollo de la actividad marítima, retrasando el objetivo de los servicios por los cuales se contrata. Por ejemplo, en la actualidad y en el Derecho Marítimo Inglés, los modelos de contrato más utilizados para maniobras de remolque en puertos, aunque también para algunos trabajos en alta mar, se definen a la luz de las “UK Standard Conditions for Towage and Other Services”, que al igual que las pólizas del BIMCO citadas *supra*, que rigen para el remolque *offshore*, son revisadas

⁷ Resulta relevante, aunque pertenece al Derecho de Ferrocarriles, pero sin apartarse del Derecho de Transportes propiamente tal, el caso de “Skelton vs London & North Western Rly” (1867), en que una compañía ferroviaria seguía voluntariamente la práctica de cerrar una verja junto a un cruce de ferrocarril, pero en una ocasión se olvidó de hacerlo. En este proceso judicial, el Juez Willes, aplicando una decisión precedente del caso “Coggs vs Bernard” (1703), declaró que “si una persona se compromete a realizar un acto voluntario, es responsable si lo realiza indebidamente, pero no si no lo descuida.” (RAINEY, 2013, p. 111).



frecuentemente por la “British Tugowners Association”, utilizándose en la actualidad, las reformadas hacia el año 1986⁸.

Respecto de los requisitos del contrato de Remolque, la jurisprudencia chilena en el caso “Compañía Naviera de Valparaíso S.A. vs Sudamericana Agencias Aéreas y Marítimas S.A.”, fue capaz de determinar los requisitos y contexto situacional en que se desenvuelve este tipo de contratos, estableciendo que

En términos generales se ha entendido que el contrato de remolque es uno en cuya virtud un buque, que no se encuentra en situación de peligro, se desplaza por agua de un lugar a otro por la tracción de otro buque que percibe a cambio una remuneración. Sus elementos esenciales son: a) el desplazamiento o traslado de un lugar a otro; b) la ausencia de peligro; c) la intervención de dos o más buques; y d) la remuneración.

Estas consideraciones del Máximo Tribunal de la República de Chile, deben ser analizados, formulando a su respecto algunas precisiones de rigor.

En primer lugar, y tal como se verá *infra* §4.3 y 4.4, es requisito máxime o *conditio sine qua non* para el perfeccionamiento del remolque, la ausencia de peligros durante la ejecución de sus maniobras. En principio, resulta necesario determinar qué se entiende por peligro, tópico que desgraciadamente no ha sido contemplado ni regulado por instrumentos de Derecho Internacional, ni por los textos internacionales en materia de salvamento, y mucho menos por las legislaciones internas chilena e inglesa.

En opinión de Peuriot (2011) la tendencia de las legislaciones positivas a no definir la situación de peligro puede encontrar su explicación en dos razones fundamentales. En primer lugar, es muy difícil determinar sus fronteras, ya que el peligro puede manifestarse de formas muy variadas y, por lo tanto, cualquier intento de circunscribirlo a una o más situaciones determinadas podría conducir a excluir su presencia en otros contextos no menos importantes. En segundo lugar, el exhaustivo desarrollo jurisprudencial que se ha generado en la materia, a nivel interno y comparado, aconsejaría mantener un rumbo aceptado por la generalidad de la comunidad internacional.

⁸ Resulta relevante destacar que las “UK Standard Conditions for Towage and Others Services” rigen para los contratos de remolque en puerto o para faenas portuarias, en tanto que los formularios BIMCO de remolque oceánico y de maniobras *offshore*, son los más usados en ese ámbito dentro de la contratación marítima inglesa y a nivel internacional, lo que no impide que cada naviera propietaria de remolcadores pueda elaborar sus propios formularios.



En conclusión de lo anterior, el concepto de peligro es una cuestión puramente fáctica y que debe afirmarse caso por caso en mérito de las circunstancias concurrentes, y de cómo se van generando éstas en el momento concreto, lo que convierte, en definitiva, al peligro, en un elemento de construcción puramente casuístico. Es estimable reconducir el concepto de peligro en base a algunos criterios. En primer lugar, debe tratarse de un acontecimiento tal que impida al buque que se encuentra inmerso en él, continuar con el curso normal de su navegación, de modo que no pueda apartarse de dicho fenómeno por sus propios medios y requiera de la asistencia de un remolcador; y enseguida, el acontecimiento de dicho riesgo marítimo debe ser de tal naturaleza, que no solo se espere de él una pérdida en el buque o en las mercaderías, sino que bastaría con cualquier evento dañoso que pudiera ser causa de averías.

En conclusión, el delgado hilo diferenciador entre el contrato de remolque y las operaciones de salvamento marítimo está condicionado a la ausencia de riesgos para el primero, y su efectiva concurrencia para el segundo. De pronto, y haciendo una aplicación irrestricta del artículo 1444 del Código Civil chileno, podemos afirmar que la ausencia de riesgos es un elemento de la esencia del contrato de remolque, toda vez que de verificarse un riesgo marítimo, éste contrato no existiría a la vida del Derecho, o degeneraría en un acto distinto, como es el salvamento.

En segundo lugar, y conforme el citado fallo de la Corte Suprema de Chile, será requisito del contrato de Remolque, el desplazamiento o traslado de un lugar a otro. Prevengo en estimar que este requisito adolece de una severa deficiencia y falta de completitud, por cuanto al referirse al “desplazamiento o traslado de un lugar a otro”, la sentencia estaría aludiendo única y exclusivamente al remolque en su modalidad de altura o transporte según se desarrolla *infra* §4.2, desconociendo la modalidad de remolque-maniobra que principalmente se desarrolla en puerto, conforme el frástico del artículo 1080 del Código de Comercio de Chile.

En tercer término, es axiomático e inmanente al contrato de remolque, la intervención de dos o más buques, un remolcador (*tug*) y un remolcado.

Resulta imprescindible precisar, respecto de lo ya dicho sobre el vocablo “remolcador” (*tug*), que no encuentra una conceptualización legal dentro del Ordenamiento Jurídico chileno, sino que éste es meramente reglamentario conforme lo señalado en el artículo 2 numeral 28 del Decreto Supremo 90 del año 1999, refiriéndose como toda nave especial, construida para efectuar



remolques de tiro o empuje. En consecuencia, “es una nave que sirve para remolcar sobre el agua, tirando por medio de un cabo o cuerda o empujando sobre otra nave o artefacto naval.” (BARROILHET et al., 2017, p. 488).

El Remolcador, conforme lo dispuesto en el artículo 4º de la Ley de Navegación Chilena, es una nave especial que se emplea en servicios, faenas o finalidades específicas, con características propias para las funciones a que están destinadas, mencionándoseles expresamente por la norma legal que las califica como tales, en contraposición de las naves mercantes que se utilizan para el transporte.

La determinación legal que antecede es imprescindible para comprender la naturaleza naval del remolcado, desde que éste puede ser cualquier tipo de nave, incluyendo a un remolcador que necesite de otro para la realización de determinadas maniobras por carecer el primero, de propulsión propia.

Un cuarto requisito, es la estipulación de una remuneración para el desarrollo de la operación de remolque, también denominado precio. Este puede ser pagado por prestaciones periódicas o a través de una suma alzada, sin perjuicio de que se pueda pagar una garantía para la realización de un servicio futuro, en caso que fuere necesario, tal y como ocurre en el caso de un Remolque obligatorio, como el contemplado en el artículo 40 de la Ley de Navegación chilena, en que la Autoridad Marítima podrá ordenar el uso obligatorio de remolcadores en todos aquellos puertos en que consideren indispensable su empleo para la seguridad de las maniobras. De este modo, y para este caso, el pago de una garantía si bien no es un asunto contemplado en la ley, emerge de la práctica contractual y de la autonomía de la voluntad de los contratantes, y está sujeto -dicho pago- a la eventualidad de resultar menesterosas las maniobras de remolque por orden de la autoridad.

En conclusión de este capítulo, puede estimarse que el remolque efectivamente es un contrato; y en tanto acuerdo de voluntades -cuyo objeto es la prestación de un servicio- se caracteriza por ser atípico pero nominado y, fundamentalmente sinalagmático perfecto. De este último aspecto, emergen sus requisitos de perfeccionamiento, pues, al ser un contrato oneroso y conmutativo, es menester: 1) que el remolcador ejecute maniobras de remolque respecto del remolcado; 2) en total ausencia de peligros o riesgos marítimos; 3) todo a cambio de una remuneración o precio, que favorecerá al remolcador.



4 CLASIFICACIÓN CONTRACTUAL

Se ha señalado *supra* §2, que el Derecho Internacional no ha regulado el contrato de remolque de modo expreso, y que prima, en consecuencia, el derecho foral donde éste se celebra.

Por consiguiente, y siguiendo de cerca al Derecho Marítimo chileno, en este sentido puede clasificarse nuestro contrato en “remolque de puerto o maniobra”, y “remolque de altura o de transporte”. No obstante, se realizará una somera referencia al “remolque asistencia” que versa sobre las maniobras de salvamento marítimo.

4.1 Remolque de Puerto o Maniobra

El Código de Comercio chileno regula esta especie de remolque en su artículo 1080, al disponer que

[...] las operaciones de remolque que tienen por objeto facilitar la entrada o salida de una nave de un puerto, su atraque o desatraque y las faenas de carga y descarga de la misma, constituyen remolque-maniobra. [...] La nave remolcadora conservará la dirección de la maniobra, salvo acuerdo en contrario de las partes, en cuyo caso deberá dejarse constancia en los libros bitácora de las naves.

Es un contrato que se caracteriza por el desarrollo de maniobras muy definidas, tales como facilitar la entrada o egreso de un buque de un puerto, asistiendo en su atraque o desatraque, o en las faenas de carga o descarga de ella, cual podría ser un remolcador que remolca o carnerea una nave para los efectos de que ella atraque en un determinado muelle, o la que sostiene a una nave a fin de que ésta se mantenga en determinada posición, por ejemplo, descargando hidrocarburos a una monoboya flotante fija en el mar⁹. Es un contrato de servicios que es prestado, precisamente, por una empresa naviera especializada en remolcar, y no por el puerto propiamente tal. En principio, las maniobras de esta especie de remolque corresponden, en su dirección, al buque remolcado, y no a al capitán de la nave remolcadora, sin perjuicio de estipularse lo contrario, lo que deberá constar conforme en el libro de bitácora de ambas naves.

El marco legal aplicable a este tipo de contrato, se encuentra en el artículo 1081 del Código de Comercio de Chile, que expresa “[...] el remolque-maniobra es una especie de arrendamiento y en lo no dispuesto por las partes se aplicarán las normas de este párrafo, la Ley

⁹ TOMASELLO, L. **Curso de derecho marítimo chileno**. Santiago de Chile: Editorial Libromar, 2014. p. 587-588.



de Navegación o las disposiciones del Código Civil sobre dicho tipo de contrato”. Por lo tanto, la jerarquía normativa en esta especie de remolque es la regencia de la *lex privata* como principio por el cual se dota de preminencia a lo que las partes acuerden libremente; y, en su defecto, regirán las normas y disposiciones del Código de Comercio chileno, la Ley de Navegación y el Código Civil chileno.

De pronto, cabe precisar que el citado artículo 1081 del Código de Comercio reputa al remolque maniobra, como una especie de contrato de arrendamiento, razón por la cual se justificaría la aplicación de las normas del Código Civil chileno, respecto del contrato de arrendamiento de servicios. No obstante esta consideración expresada por el legislador marítimo, el Derecho Marítimo Inglés estima que, el contrato de remolque maniobra, no puede concebirse como un contrato de arrendamiento ni aun de alquiler del remolcador para el desarrollo de operaciones marítimas en puerto, ya que en virtud del remolque, no se transfiere la mera tenencia del remolcador al remolcado, característica principal del contrato de arrendamiento. El contrato de remolque maniobra sería, *in fine*, un contrato para la prestación de servicios que consisten en remolcar; servicios que son proporcionados por los propietarios del remolcador, a través de su nave remolcadora y su tripulación. Por lo tanto, para el Derecho Inglés, la naturaleza de un contrato de remolque es similar a la de un contrato de fletamento por tiempo, sobre lo cual, Lord Reid ha fallado¹⁰ que

[E]n virtud de este tipo de contrato, no existe un fletamento en sentido estricto. No se discute que, en todo momento, el buque fletado permanece en posesión de los propietarios, y el capitán y la tripulación siguen siendo los sirvientes de los propietarios. Lo que el fletador obtiene es un derecho de uso del buque.

Este criterio jurisprudencial es diametralmente diverso al del Derecho Marítimo chileno, tal y como se ha especificado en el caso “Compañía Naviera de Valparaíso S.A. vs Sudamericana Agencias Aéreas y Marítimas S.A.”, donde la Corte Suprema de Chile, ha fallado que

En el contrato de remolque-transporte el servicio encomendado consiste en transportar el buque remolcado de un lugar a otro, manteniendo el remolcador la navegabilidad durante el trayecto, quien deberá asumir la dirección técnica de las operaciones del remolque y transporte recibido hasta su destino, lo que incluye la obligación de vigilancia y cuidado diligente de todo el conjunto del remolque; por ende, analógicamente, se lo puede interpretar como un contrato de fletamento marítimo. Por el

¹⁰ Esta interesante resolución, que aplica la analogía respecto del remolque, concibiéndolo como semejante al fletamento por tiempo (time charter), se pronuncia en el fallo de “The London Explorer” (1971) 1 Lloyd’s Rep. 523, en su página 526, ver, en este sentido: RAINEY, 2013, p. 112.



contrario, tratándose del remolque-maniobra, entre las obligaciones del armador del buque remolcador destaca la de situar el buque en la proximidad del remolcado y dar comienzo a las operaciones en el lugar y el tiempo convenido, las que se refieren básicamente a maniobras de ingreso o salida del puerto, o bien para desatracar a fin de emprender su viaje haciéndose a la mar, convención que el legislador considera como un tipo de arrendamiento.

Respecto de la vigencia del remolque, esto es, sobre su inicio y término, el artículo 1085 del Código de Comercio establece que “[...] para los efectos de determinar responsabilidades, se presumirá que el remolque-maniobra se inicia con las operaciones preparatorias y necesarias para su ejecución y finaliza cuando quien dirige la maniobra dispone su término o el retiro del remolcador.” En este sentido, si el remolcador se encuentra al costado de la nave a remolcar, y más aún, si ya ha pasado, sin duda el remolque maniobra estaría iniciado, pero en cuanto a su finalización, la ley establece que se produce cuando quien dirige la maniobra, dispone su término o el retiro del remolcador¹¹.

4.2 Remolque Transporte o de Altura

En el Derecho Marítimo chileno, se consagra esta especie de remolque, en el artículo 1078 del Código de Comercio, que señala

[...] se denomina remolque-transporte a la operación de trasladar por agua una nave u otro objeto, remolcándolo desde un lugar a otro, bajo la dirección del capitán de la nave remolcadora y mediante el suministro por ésta de todo o parte de la fuerza de tracción.

Tal y como señala Cornejo (2003), consiste este contrato en la voluntad inequívoca de las partes en que el remolcador no sólo entregará energía motriz, sino que también se responsabilizará de la custodia y entrega de la carga remolcada, en su lugar de destino. En este caso, el remolcador pierde su carácter de empresario de tracción y asume el rol de empresario de transporte. Este tipo de contrato se rige por las normas del Contrato de Transporte en lo que sean pertinentes. Este tipo de remolque se caracteriza por trasladar por agua, una nave o un artefacto naval, e incluso otro objeto, siempre y cuando goce de flotabilidad. La nave, artefacto naval u otra estructura flotante, será remolcada o arrastrada por el remolcador, unidos por una espía afirmada a la popa de la nave remolcadora, o en su cubierta. Es imprescindible destacar que la dirección de la operación, por su especial naturaleza, debe recaer necesariamente en el Capitán del remolcador. Por lo tanto, es imposible que la nave remolcada pueda asumir la dirección del

¹¹ TOMASELLO, 2014, p. 588.



remolque, como sí ocurre en el caso del remolque-maniobra, según lo que ya se ha expuesto *supra*. Finalmente, el remolcador debe suministrar la fuerza motriz para cumplir con el objetivo de transportar, sea total o parcialmente.

Respecto a la normativa aplicable, el contrato de remolque-transporte se regula por aquellas indicadas en el artículo 1079 del Código de Comercio chileno, que dispone “[...] el contrato de remolque-transporte se regirá por las condiciones que se convengan y, en su defecto, por las disposiciones de este párrafo, y en lo no dispuesto por éstas, se le aplicarán las normas que sean pertinentes del contrato de transporte marítimo de mercancías.” Por lo tanto, la prelación normativa comienza privilegiando aquello que las partes libremente hayan convenido, o sea, rige el principio de *lex privata* del artículo 1545 del Código Civil chileno. A su turno, y de modo supletorio, serán aplicables las normas contenidas en el Código de Comercio respecto del remolque-transporte; y aún de manera supletoria a estas últimas, regirán las normas relativas al contrato de transporte marítimo de mercancías, en la medida en que sean compatibles con el remolque-transporte.

En conclusión, la regulación es esencialmente dispositiva o supletoria de la voluntad de las partes y no imperativa, tal y como ocurre en el contrato de transporte marítimo de mercancías, y en general con todas las figuras contractuales del Libro III del Código de Comercio chileno, que normalmente tienen carácter supletorio, como en los casos del fletamento, salvamento, el seguro marítimo, y asimismo, en materia de avería gruesa.

Respecto de los remolcadores de mediano tonelaje y de mayor arqueado, rige lo dicho *supra* §2 sobre la habitualidad práctica de recurrir a la contratación de “formatos tipo” o formularios elaborados por BIMCO, a saber, Towhire y Towcon.

Como corolario de la primacía de la autonomía de la voluntad, en este contrato las partes pueden incluir operaciones que, consideradas autónomamente, se reputan como propias del remolque-maniobra, como en el caso de un remolcador que va a ejecutar el remolque-transporte, primeramente presta servicios en un puerto a fin de desatracar la nave remolcada.

Es importante destacar, al fin, y siguiendo a García (1993), que en lo que concierne a la aplicación supletoria de las normas relativas al contrato de transporte marítimo de mercancías, pueden producirse situaciones que necesitan de alguna precisión, por ejemplo, si quien proporciona el servicio de remolque-transporte no sólo cuenta con el remolcador, sino barcasas o



gabarras que conduzcan carga, evento en que en definitiva estaremos en presencia de un contrato de transporte marítimo de mercancías, aunque quien proporcione el servicio de remolque-transporte utilice barcazas o gabarras de terceros. A su turno, si el remolcador y las barcazas o gabarras en cuestión pertenecen o son operadas por personas distintas, se estará en presencia de un remolque-transporte entre el remolcador y la referida gabarra o barcaza, al tiempo que respecto de las mercancías cargadas en la gabarra o barcaza en cuestión, se generará con el correspondiente transportador un contrato de transporte marítimo de mercancías.

4.3 Remolque asistencia: la relación entre el remolque y el salvamento.

En el Derecho Marítimo chileno, el remolque asistencia tiene lugar cuando una nave se encuentra en peligro y requiere, para su seguridad, que se le retire del lugar o se le lleve a puerto seguro, o que se le mantenga provisoriamente. El remolque que se ejecute con tales finalidades, pasa a ser un caso de asistencia o auxilio. Esta especie de remolque o servicio se regirá por las normas que el Código de Comercio de Chile dispone en el Párrafo 6º del Título VI del Libro III, de los servicios que se presten a una nave u otros bienes en peligro.

Los servicios de remolque se basan siempre en un contrato. Por ende, el remolque de un buque en ausencia de un contrato, sólo es remunerado si se considera como parte de una maniobra de salvamento marítimo. Es importante recalcar que el remolque es puramente contractual, y el salvamento surge independientemente del contrato¹².

El presente trabajo se ocupa de las fórmulas contractuales de remolque, por lo que no será posible extendernos abundantemente sobre el salvamento marítimo y las circunstancias que le rodean desde el Derecho Marítimo, toda vez que no reviste el carácter de un contrato de remolque como los ya analizados *supra*, y excedería su objeto. Sin perjuicio de lo anterior, diremos que la línea divisoria entre el remolque contractual y el remolque asistencia prestado como salvamento marítimo, dependerá de la existencia de un contrato de remolque válidamente celebrado y del alcance de los servicios que se prestarán en virtud de ese contrato, y según lo que las partes hayan estipulado en él¹³.

¹² BAATZ, 2014, p. 261.

¹³ Son interesantes los casos antiguos que hablan del remolque contractual y lo describen como un “remolque ordinario”, por ejemplo, en “The Strathnaver” (1875) 1 App Cas 58, p. 63, o como “mero servicio de remolque” en “The Reward (1841) 1 W. Rob 174, p. 177, al distinguir los servicios que un



Ahora bien, hemos dicho que el remolque asistencia sólo será remunerado si se considera como parte de una maniobra de salvamento marítimo. De este modo, el salvamento y el derecho a la remuneración o recompensa para el remolcador, surgen independientemente de la existencia de un contrato entre el remolcador asistente o salvador y el buque u otros bienes salvados y remolcados. Aunque a menudo se opta por celebrar un contrato de salvamento, la forma más común de hacerlo, en virtud del limitado tiempo con que cuenta el futuro buque remolcado por ocasión del riesgo a que se enfrenta, es a través del “Lloyd’s Open Form” (LOF) que ha sido, al igual que las pólizas BIMCO citadas, internacionalmente aceptado y constantemente observado y mejorado por varias revisiones, siendo la última de ellas, la LOF de 01 de enero de 2020.

En definitiva, el salvamento marítimo no dependerá de la celebración de un contrato de remolque-maniobra o remolque-transporte, aunque puede ejecutarse por la ocurrencia de un riesgo marítimo cuando se está desarrollando una operación de remolque contractual. Por esta razón, el salvamento durante la vigencia de un contrato de remolque-maniobra o remolque de altura, será un servicio esencialmente extracontractual por las circunstancias de peligro que rodean a la nave remolcada. El punto de referencia para determinar si el remolque es contractual o se reputa como salvamento, dependerá del alcance y la naturaleza del servicio contemplado y previsto en el propio contrato de remolque. En la célebre opinión del Consejo Privado en “The Minnehaha”¹⁴ se expresó lo siguiente:

Pero si en el cumplimiento de esta tarea, por la súbita violencia del viento o de las olas, u otros accidentes, el buque remolcado es puesto en peligro, y el buque remolcador incurre en riesgos y realiza tareas que no estaban dentro del alcance de su compromiso original, tiene derecho a una remuneración adicional por esos servicios añadidos, si el buque se salva, y tiene derecho a reclamar como salvador en lugar de limitarse a ser pagado por el mero remolque.

Frente a esto, existen efectos respecto a la vigencia del contrato de remolque en tanto se realiza extracontractualmente una maniobra de salvamento al buque remolcado; y es que el

remolcador presta por contrato de los que presta en una maniobra de salvamento, todos citados en: RAINEY, 2013, p. 110.

¹⁴ El caso “The Minnehaha” (1861) 15 Moo PC 133, por Lord Kingsdown, p. 152-154, es citado por: RAINEY, 2013, p. 126.



contrato de remolque queda suspendido mientras dure la operación del salvamento. Así, en el caso “The Leon Blum”¹⁵, se resolvió que

La conclusión correcta que se desprende de las autoridades, creo, es que cuando los servicios de salvamento (que deben ser siempre voluntarios) se superponen a los servicios de remolque (que es un contrato); los dos tipos de servicios no pueden coexistir durante el mismo espacio de tiempo. Habrá un momento en que el riesgo marítimo, especial e inesperado, cesará, y si el remolcador permanece en su puesto de trabajo, entonces el servicio de salvamento terminaría y, por lógica, el servicio de remolque se reanudaría. Estos momentos pueden ser difíciles de determinar, pero deben ser correctamente delimitados, y esto se hace solamente en la práctica de los hechos. [...] Durante el tiempo intermedio, el contrato de remolque, en lo que respecta al trabajo real de remolque, queda suspendido. Prefiero la palabra ‘suspendido’ a otras que se han utilizado como ‘sustituido’, ‘desocupado’, ‘abandonado’, etc.

Por esta razón, y siguiendo la consolidada opinión que antecede, a menudo es difícil discernir el momento exacto en el que un servicio prestado por un remolcador, en virtud de un contrato de remolque, deja de considerarse como tal, y a pasa a constituirse como un salvamento marítimo^{16,17}.

En principio, la solución estaría dada preferentemente por un asunto adjetivo probatorio. Así, en un caso de hace más de un siglo¹⁸, se estableció una hipótesis probatoria para determinar cuándo un contrato de remolque se ha convertido en un servicio de salvamento. A este respecto, habría dos vertientes, y ambas deben satisfacerse antes de afirmar -tajantemente- que el remolque se ha convertido en un servicio de salvamento.

La primera, razona que la esencia de la prueba, es que la operación de remolque se encuentra frente a un peligro, debido a circunstancias que no podrían haber sido razonablemente contempladas por las partes al momento de la celebración del contrato.

¹⁵ Es importante citar el caso “The Minnehaha” por Lord Kingsdown y, la resolución de Sir Samuel Evans P, en “The Leon Blum” (1915) P 90, p. 101-102. Ver en este sentido, RAINEY, 2013, p. 129.

¹⁶ Es recomendable tener a la vista la International Convention on Salvage de Londres 1989, en: OCTAVIANO MARTINS, E. M. (org.). **Vade mecum de direito marítimo**. Barueri: Manole, 2015. p. 797 y ss.

¹⁷ En un caso reciente, varios remolcadores se dedicaban a remolcar una plataforma petrolífera entre dos lugares. El cabo de uno de los remolcadores se rompió debido al deterioro de las condiciones meteorológicas. El árbitro consideró que, de acuerdo con los hechos, se produjo una situación de peligro cuando el cabo se rompió y que los servicios prestados a partir de ese momento equivalían a un salvamento, aunque la situación de peligro fue provocada en parte por la negligencia de los remolcadores. Ver, en este sentido, BAATZ, 2014, p. 262.

¹⁸ Este caso es “Homewood” (1928). Ver en este sentido, HILL, C. **Maritime law**. 6th Edition. Oxon: Lloyd’s Practical Shipping Guides, 2014. p. 392-393.



La segunda, indica que se corren riesgos y se asumen obligaciones que no podrían considerarse razonablemente dentro del ámbito del contrato de remolque, puesto que no es ese el objeto por el cual se ha contratado.

Respecto de la primera fórmula, no satisface por sí sola el estándar probatorio. Así, es dable entender que el elemento “peligro” que condiciona la existencia de un salvamento, debió haberse “inmiscuido” durante la ejecución de la operación de remolque. Esto es de suma lógica, puesto que una de las condiciones previas para que el remolcador salvador pueda reclamar una recompensa o pago por su maniobra, es que el elemento peligro debe estar presente al momento en que se presta el servicio de salvamento, pero no al momento de contratar el remolque. Por lo tanto, si esta es una condición previa y necesaria para que un servicio tenga la naturaleza de salvamento, se deduce igualmente que dicha circunstancia de peligro debe estar presente para que el contrato de remolque pueda convertirse en un servicio de salvamento marítimo. Pero el peligro no se basta a sí mismo para suspender el remolque y dar paso al salvamento; ese riesgo o peligro también debe ser, necesariamente, imprevisible, o sea, que ni el capitán del remolcador o el prestador del servicio de remolque, al momento de celebrar el contrato, pudieran haberlo previsto.

A propósito de la segunda hipótesis probatoria, en cambio, se resolvió que la ejecución del contrato de remolque debe ser idónea y óptima, no sólo en aspecto cuantitativo, sino que también, en calidad de lo que se había contratado. De este modo, cualquier reclamación de que el remolque se ha convertido en salvamento, en medio de la ejecución del contrato de remolque, para tener éxito, debe estar totalmente exenta de culpa, fallas o incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de remolque de parte del remolcador, como por ejemplo, si se suministra para remolcar, un remolcador no apto para la navegación; o porque ha mediado una notable falta de cuidado y habilidades de parte del remolcador, que sean causa de la variación de las circunstancias que han culminado en un peligro. Esta contextualización se construye axiológicamente bajo el principio de que nadie puede ni debe beneficiarse con su propio dolo.

4.4 El Sentido Jurisprudencial de La Corte Suprema de Chile en Torno a las Modalidades del Remolque

A modo de síntesis, las modalidades del contrato de remolque citados *supra*, y las diferencias en torno a las maniobras u operaciones de salvamento, quedan igualmente manifestadas en el caso “Compañía Naviera de Valparaíso S.A. vs Sudamericana Agencias Aéreas y Marítimas S.A.”¹⁹, donde la Corte Suprema de Chile, de modo didáctico estableció, a este respecto, que

[...] en el remolque-maniobra el remolcador se obliga esencialmente a proporcionar al buque remolcado la fuerza de tracción precisa para la ejecución de las maniobras necesarias para lograr el resultado final del desplazamiento, técnica habitual en los puertos. A su vez, en el remolque-transporte el remolcador presta su fuerza de tracción con una finalidad de transportar la nave o aparato de un lugar a otro.

El citado fallo continúa, respecto del salvamento marítimo, estableciendo que

[...] se aprecia que este contrato difiere de lo que en esta materia se conoce como operación de salvamento, pues para que se esté en presencia de un contrato de remolque es necesaria la ausencia de peligro, sin perjuicio de que este pueda sobrevenir por las condiciones en que se realice el remolque.

En definitiva, respecto de este último aspecto, es dable entender que el elemento preponderante para diferenciar el contrato de remolque del salvamento marítimo, está condicionado a la ausencia de peligro, como verdadera *conditio sine qua non*, con independencia que el riesgo marítimo sobrevenga con posterioridad durante la ejecución del remolque.

En conclusión a este capítulo, es posible colegir que existen dos clases de contrato de remolque, a saber, remolque-maniobra y remolque de altura. El primero consiste en la ejecución de maniobras en puerto para facilitar el ingreso o zarpe de una nave, así también como su atraque o desatraque, e incluso, labores de carga o descarga del buque remolcado. El segundo corresponde a un servicio de transporte de una nave, artefacto naval u otro objeto flotante, desde un lugar a otro. Ambos tipos de contrato se diferencian del denominado “remolque asistencia”, correspondiendo este último a maniobras de salvamento en caso que una nave se encuentre frente a un peligro o riesgo marítimo. Este tipo de remolque es esencialmente extracontractual, y será remunerado cuando se ejecute en razón de una maniobra de salvamento.

¹⁹ En este sentido, es esencial el contenido del considerando quinto que tuvo la Corte Suprema de Chile para fallar el asunto en cuestión, y que expone con claridad las diferencias de ambos tipos de remolque, y de este en cuanto género contractual, respecto del salvamento.



5 LAS OBLIGACIONES COMO EFECTOS DEL CONTRATO DE REMOLQUE

El remolque (*towage*) es un contrato, esto es, un acuerdo de voluntades sobre un objeto de interés jurídico que consiste, básicamente, en remolcar (*tow*); y como tal, al ser un contrato, es una especie particular de convención cuya principal característica es la de producir obligaciones. Por lo tanto, la celebración del contrato de remolque produce efectos, esto es, la asunción de obligaciones para los contratantes²⁰.

Se ha dicho *supra*, que el contrato de remolque se celebra, comúnmente, en base a formularios estándar de reconocimiento internacional. No obstante, cuando el remolque no se ha acordado en razón de un formulario u otras cláusulas expresas, los límites del contrato serán definidos por las partes²¹.

En principio, la naturaleza jurídica de las obligaciones del remolcador y del remolcado son disímiles: aplicando a su respecto el Derecho chileno, la obligación del remolcador será “de hacer” conforme se desprende del contenido del artículo 1553 del Código Civil chileno, puesto que consiste en la ejecución de un servicio; y la del remolcado será preferentemente “de dar”, ya que conforme el artículo 1548 del Código Civil de Chile, implica el pago de la remuneración al remolcador.

5.1 Las obligaciones del Remolcador

El estudio de las obligaciones del Remolcador, goza de ciertas particularidades. Así, para el Derecho inglés, se aplican íntegramente las normas de la Ley de Suministro de Bienes y Servicios de 1982, teniendo presente que, como se ha mencionado *supra*, el remolque es un contrato de servicios para la navegación.

No obstante esta circunstancia normativa, previo al año 1982, y ante la existencia de una laguna legal que vino a ser cubierta con la Ley de Suministro de Bienes y Servicios mencionada, los términos y condiciones contractuales eran principalmente establecidos por la judicatura

²⁰ DUPICHOT, J. **Derecho de las obligaciones**. Santiago de Chile: Ediciones Olejnik, 2019. p. 17.

²¹ Por exceder los límites de este trabajo, véase: TETLEY, W. **Tug and tow: a comparative study, common law/civil law, US, UK, Canada and France**. 1991. p. 93; TETLEY, W. **Il diritto marittimo**. 1991. p. 893-923; TETLEY, W. **International maritime and admiralty law**; y principalmente: MANGONE, G. **United States admiralty law**. The Hague: Kluwer Law International, 1997. p. 181.



inglesa. A este respecto, la jurisprudencia basal para la regulación del contrato de remolque se encontraba en dos casos fundamentales: “The Minnehaha” y “The Julia”, ambos del año 1861.

En “The Julia”, se falló que

[...] El contrato consistía en que el remolcador debía llevar al *Julia* a remolque cuando fuere necesario, y principalmente debía remolcarlo hasta Gravesend. La verdad es que cuando se celebró el contrato, la ley disponía un compromiso de que cada buque debía cumplir con su deber hasta completar la maniobra, y que para todo se utilizaría la habilidad y diligencia adecuadas a bordo de cada uno, y que por lo tanto, ninguno de los buques, remolcador y remolcado, por negligencia o mala conducta, crearía un riesgo innecesario para el otro o, en su lugar, no aumentaría cualquier riesgo que pudiera ser incidental al servicio emprendido. Si durante la ejecución del contrato se produjera algún accidente inevitable para uno de los buques, pero sin que incurriera en el incumplimiento del contrato, no puede surgir acción judicial alguna para el otro contratante. Por el contrario, si una de las partes incurre en un acto ilícito, causando algún daño a la otra parte, dicho acto generaría responsabilidad a la parte que lo comete, siempre que la parte que sufra los efectos del accidente no sufra daño o perjuicio alguno por negligencia o mala fe de su parte.

El segundo caso, “The Minnehaha”, consistió en una acción relativa a servicio de salvamento prestado por un remolcador a su remolcado, durante la ejecución de un contrato de remolque. Trata, principalmente, que el barco remolcado, previo a la celebración del contrato de remolque, se encontraba anclado, y contrató a un remolcador que pasaba por allí, para que le remolcase hasta el río Mersey y, finalmente, lo pudiera atracar, todo por un pago de una suma alzada. Durante la ejecución del remolque, y luego que el remolcador hubiera amarrado al remolcado, el clima cambió abruptamente, desatando una tormenta, que provocó el corte del cabo del remolcador, quedando la nave remolcada al garete. No obstante ello, el remolcador realizó una operación de salvamento, y logró salvar al remolcado. En este sentido, se falló que

Cuando un remolcador se compromete a remolcar un buque por una determinada remuneración, de un punto a otro, esto no garantiza que el remolcador será absolutamente capaz de hacerlo ante todas las circunstancias y contra todos los riesgos marítimos, sino que se compromete en hacer todo lo posible para llegar a ese fin, que es remolcar y cumplir con su objetivo, aportando a la tarea una habilidad competente y una tripulación, aparejos y equipos como los que razonablemente cabe esperar en una nave de su clase. Claramente puede verse impedido, el remolcador, de cumplir con sus obligaciones por un *vis mayor*, por accidentes que no estaban contemplados, y que desde luego pueden hacer imposible el cumplimiento del contrato; y en tal caso, por regla general de Derecho, el remolcador queda exonerado del cumplimiento de sus obligaciones. Pero no queda liberado de sus obligaciones porque se produzca dificultades previsibles en la realización de su tarea, o porque la ejecución de dicha tarea se interrumpa o no pueda completarse en la forma estipulada originalmente en el contrato, como ocurre en este caso, por la rotura de uno de sus cabos.

En conclusión, el estándar de cuidado y destreza que se impone al remolcador en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales derivadas del remolque, tal y como se ha declarado en “The Julia” es de “habilidad y diligencia adecuadas”; por su parte, en “The Minnehaha”, se describió la obligación del remolcador como la de “hacer todo lo posible” para lograr el objeto del contrato. Estos son, en definitiva, los principios basales o sustanciales de las obligaciones del remolcador durante la ejecución del contrato.

A modo sintético y preliminar, del estudio de ambos casos citados precedentemente, es que en el Derecho Marítimo inglés, las obligaciones que emanan para el remolcador, en favor del remolcado, pueden resumirse de la forma que sigue.

En primer lugar, el remolcador en tanto nave (*tug*), debe estar tripulado y dotado de todos los equipos y aparejos que razonablemente se esperan de un buque de su clase. Enseguida, en segundo lugar, el remolcador debe ejercer una habilidad y diligencia razonable y adecuada conforme la naturaleza de la operación que se ejecutará y realizará, todo con el objeto de dar cumplimiento de los servicios a que el remolcador se obliga. En tercer lugar, y conforme la exégesis de la sentencia en “The Minnehaha”, la referencia a “los mejores esfuerzos” a que se alude, tiene un fuerte contenido que trasciende a la obligación de cuidado y una habilidad razonables que debe emplear el remolcador; en realidad se trata de que esta parte del contrato debe hacer todo lo posible para completar las operaciones por las cuales fue contratado el remolque; y en caso de suspensión del mismo, hacer todo lo posible para que pueda reanudarse la maniobra u operación por la cual ha sido contratado el remolque, una vez que la suspensión con ocasión de peligro, haya cesado. En cuarto lugar, el remolcador no queda exonerado o eximido del cumplimiento del contrato de remolque por verificarse dificultades imprevistas que suspendan -o interrumpan- el remolque, o que impidan ejecutarlo o completarlo tal y como se había previsto al momento de la celebración del contrato. Finalmente, y en quinto lugar, el remolcador tendrá derecho a reclamar del salvamento, si incurre en riesgos y realiza tareas que no estaban contempladas o previstas en el contrato de remolque.

Lo anteriormente expuesto sobre las obligaciones del remolcador en el Derecho Inglés encuentra consonancia en el Derecho Marítimo chileno. Así, el artículo 1082 del Código de Comercio de Chile, dispone que “en toda clase de remolque la nave remolcadora deberá estar en buenas condiciones de navegabilidad, equipada y tripulada convenientemente y ser apta para la



ejecución del contrato para el cual se le ha requerido.” De esta disposición se colige, en principio, que en cuanto parte de las obligaciones del remolcador, éste debe contar con una tripulación, un equipamiento y dotación razonables para la ejecución del contrato de remolque, y con ello, realizar el servicio con un cuidado tal y destreza razonable. Está implícito, por tanto, que el remolcador debe procurar todos los preparativos adecuados que sean razonablemente necesarios para la nave. Claramente el Capitán y el Armador propietario del remolcador -o que lo explote-, debe cerciorarse de la idoneidad de las conexiones del remolque, y realizar las modificaciones y preparativos necesarios para la recepción a bordo de la(s) línea(s) de remolque.

La preparación del remolcador es una cuestión de hecho y que debe examinarse caso a caso. Así, por ejemplo en un antiguo edicto inglés²² se resolvió que “el remolcador debe contar con las líneas de remolque y el equipo adecuados a bordo, por lo que debe asegurarse que la línea de remolque utilizada, es de la longitud adecuada para el remolque.”

Respecto de la aptitud del remolcador para la ejecución de la operación de remolque, el armador o naviero, dueño del remolcador, debe proporcionar una nave que sea, en primer lugar, adecuadamente equipada y tripulada para el servicio que se va a realizar, tomando en consideración las condiciones meteorológicas y las circunstancias razonablemente previsibles en que se ejecutará la maniobra de remolque, y conjuntamente, la clase de remolcador que se utilizará. En segundo lugar, el remolcador deberá ser razonablemente apto y eficiente para el servicio, y capaz de realizarlo teniendo en cuenta los aspectos circunscritos en la celebración del contrato.

Finalmente, la obligación principal del remolcador (*tug*), por antonomasia, es la realización del servicio de remolque (*towage*). Frente a esto, el remolcador debe tener un cuidado razonable con la ejecución del remolque, en todas las operaciones que le conciernen. Este efecto del contrato de remolque, respecto del remolcador, necesariamente debe examinarse desde el control que este último despliega durante las maniobras, toda vez que el remolcador, al no procurar debida diligencia y cuidado razonable, puede causar daños o perjuicios al remolcado, o incluso a terceros. De este modo, la asunción de responsabilidad será contractual si profiere daños o perjuicios al remolcado, y extracontractual respecto de terceros. Otra obligación en que

²² Este fallo es “Rio Verde (*Owners*) vs SS Abaris (*Owners*)” [1920], véase en: RAINEY, 2013, p. 150.



se funda este contrato, resulta con ocasión de un riesgo marítimo. Así, por ejemplo, el remolcador debe buscar refugio en caso que acontezca o sobrevenga un peligro²³.

Finalmente, el capitán del remolcador debe procurar mantener un estado de vigilancia constante sobre la nave remolcada y el convoy. A este respecto, algunos autores como Cornejo (2003), y el espíritu de la legislación marítima chilena, estiman que el convoy o Tren de Remolque, que es utilizado comúnmente para el traslado de gabarras, constituye una unidad indivisible, es decir, que respecto de terceros *extraneus* al contrato de remolque, en ciertos casos, el convoy debe reputarse como una sola nave. Por lo tanto, forma una unidad náutica indivisible.

Lo anterior es concebible en razón de diversos factores y circunstancias. En primer lugar, respecto de la responsabilidad por colisiones u otros daños. En este sentido, esta materia es regulada por los principios que rigen la culpa extracontractual, toda vez que tanto el remolcador como el remolcado, responden de su propia culpa, tal y como se desprende del enunciado del artículo 1083 del Código de Comercio de Chile, que establece

Por regla general, en los remolques de que trata este párrafo, tanto la nave remolcadora como la remolcada, serán responsables frente a terceros de su propia culpa [...] Pero, en los casos de abordaje con otra nave, ajena a la maniobra, si la dirección del remolque estaba a cargo de la nave remolcadora, el convoy será considerado como una sola unidad de transporte para los fines de la responsabilidad frente a terceros. Si la dirección de la maniobra estaba a cargo de la nave remolcada, la responsabilidad recaerá sobre ésta.

En segundo lugar, si se produce un abordaje entre remolcador y remolcado, el concepto de unidad que constituye el convoy, desaparece, y se mira dicha colisión como si hubiera ocurrido entre dos naves distintas no unidas por el remolque.

En conclusión de lo expuesto, Cornejo (2003) determina a este respecto, algunas reglas de responsabilidad: Si la colisión es con el remolcador y éste es culpable del abordaje, sólo su dueño está obligado a indemnizar los perjuicios. Si la colisión es con el remolcado y éste es el único culpable (si fuere cosa inerte no podría ser culpable), sólo él debe indemnizar. Si la colisión se produce entre el remolcador y el tercer buque inocente, pero por culpa del remolcado, debe indemnizar los daños el armador del buque remolcado. Y si el abordaje se produce entre el tercer buque inocente y el remolcador, por culpa exclusiva de éste último, la responsabilidad recae sobre el remolcador, y el remolcado puede ser o no responsable. Frente a la asunción de

²³ BARROILHET, C. **Derecho marítimo**. Santiago de Chile: Editorial Librotecnia, 2016. p. 522.



responsabilidad del armador o naviero propietario de la nave remolcadora, éste tiene el derecho de limitar su responsabilidad conforme las reglas generales²⁴, y para el caso del Derecho Marítimo Chileno, a constituir un fondo de limitación de la responsabilidad²⁵.

5.2 Las Obligaciones del Remolcado

Respecto de este apartado, escuetamente diremos, citando a Barroilhet (2016), que en la mayor parte de los contratos y sistemas jurídicos, existen obligaciones genéricas para el remolcado. Así, esta parte del contrato debe proveer un buque navegable, lo que no obsta a que la nave remolcadora deba inspeccionar la nave remolcada e indagar acerca de la extensión de la innavegabilidad aparente o visible, o si existiere un riesgo de ella. Adicionalmente, debe proveer una nave debidamente tripulada; y la nave, a su vez, debe estar cargada y estibada adecuadamente.

En conclusión a este capítulo, las obligaciones de las partes contratantes del remolque son diversas. Respecto del remolcador, éste deberá contar con un remolcador en buenas condiciones de navegabilidad y debidamente tripulada. Adicionalmente, deberá ejecutar el remolque con debida diligencia profesional. Como corolario de lo anterior, el Capitán del remolcador debe inspeccionar la viabilidad del remolque y disponer de la toma de providencias especiales; para esto, el Capitán debe mantener la vigilancia sobre el convoy y la nave remolcada. Y en caso de peligro, debe buscar refugio. Respecto del remolcado, este contratante debe proveer de una nave susceptible de ser remolcada, debidamente tripulada y cargada y adecuadamente estibada.

6 EL ITER CONTRACTUAL DEL REMOLQUE

En el Derecho Marítimo existe, por lo general, un conjunto de etapas o fases contractuales que no se verifican pragmáticamente en todos los contratos regulados por otras ramas del Derecho. Sin perjuicio de lo anterior, la metódica marítima contractual sustenta esta práctica, preferentemente, con un objeto claro, esto es, en la cautela de núcleos dogmáticos superiores a

²⁴ HILL, 2014, p. 442-443.

²⁵ Sobre el particular, en el Derecho Marítimo chileno, destacan profusamente las obras de: ABUAUAD, R. **Limitación de responsabilidad de la empresa naviera**: constitución del fondo de limitación. Segunda edición. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2018. p. 17 y ss.; FOX, C. **Limitación de responsabilidad del armador y principio de reparación integral de los acreedores**. Santiago de Chile: Editorial Librotecnia, 2011. p. 11 y ss.



todo instituto o principio de Derecho, como ocurre, con la máxima buena fe de las partes contratantes²⁶.

6.1 Negociaciones Preliminares y a Posteridad. El Remolque es un Contrato de *Ubertimae Bona Fides*

En el Derecho Marítimo inglés, el principio rector en materia contractual, es que las partes negociadoras tienen la obligación de no engañarse ni defraudarse mutuamente mediante una falsa declaración o representación de los hechos que servirán de base para la formación del contrato en cuestión. Así, no existe una obligación precontractual y menos, un deber positivo para las partes, de revelar en forma completa y absolutamente franca, todos los hechos materiales en que se construirá el negocio. En definitiva, las partes son libres de realizar sus propias investigaciones. Sin embargo, existen algunos contratos, principalmente los marítimos, que son concebidos como “contratos de *uberrimae bona fidei*” o de máxima buena fe, tal y como ocurre con el Seguro Marítimo, en que las partes negociadoras tienen el deber adicional de revelar todos los hechos que son, o deberían ser conocidos por su co-contratante para la formación del contrato.

En el caso “The Unique Mariner”²⁷, se debatió si los contratos de salvamento o remolque, entran en la clase de contratos de máxima buena fe, y el remolcado contratante argumentó que sí. Para ello, se hizo referencia a “The Kingalock”, un juicio que fue decidido al menos cien años antes de “The Unique Mariner”. En ese antiquísimo pleito, un remolcador acudió en ayuda de “The Kingalock” y llegó a un acuerdo para remolcarlo, de Terranova a Londres por una suma ascendiente a 40 libras esterlinas. En el transcurso del remolque, se rompió la sirga, y el Capitán del remolcador descubrió, por primera vez, que el remolcador había sufrido anteriormente, graves daños por el mal tiempo. El Capitán declaró que el contrato había terminado *in actum*, pero aun así, continuó remolcando al remolcado, independientemente de haber dado por terminado unilateralmente el contrato. Lo llevó sano y salvo a puerto, y reclamó al remolcado, una

²⁶ Esta construcción sistémica en el Derecho Marítimo, fue desarrollada en: PEZOA HUERTA, R. **La máxima buena fe en el contrato de seguro marítimo**: navegando hacia la construcción de una micro-disciplina. Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas de Santiago, 2020. p. 57 y ss.; y en PEZOA HUERTA, R. Reflexiones en torno al dolo del asegurado en el iter contractual del seguro marítimo. In: OCTAVIANO MARTINS, E. M.; ZANELLA, I. (org.). **Direito marítimo, portuário e aduaneiro**: temas contemporâneos. Belo Horizonte: Arraes, 2020. v. 4, p. 75 y ss.

²⁷ MANDARAKA-SHEPPARD, A. **Modern admiralty law**: with risk management aspects. London: Cavendish Publishing, 2001. p. 850.



remuneración por la operación de salvamento. El buque asistido o salvado, se resistió a pagar, alegando que existía un acuerdo precedente de remolque por 40 libras esterlinas. A su respecto, el Doctor Lushington falló a favor del remolcador, aduciendo que el acuerdo de remolque era nulo *ab initio*, porque el capitán del “The Kingalock” no reveló al Capitán del remolcador, los daños causados por el clima antes de perfeccionar el contrato de remolque, lo que era importante e indispensable por lo arduo y difícil que representa la naturaleza de la operación como tal. No obstante, resolvió la reclamación sobre la base del salvamento efectuado, y recompensó al remolcador con una remuneración por hasta 160 libras esterlinas, todo fundado en

Un acuerdo que vincule a dos partes debe hacerse con pleno conocimiento de todos los hechos que deben ser conocidos por ambas partes; y si algún hecho que, de ser conocido, pudiera tener alguna repercusión en el acuerdo que se va a celebrar, se oculta, o no se revela a alguna de las partes contratantes, viciará el dicho acuerdo. No es necesario, para que sea vinculante, que una de las partes oculte algún hecho o circunstancia de importancia, si hay una mala interpretación, accidentalmente o por descuido; todos sabemos que puede haber lo que, a los ojos de la ley, se denomina fraude.

El caso en comento, no representa el único juicio en que se ha asentado jurisprudencialmente el principio de máxima buena fe en los contratos marítimos; pero indudablemente para el Tribunal del Almirantazgo, representó el principal proceso judicial en que pudo tratarse este conflicto como un contrato de remolque nulo, por ser gravemente injusto para una u otra parte. De acuerdo a lo expuesto, no hay ninguna razón para que el contrato de remolque, en tanto negocio mercantil de servicios, trabajo y mano de obra, no sea considerado un contrato de *uberrimae bona fides*.

6.2. El Inicio o Celebración del Remolque

Tal y como se hiciera patente en *supra* §4.1, a propósito del contrato de remolque maniobra, el artículo 1085 del Código de Comercio de Chile es explícito al determinar el *iter contractual* de este tipo de contratos.

No obstante, y de conformidad con el derecho consuetudinario marítimo, el contrato de remolque comienza cuando se han pasado los cabos entre los buques. Con diametral diferencia a este presupuesto del Derecho Marítimo chileno, es que conforme al “UK Standard Conditions for Towage and Other Services” del año 1986, dispone que el inicio puede producirse en una fase anterior, cuando el remolcador está preparado y alistado para recibir órdenes del buque a



remolcar. Así las cosas, la duración de la operación de remolque según el “UK Standard Conditions for Towage and Other Services”, está redactada en términos mucho más amplios que en el derecho común. A estos efectos, dichas condiciones para remolcar de 1986, en su párrafo 1 (b) (iv), disponen que

La expresión ‘durante el remolque’ abarcará el período que comienza cuando el remolcador o la embarcación auxiliar está en condiciones de recibir órdenes directas del buque del arrendador para comenzar a sujetar, empujar, tirar, mover, escoltar, guiar, o permanecer junto al buque o recoger los cabos, cable o líneas, o cuando el cable de remolque ha sido pasado al remolcador o a la embarcación auxiliar, lo que ocurra antes, y cuando finalicen las órdenes finales del buque del arrendatario de dejar de sujetar, empujar, tirar, mover, escoltar, guiar o permanecer junto al buque o de soltar los cabos, cables o líneas, o cuando el cable de remolque se haya soltado definitivamente, lo que ocurra después, y el remolcador o la embarcación auxiliar se hayan alejado del buque en condiciones de seguridad.

En el caso “Compañía Naviera de Valparaíso S.A. vs Sudamericana Agencias Aéreas y Marítimas S.A.”, la Corte Suprema de Chile determina el casuismo de las estipulaciones del remolque, en torno al momento en que principiará este contrato, resolviendo que

[...] las estipulaciones acordadas por las partes dan cuenta de que el contrato de remolque-maniobra sólo se iniciaría una vez que llegara el remolcador al costado de la motonave Cerro Alegre y, en ese evento, se calcularía el precio final a cobrar por el arrendamiento del remolcador, motivo por el que era esencial el llamado previo desde la motonave Cerro Alegre al Ram Alondra.

En conclusión, la determinación del inicio del contrato de remolque, es un asunto que debe examinarse caso a caso. La importancia de conocer el *iter contractual* del contrato de remolque, desde que inicia, se interrumpe o termina, es crucial para efectos de la determinación de las obligaciones de los contratantes, y la asunción de responsabilidades que a cada uno le asisten, así también como el funcionamiento de las cláusulas de limitación de la responsabilidad, o de indemnización según corresponda.

6.3 Interrupción y Suspensión del Remolque

Se ha expresado *in extenso*, que el objeto del contrato de remolque, es la ejecución de una obligación de hacer, esto es, de realizar una maniobra, transporte o asistencia a una nave, artefacto naval u otro objeto flotante. Sin embargo, cuando el remolcado se enfrenta a un peligro, o el remolcador advierte el advenimiento de un riesgo marítimo, el contrato de remolque debe suspenderse a efecto de transitar a una operación de salvamento si fuere necesario. No obstante esto, se ha expresado profusamente, que una vez finalizado el riesgo que supuso la suspensión, el



remolque debe reanudarse. En conclusión, y si el remolque no es reanudado con ocasión de su suspensión, aun pudiendo hacerlo, se incurrirá en interrupción, lo cual devendrá en el incumplimiento de dicho contrato.

6.4 Terminación del Remolque

En el Derecho Marítimo chileno, el remolque termina, conforme al artículo 1085 del Código de Comercio, “[...] cuando quien dirige la maniobra dispone su término o el retiro del remolcador.” No obstante, en el Derecho inglés existen dos hipótesis por las cuales se da por terminado el contrato. El primero de estos acontecimientos ocurre cuando se cumplan las órdenes finales del remolcador, de dejar de sujetar, empujar, tirar, mover, escoltar, guiar o mantenerse a la espera, o de soltar los cables o cabos. Una segunda hipótesis, expresa que termina el remolque, cuando el cabo de remolque se haya soltado definitivamente. Es importante considerar que la separación accidental del cabo de las naves remolcadora y remolcada, no constituye terminación del contrato.

En conclusión a este último capítulo, es posible determinar que el remolque es un contrato de máxima buena fe, al igual que todos los negocios marítimos. La máxima buena fe es el nervio axial de este tipo de acuerdo de voluntades y si bien debe prevalecer con preminencia en las negociaciones preliminares o tratativas de su celebración, igualmente debe concurrir durante todo el iter contractual, esto es, desde su celebración hasta su término, excluyendo en definitiva, cualquier indicio de mala fe que pueda desnaturalizarlo.

7 CONCLUSIONES

El Contrato de Remolque es una institución jurídica relativamente moderna en atención a la antiquísima existencia del Derecho Marítimo, pero actualmente indispensable para el adecuado desarrollo de la actividad marítima. El remolque evoca univocidad, pero su fisonomía se erige en base al remolcador (*tug*) como objeto material de la relación jurídica; al acto de remolcar (*tow*) como verbo y actividad; y al remolque (*towage*) como servicio, prestación y al fin, como contrato. Sin perjuicio de esta triada, el remolque goza de un concepto dimanado de la doctrina de los autores y de la jurisprudencia, toda vez que la ley no ha establecido su significancia. En



seguida, el estudio de sus características es relevante para determinar su naturaleza, y establecer la forma adecuada de dirimir los conflictos de relevancia jurídica que emanen de su celebración o más bien, de su incumplimiento. El análisis y determinación de su clasificación en remolque maniobra y remolque de altura, permite colegir la naturaleza contractual de la operación que el remolque debe prestar, lo que es útil a la hora de diferenciar el contrato de remolque respecto de las maniobras de asistencia o salvamento, donde se ha presentado una serie de dificultades respecto del momento en que el remolque se ve suspendido, y rigen labores de auxilio sin un carácter eminentemente contractual. Se adopta a lo largo de este trabajo, la formulación de hipótesis adjetivo-probatorias que permiten acreditar el momento en que el remolque se suspende para transitar al salvamento marítimo, en razón de sus riesgos y al desconocimiento de los mismos al momento de contratar. A su turno, y considerando que el remolque es un contrato, su característica principal implica ser fuente de obligaciones, tanto para la parte remolcadora como para el remolcado. En este sentido, el estudio se enfoca en los efectos del contrato de remolque en los sujetos intervinientes o contratantes, y de la forma en que puede verificarse la asunción de responsabilidad, y específicamente el derecho del remolcador a limitar su responsabilidad. Finalmente, se proyectó un esfuerzo metodológico en denominar, al contrato de remolque, como un contrato de máxima buena fe, aspecto característico de la mayor parte de los contratos marítimos. Dicha aseveración permite consolidar, de un modo saludable, las etapas que definen el iter contractual del remolque, logrando establecer con claridad el momento u oportunidad en que principia este contrato, la posibilidad de suspensión diferenciada de la interrupción, y los modos en que termina este vínculo obligacional marítimo.

8 REFERENCIAS

- ABUAUAD, R. **Limitación de responsabilidad de la empresa naviera**: constitución del fondo de limitación. Segunda edición. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2018.
- AMICH, J. **Diccionario marítimo**. 5ª Edición. Barcelona: Editorial Juventud, 1998. p. 387.
- BARROILHET, C. **Derecho marítimo**. Santiago de Chile: Editorial Librotecnia, 2016.
- BARROILHET, C. et al. **La nave y el artefacto naval**. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2017.
- BAATZ, Y. **Maritime law**. 3th Edition. Oxon: Lloyd's Shipping Library, 2014.



BOWEN, F. **A hundred years of towage**: a history of Messrs: 1833-1933. London: William Watkins, 1933. Gravesend and Dartford Reporter, 1933.

BUCKNILL, A. **The law of tug and tow**. 2nd Edition. London: Stevens, 1927.

CORNEJO, E. **Derecho marítimo chileno**: explicaciones sobre el libro III del código de comercio: de la navegación y el comercio marítimos. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2003.

DUPICHOT, J. **Derecho de las obligaciones**. Santiago de Chile: Ediciones Olejnik, 2019.

FOX, C. **Limitación de responsabilidad del armador y principio de reparación integral de los acreedores**. Santiago de Chile: Editorial Librotecnia, 2011.

GARCÍA, F. **Derecho del transporte marítimo**. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1993.

HILL, C. **Maritime law**. 6th Edition. Oxon: Lloyd's Practical Shipping Guides, 2014.

MANDARAKA-SHEPPARD, A. **Modern admiralty law**: with risk management aspects. London: Cavendish Publishing, 2001.

MANGONE, G. **United States admiralty law**. The Hague: Kluwer Law International, 1997.

OCTAVIANO MARTINS, E. M. (org.). **Vade mecum de direito marítimo**. Barueri: Manole, 2015.

PEURIOT, L. **El salvamento marítimo**. Santiago de Chile: Editorial Librotecnia, 2011.

PEZOA HUERTA, R. **La máxima buena fe en el contrato de seguro marítimo**: navegando hacia la construcción de una micro-disciplina. Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas de Santiago, 2020.

PEZOA HUERTA, R. Reflexiones en torno al dolo del asegurado en el iter contractual del seguro marítimo. In: OCTAVIANO MARTINS, E. M.; ZANELLA, I. (org.). **Direito marítimo, portuário e aduaneiro**: temas contemporâneos. Belo Horizonte: Arraes, 2020. v. 4.

RAINEY, S. **The law of tug and tow and offshore contracts**. 3th Edition. Oxon: Lloyd's Shipping Library, 2013.

TOMASELLO, L. **Curso de derecho marítimo chileno**. Santiago de Chile: Editorial Libromar, 2014.



**DERRAMAMENTO DE ÓLEO NO NORDESTE BRASILEIRO:
RESPONSABILIZAÇÃO E DESDOBRAMENTOS.**

**OIL SPILLING IN BRAZILIAN NORTHEAST:
LIABILITIES AND CONSEQUENCES.**

Antonio Lawand Junior¹

Cecília Dutra de Almeida Silva²

Luiz Philipe Ferreira de Oliveira³

RESUMO: Em agosto de 2019, o Brasil sofreu o maior derramamento de óleo da história do país, com uma mancha descoberta na Região Nordeste que se espalhou por 700 km da costa brasileira. Até o momento de fechamento do artigo não houve a identificação do responsável. E decorrente de tal fato, o presente trabalho teve como finalidade analisar o instituto da responsabilidade civil por danos ambientais, e sua aplicação através da conjectura de possíveis cenários e responsáveis. Tendo, portanto, sido utilizado o método dedutivo, com sustento na legislação, jurisprudência, doutrina para o estudo do caso. Sendo possível verificar que apesar do tamanho da extensão da costa brasileira, e de sua legislação ambiental ser considerada entre as mais modernas do mundo, as autoridades ambientais brasileiras não estão preparadas para atuar em emergências, o que reflete diretamente nas proporções atingidas no desastre, devido a inércia do governo. Concluindo pela necessidade da criação de fundos específicos para desastres desta natureza, para que o Erário não seja onerado pelos custos de resposta e recuperação de danos, além da necessidade no endurecimento das normas e procedimentos para navegação em águas brasileiras a fim de coibir novos acidentes.

PALAVRAS-CHAVE: Derramamento de óleo no nordeste brasileiro. Responsabilidade Civil. Desastres ambientais. Acidentes marítimos.

ABSTRACT: In August 2019, Brazil suffered the biggest oil spill in country history, it begins with a spot discovered at Northeast Region coast that spread over 700 km of the Brazilian coast. Until this paper closing there was still no identification of the responsible. And as a result of this fact, the present work aimed to analyze the institute of civil liability for environmental damages, and its application through the conjecture of possible scenarios and those responsible. Therefore, the deductive method was used, based on legislation, jurisprudence, doctrine to our case study. It

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Santos (2000), Mestre em Direito pela Universidade Católica de Santos (2005), Doutor em Direito pela Universidade Católica de Santos (2021). Pós-Graduado em Pedagogia para o Ensino Superior pela Tampere University (Finlândia) (2019). Advogado inscrito na Seção São Paulo da Ordem dos Advogados do Brasil e Professor de Direito.

² Tecnóloga em Gestão de Recursos Humanos (UniBR), Bacharel em Direito (Universidade São Judas Tadeu), Pós-Graduada em Gestão de Negócios (MBA) pela ESALQ/USP.

³ Advogado, Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Santos, Mestre e Doutor em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da USP.



is possible to verify that despite the size of the length of the Brazilian coast, and its environmental legislation being considered among the most modern in the world, the Brazilian environmental authorities are not prepared to act in emergencies, which directly reflects on the proportions reached in the disaster, due to government inertia. Concluding by the need to create specific funds for disasters of this nature, so that the Treasury is not burdened by the costs of response and damage recovery, in addition to the need to tighten the rules and procedures for navigation in Brazilian waters in order to prevent new accidents.

KEYWORDS: Oil spill at Northeastern Region. Civil responsibility. Environmental disasters. Maritime accidents.

1 INTRODUÇÃO

Segundo estatísticas publicadas pela The International Tanker Owners Pollution Federation Limited (ITOPF), entre 1970 e 2019, mais de 6 bilhões de litros de óleo foram derramados acidentalmente no mar em incidentes envolvendo embarcações, onde muitos deles causaram danos ambientais de grande proporção, como por exemplo o naufrágio do Exxon Valdez em 1989, que derramou aproximadamente 37 mil toneladas de petróleo cru, causando uma mancha que afetou cerca de 1.800 km da costa do Alasca, sendo , na época, o maior derramamento já ocorrido nas águas dos Estados Unidos.

Tal desastre custou à ExxonMobil, empresa responsável pelo navio, a condenação de mais de 5 bilhões de dólares em danos e prejuízos, além de 2,1 bilhões gastos pela companhia na limpeza das áreas afetadas.

No Brasil, o histórico de acidentes desta natureza tem início em março de 1975, quando o navio iraquiano Tarik Ibn Ziyad derramou 6 mil toneladas de óleo na Baía de Guanabara, tendo a Petrobras sido responsabilizada por este acidente.

Entretanto, na história de acidentes envolvendo derramamento de petróleo no Brasil, o acidente que mais se destaca é a mancha de óleo descoberta no litoral nordestino em agosto de 2019, que se alastrou por mais de 700 km de extensão na costa brasileira, sendo considerado o maior desastre de derramamento de óleo do país.

Apesar de suas proporções, e do dano ambiental causado que pode perdurar por gerações, o que mais tem repercutido sobre este acidente é o fato de que mesmo desde 2019 ainda não há identificação de um responsável.



Diante deste cenário inédito, surge a pergunta: Quem arcará com a responsabilidade deste acontecimento?

Neste sentido, através da análise legal, pesquisa jurisprudencial e doutrinária, o presente trabalho tem como intuito abordar, de maneira concisa, como o direito define o instituto da responsabilidade civil para a reparação dos danos causados por este tipo de acidente, e demonstrar sua aplicação nas hipóteses de possíveis responsáveis, e, também, na ausência material deste.

2 DERRAMAMENTO DE ÓLEO NO NORDESTE

Definido como o acidente ambiental de maiores proporções na história brasileira, o derramamento de óleo na costa nordestina ocorrido no fim de agosto de 2019, atingiu mais de 700 km⁴ de extensão da costa brasileira.

No momento de fechamento deste trabalho mais de cinco mil toneladas⁵ de resíduos oleosos haviam sido recolhidos, afetando 11 estados, 130 municípios e 1009 localidades, além de 159 animais oleados (112 mortos e apenas 47 vivos⁶) encontrados em meio a operação de controle dos danos.

Operação esta que, devido as gigantescas proporções e a peculiaridade de não se saber a origem do óleo, nem seu responsável, exigiu esforços coordenados, para contenção e neutralização dos danos, de diversos agentes, como a Marinha do Brasil, o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA), a Petrobras, a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), a Força Aérea Brasileira (FAB), o Exército Brasileiro e diversas outras entidades governamentais e não governamentais, além de voluntários, mobilizando assim mais de 16 mil pessoas em todo o processo.

⁴Dados disponíveis em <https://www.marinha.mil.br/manchasdeoleo/sobre>. Acesso em 05/09/2020.

⁵ Montante composto por óleo, areia e materiais utilizados na retirada do óleo.

⁶ Segundo Relatório emitido pelo IBAMA em 12/02/2020.



Tal operação custou até agora 172 milhões de reais⁷ para os cofres do governo federal, não sendo ainda contabilizado o valor gasto pelos estados e municípios e iniciativa privada. Além dos prejuízos financeiros, há o prejuízo ambiental imensurável, pois tal acidente pode gerar consequências nos diversos ecossistemas atingidos, que perdurarão por décadas.

Importa ressaltar que durante as operações para contenção de danos, o Governo Federal demonstrou despreparo em face à situação de emergência, uma vez que não encabeçou a liderança na coordenação das operações, nem apontou prontamente quem seria o responsável para tanto, o que dificultou uma resposta rápida, imediata e ordenada.

As primeiras manchas foram detectadas em 30 de agosto, mas apenas em 02 de setembro a Marinha foi informada sobre o problema, e, somente foi apontada como responsável pela coordenação do PNC em 11 de outubro, ou seja, o Governo Federal ficou inerte por mais de 40 dias em relação ao ocorrido, deixando de exercer as competências como Autoridade Nacional do PNC estabelecidas pelos decretos nº 8.127/2013 e nº 4.871/2003.

Este despreparo reflete uma grande falha, considerando que em média, 70%⁸ da movimentação nos portos brasileiros são de navegação de longo curso⁹, e que a movimentação de cargas nos portos brasileiros no ano de 2019 foi aproximadamente 1,104 bilhões de toneladas, sendo 224,7 milhões de toneladas de petróleo e derivados¹⁰. Ignora-se, nos dados acima as milhares de toneladas que trafegam pelas águas sob nossa jurisdição ou vigilância¹¹ de maneira irregular em navios fantasma.

⁷Informação obtida em: <https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2020/08/27/marinha-conclui-investigacao-sobre-derramamento-de-oleo-mas-nao-encontra-culpado.ghtml>. Acesso em 05/09/2020.

⁸Total de movimentação portuária por tipo de navegação na última década, disponível em: <https://www.cnt.org.br/painel-cnt-transporte-aquaviario>. Acesso em 05/09/2020.

⁹Navegação de longo curso é aquela realizada entre portos brasileiros e estrangeiros.

¹⁰Disponível em <http://portal.antaq.gov.br/wp-content/uploads/2020/02/Anu%C3%A1rio-2019-vFinal-revisado.pdf>. Acesso em 28/04/2020.

¹¹A soberania de um Estado costeiro sobre as águas que banham sua costa é definida na Convenção de Montego Bay/82 (UNCLOS III), sendo denominado Mar Territorial a faixa de água que não ultrapasse 12 milhas náuticas a contar da linha de baixa-mar reconhecida pelo estado costeiro, e Zona Exclusiva Econômica (ZEE) a faixa que não ultrapasse 200 milhas náuticas da mesma linha de base do Mar Territorial. Tal soberania se estende ao espaço aéreo, bem como ao leito e ao subsolo destas zonas, e garante que o estado costeiro possa tomar as medidas necessárias em relação à navegação, para proteção e segurança de seu estado. No ordenamento brasileiro tal disposição encontra-se na Lei nº 8.617/1993, onde adota-se o Mar Territorial com extensão de 12 milhas, e a ZEE com extensão das 12 às 200 milhas, contadas a partir da linha de base usada para medir o Mar Territorial.



Ademais, o Brasil não é signatário de nenhum fundo internacional para compensação de poluição causada por óleo¹², nem possui fundo próprio (nacional), que tenha este objetivo específico, restando para os cofres públicos todo o prejuízo financeiro decorrente de tal poluição, até a identificação do responsável ou responsáveis.

Embora o óleo tenha sido identificado compatível com a assinatura química espectrométrica de óleos provenientes de poços da Venezuela¹³, até o presente momento não houve identificação dos atores responsáveis, nem a causa, o que impossibilita a responsabilização e a consequente reparação e/ou indenização pelos danos causados.

Logo, tal acidente, se enquadra no que o direito ambiental chama de mancha órfã, e partindo desta premissa será abordada a responsabilidade civil.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL POR DERRAME DE ÓLEO NO MAR E NA COSTA

Muito embora o acidente na costa brasileira possa envolver atores internacionais na cadeia de responsáveis, a competência para julgar tal fato é do Estado Brasileiro, conforme previsto no artigo 9(1), da CLC/69¹⁴:

Quando um incidente tenha causado dano por poluição no território, incluindo-se o mar territorial, ou em uma área mencionada no artigo 2(a)(ii)¹⁵ de um ou mais Estados Partes, ou se tenham tomado medidas preventivas para evitar ou reduzir ao mínimo o dano por poluição nesse território, incluindo-se o mar territorial, ou nessa área, as ações de indenização contra o armador, o segurador ou outra pessoa que proveja garantia financeira para cobrir a responsabilidade do armador, somente poderão ser impetradas junto aos tribunais desses Estados Partes.

¹² O Brasil possui status de observador no Fundo Suplementar e no Fundo de 1992, tal status foi concedido aos estados que não foram signatários de nenhuma das convenções destes fundos, e que eram signatários do Fundo de 1971 (extinto com o Protocolo de 2000). Informação extraída de: <https://iopcfunds.org/about-us/membership/#member-state-3318>. Acesso em 06/09/2020.

¹³ Informação extraída de: https://ufba.br/ufba_em_pauta/analises-do-lepetroigeo-indicam-correlacao-entre-oleo - encontrado-nas-praias-do. Acesso em 05/09/2020. e <https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2019/10/08/relatorio-da-petrobras-diz-que-oleo-no-nordeste-parece-petroleo-extraido-na-venezuela.ghtml>. Acesso em 05/09/2020.

¹⁴ Promulgada no Brasil pelo Decreto nº 79.437, de 28 de março de 1977, A Convenção Internacional sobre Responsabilidade Civil por Danos por Poluição por Óleo de 1969, renovada em 1992 e frequentemente referida como a Convenção CLC, é um tratado marítimo internacional administrado pela Organização Marítima Internacional que foi adotado para garantir que uma compensação adequada estaria disponível onde a poluição por óleo os danos foram causados por acidentes marítimos envolvendo petroleiros (ou seja, navios que transportam petróleo como carga).

¹⁵ Na Zona Econômica Exclusiva de um Estado Parte, estabelecida de acordo com o direito internacional, ou, se um Estado Parte não tiver estabelecido tal zona, em área além do mar territorial desse Estado e a ele adjacente,



Outros instrumentos de direito internacional corroboram que, o Estado que sofreu danos por poluição tem competência para julgar a ação de reparação contra os responsáveis pelo dano, utilizando como base a legislação nacional, com auxílio da legislação internacional, como por exemplo, a Declaração do Rio em seu Princípio nº 13:

Cada Estado deverá estabelecer sua legislação nacional no tocante a responsabilidades e indenizações de vítimas da poluição e de outras formas de agressão ao meio ambiente. Além disso, os Estados deverão cooperar na busca de uma forma expedita e mais determinada de desenvolver a legislação internacional adicional referente a responsabilidades e indenizações por efeitos adversos de dano ambiental causado por atividades dentro de sua jurisdição ou controle a áreas fora de sua jurisdição.

Assim como, a UNCLOS III¹⁶, em seu Artigo 235 (2):

Os Estados devem assegurar através do seu direito interno meios de recurso que permitam obter uma indenização pronta e adequada ou outra reparação pelos danos resultantes da poluição do meio marinho por pessoas físicas ou jurídicas, sob sua jurisdição.

Neste sentido, a responsabilidade por danos ambientais no direito brasileiro emana da Constituição Federal, que traz no artigo 225, § 3º, que todo aquele que comete conduta lesiva ao meio ambiente está sujeito a sanções penais, administrativas, além da obrigação de reparar o dano causado, demonstrando que a responsabilização possui caráter tríplice: civil, penal e administrativa¹⁷.

determinada por aquele Estado em conformidade com o direito internacional e que não se estenda além das 200 milhas náuticas medidas a partir da linha de base a partir da qual se mede a extensão do seu mar territorial; CLC/69, artigo 2(a)(ii).

¹⁶ Promulgada no Brasil pelo Decreto nº 99.165, de 12 de março de 1990, A Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, frequentemente referida pelo acrônimo em inglês UNCLOS ou UNCLOS III, é um tratado multilateral celebrado em Montego Bay, Jamaica, em 10 de Dezembro de 1982, que define, codifica e consolida conceitos herdados do direito internacional costumeiro referentes a assuntos marítimos, como mar territorial, zona econômica exclusiva, plataforma continental e outros, e estabelece os princípios gerais da exploração dos recursos naturais do mar, como os recursos vivos, os do solo e os do subsolo. A Convenção também criou o Tribunal Internacional do Direito do Mar, competente para julgar as controvérsias relativas à interpretação e à aplicação daquele tratado.

¹⁷ Ainda que haja mais de um tipo de sanção pelo mesmo fato, não se pode falar em *bis in idem*, uma vez que o agente é penalizado em esferas distintas. Tal se dá, pois, por vezes uma única conduta configura ilícito penal e administrativo ao mesmo tempo, sem olvidar também, da reparação civil resultante do mesmo ilícito. Como o direito ambiental busca a reparação integral dos danos causados, perseguir a responsabilidade em apenas uma esfera tornaria esta reparação impossível, devido a limitação das competências de cada juízo.



Embora a constituição não traga em seu texto a classificação da responsabilidade civil por danos ambientais, a Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA), Lei nº 6.938/81, já previa expressamente que tal é considerada objetiva, não importando o *animus* do agente em relação à conduta lesiva, ou seja, a falta de dolo não o isenta da responsabilização (artigo 14, § 1º), logo, as excludentes de responsabilidade são ignoradas quando se trata de danos ambientais, pois pouco importa a intenção do agente, bastando a ação ou omissão, o nexo causal e o dano de sua atividade, com o prejuízo causado.

Isso ocorre, pois, a responsabilidade objetiva baseia-se na teoria do risco integral¹⁸, onde ao optar exercer atividade potencialmente danosa, o agente assume os riscos desta atividade e as responsabilidades decorrentes dela¹⁹, consoante o Código Civil Brasileiro, no parágrafo único do artigo 927²⁰, isso garante que o agente não se furte do dever de indenizar.

O mesmo não ocorreria, se a PNMA tivesse adotado a teoria do risco administrativo, onde a responsabilização encontraria limites, pois considera a culpa do agente para atenuar ou agravar a indenização²¹, e ainda permite que sejam alegadas excludentes de ilicitude como caso fortuito, ou força maior, por exemplo, e isto poderia causar grande prejuízo ao meio ambiente.

¹⁸ “A responsabilidade civil por danos ambientais, seja por lesão ao meio ambiente propriamente dito (dano ambiental público), seja por ofensa a direitos individuais (dano ambiental privado), é objetiva, fundada na teoria do risco integral, em face do disposto no art. 14, § 10º, da Lei n. 6.938/81, verbis:

Art 14 - Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores:

§ 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente. Tem plena aplicação o princípio do poluidor-pagador, consagrado nesse dispositivo legal, cuja responsabilidade civil não apenas é objetiva, seguindo a teoria do risco integral.” (STJ, REsp 1.373.788/SP, Rel. Ministro Paulo De Tarso Sanseverino, Terceira Turma, DJe de 2005/2014)

¹⁹ “são dois os elementos essenciais que caracterizam a responsabilidade absoluta (pelo risco), quais sejam: a existência de um prejuízo sensível e um nexo de causalidade entre ele e a atividade que o causou. exige-se apenas a prova de que o dano possui ligação direta ou indireta com a atividade, e não com a conduta do agente, pois, com a teoria do risco integral, ele assume os riscos de eventuais danos causados por sua atividade.” (TRENNEPOHL, 2019).

²⁰ Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, **ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.** (grifo nosso).

²¹ Tem havido alguma controvérsia sobre as noções do *risco administrativo* e do denominado *risco integral*. No *risco administrativo*, não há responsabilidade civil genérica e indiscriminada: se houver participação total ou parcial do lesado para o dano, o Estado não será responsável no primeiro caso e, no segundo, terá atenuação no que concerne a sua obrigação de indenizar. Por conseguinte, a responsabilidade civil decorrente do risco administrativo encontra limites. Já no *risco integral* a responsabilidade sequer depende do nexo causal e ocorre até mesmo quando a culpa é



A lei também prevê que a responsabilidade por danos ambientais é solidária, sendo adotada a regra da solidariedade passiva, onde todo o agente que de alguma forma tenha concorrido para a ocorrência do dano ambiental poderá ser responsabilizado, tendo por obrigação a reparação do todo, ainda que não tenha sido o causador direto do dano.

Tal se dá pelo fato de que muitas vezes não é possível mensurar a participação de cada agente na cadeia de acontecimentos de um acidente ambiental²², pois alguns agentes, em razão de suas atividades, são apenas partícipes indiretos de atividades que podem gerar danos, como por exemplo, um banco que fornece empréstimo para empresa exploradora de recursos naturais, sem verificar se esta possui licença ambiental para exercer tal atividade, logo, se esta empresa causa um dano ambiental, o banco patrocinou este acontecimento, e com a aplicação da solidariedade passiva, também possui responsabilidade pelo dano.

da própria vítima. Assim, por exemplo, o Estado teria que indenizar o indivíduo que se atirou deliberadamente à frente de uma viatura pública. É evidente que semelhante fundamento não pode ser aplicado à responsabilidade do Estado, só sendo admissível em situações raríssimas e excepcionais. (Carvalho Filho, 2020)

²² Outro obstáculo a ser superado, na definição da pauta subjetiva passiva, é o da pluralidade de agentes, situação normal na esfera ambiental e com reflexos também na análise do nexo causal. Pensemos, como lembra Mosset Iturraspe, na poluição do ar ou da água por fontes múltiplas: ‘à vítima será muito difícil, quando não impossível, precisar qual desses possíveis agressores foi o definitivo, desencadeante ou decisivo’. Nesse ponto, o direito tradicional oferece solução, a responsabilidade civil in solidum dos co-responsáveis, também prevista no sistema brasileiro. Quanto a isso, a Lei nº 6.938/81 não se desviou um milímetro que seja do princípio geral da solidariedade passiva, decorrente do art. 1.518, caput, do Código Civil, segundo o qual se tiver mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação. A norma, aqui, corretamente vê a degradação ambiental como um fato danoso único e indivisível, pressupondo que, em consequência da impossibilidade de fragmentação do dano, o nexo causal é comum. O modelo jurídico ambiental, portanto, não só aproveita a solidariedade do direito civil clássico como a amplia, dando-lhe feições peculiares. Nada mais justo, sendo o direito ambiental uma disciplina jurídica de crise a exigir, por isso mesmo, notáveis e urgentes aperfeiçoamentos no organograma da responsabilidade civil. Nessa linha ‘é de particular relevância o princípio da solidariedade, que historicamente correspondia ao da fraternidade, consagrado pela revolução francesa de 1789’. O que não se pode admitir é o réu alegar, como eximente, ‘o fato de não ser só ele o degradador, de serem vários, e não se poder identificar aquele que, com seu obrar, desencadeou - como gota d’água - o prejuízo’ (BENJAMIN, 1998).



No caso concreto a solidariedade se estende a todo aquele que contribui para que o dano ocorresse²³, ainda que de forma indireta, seja o autor exclusivo, coautor, seja um Estado que deixa de cumprir com seu dever de fiscalização, ou que deixa de fazê-lo para de alguma forma lucrar com o dano, e até mesmo qualquer pessoa (ou instituição) que podendo evitar o dano, não o evita, ou seja, todo e qualquer ato na cadeia de eventos que possa ter contribuído para o desencadear um desastre ambiental, reiterando assim o caráter da responsabilização ambiental objetiva, que ignora a culpa dos múltiplos agentes em relação ao ocorrido.

Outrossim, a legislação adota o princípio da reparação integral do dano, onde o poluidor é obrigado a reparar todo o dano causado através de medidas de recuperação indicadas pela autoridade técnica competente, e, quando não for possível a recuperação ao *status quo* anterior, haverá a compensação financeira equivalente, mesmo que tal supere a capacidade financeira do poluidor.

Em contrário, a legislação internacional determina a adoção pelos agentes marítimos de seguros para acidentes ambientais, e impõem valores como limite à responsabilidade, o que dificulta a efetiva reparação do dano, como por exemplo a CLC/69 (art. V(1), art. VI(1), art. VII (1, 8,)), que limita a responsabilidade do proprietário do navio em 2000 (dois mil) francos por tonelada da tonelagem do navio, não podendo o montante exceder a 210 milhões de francos²⁴.

Os responsáveis podem ser pessoas jurídicas (públicas ou privadas) ou pessoas físicas, sendo que a penalização de um não obstará a penalização do outro, pelo critério de solidariedade. Também estão incluídos neste rol aqueles que podendo impedir o dano, não o fazem, como funcionários, diretores, auditores, agentes públicos, etc., por terem o poder de agir para prevenir o dano (ou mitigá-lo) e não o fizeram, perfazendo o necessário nexo causal.

É possível notar a amplitude do poder de responsabilização por danos ambientais, no

²³ “Para o fim de apuração do nexo de causalidade no dano ambiental, equiparam-se quem faz, quem não faz quando deveria fazer, quem deixa fazer, quem não se importa que façam, quem financia para que façam, e quem se beneficia quando outros fazem. 14. Constatado o nexo causal entre a ação e a omissão das recorrentes com o dano ambiental em questão, surge, objetivamente, o dever de promover a recuperação da área afetada e indenizar eventuais danos remanescentes, na forma do art. 14, § 1º, da Lei 6.938/81. 15. (...) 16. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.” (STJ: REsp 650.728/SC. Rel. Ministro Herman Benjamin. Segunda Turma. Publ. 02/12/2009)

²⁴ O franco utilizado como parâmetro na citada Convenção é uma unidade constituída por sessenta e cinco miligramas e meio de ouro a título de novecentos milésimos de pureza, sendo o correspondente mais próximo a tal pureza o ouro 22 quilates. Disponível em: <https://www.gold.org/about-gold/about-gold-jewellery>. Acesso em 07/09/2020.



inciso VI, do artigo 170 da Constituição Federal, onde o legislador privilegia a defesa do meio ambiente em detrimento da ordem econômica, podendo haver tratamento diferenciado para que haja a efetiva tutela do meio ambiente²⁵.

Tal se dá pela importância da preservação do meio ambiente saudável, uma vez que ele é essencial para a qualidade de vida, além de ser um direito transgeracional. Este princípio, consagrado pelo legislador na Constituição Federal (art. 225), pode ser considerada uma cláusula pétrea, uma vez que tem a intenção de garantir a perpetuação do povo brasileiro (por conseguinte da raça humana), o que seria impossível sem um meio ambiente saudável.

3.1 Responsabilidade Do Proprietário

O transporte de óleo e seus derivados é considerado uma atividade com alto potencial de poluição, no Anexo VIII da PNMA:

Figura 1- Atividades potencialmente poluidoras e utilizadoras de recursos ambientais.

18	Transporte, Terminais, Depósitos e Comércio	- transporte de cargas perigosas, transporte por dutos; marinas, portos e aeroportos; terminais de minério, petróleo e derivados e produtos químicos; depósitos de produtos químicos e produtos perigosos; comércio de combustíveis, derivados de petróleo e produtos químicos e produtos perigosos.	Alto
----	---	--	------

Fonte: Anexo VIII, da Lei nº 6.938/81²⁶.

Logo, aquele que opta por exercer tal atividade econômica assume os riscos que por ela possam ser gerados, conforme a teoria do risco integral já explicada em capítulo anterior. Neste sentido, a legislação brasileira traz que o proprietário de navio que transporte óleo como carga é

²⁵A atividade econômica não pode ser exercida em desarmonia com os princípios destinados a tornar efetiva a proteção ao meio ambiente. A incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a "defesa do meio ambiente" (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral. Doutrina. Os instrumentos jurídicos de caráter legal e de natureza constitucional objetivam viabilizar a tutela efetiva do meio ambiente, para que não se alterem as propriedades e os atributos que lhe são inerentes, o que provocaria inaceitável comprometimento da saúde, segurança, cultura, trabalho e bem-estar da população, além de causar graves danos ecológicos ao patrimônio ambiental, considerado este em seu aspecto físico ou natural. (ADI 3.540 MC, rel. min. Celso de Mello, j. 1º-9-2005, P, DJ de 3-2-2006.)

²⁶Tabela de atividades potencialmente poluidoras e utilizadoras de recursos ambientais.



civilmente responsável pelos danos causados por poluição por óleo no território nacional²⁷, e no mesmo sentido dispõe a CLC/69, dispondo que o proprietário de um navio será responsável por qualquer dano por poluição decorrente de incidentes²⁸.

No desastre ambiental em foco, embora as investigações ainda estejam em andamento, as linhas de investigação apontam fortemente que o dano que é proveniente de um navio que transportava óleo como carga, levando em consideração o tipo de óleo e a quantidade de resíduos coletados²⁹.

Por se tratar de acidente ambiental marítimo que resultou em poluição por óleo, a definição de proprietário que melhor se aproveita, no caso em estudo, é a trazida na CLC/69, uma vez que esta trata exclusivamente sobre a responsabilidade civil em incidentes deste tipo:

Artigo 1(3) - “Proprietário” significa a pessoa ou pessoas registradas como proprietário do navio, ou em falta de matrícula, a pessoa ou pessoas que têm o navio por propriedade. Todavia, nos casos de um navio de propriedade de um Estado e Operado por uma companhia que, nesse Estado, é registrada como operadora do navio, o termo “proprietário” designa essa companhia.

Tal definição trazida na CLC/69 é de extrema importância, pois através dela ampliou-se o conceito de proprietário, facilitando a persecução dos responsáveis quando da ocorrência de acidentes marítimos.

Além das obrigações preventivas impostas por lei (principal instrumento das políticas ambientais) como manter o navio em boas condições de navegabilidade e comunicação, possuir tripulação tecnicamente capaz e garantir que tenham boas condições de trabalho, quando do acontecimento de incidentes, o proprietário é obrigado por lei a comunicar as autoridades competentes no instante em que eles ocorrem³⁰, para que sejam tomadas medidas corretivas imediatamente, a fim de diminuir os impactos do acidente.

²⁷ O proprietário de um navio, que transporte óleo a granel como carga, é civilmente responsável pelos danos causados por poluição por óleo no Território Nacional, incluído o mar territorial, salvo nas hipóteses previstas no § 2º, do artigo III, da Convenção ora regulamentada. Dec. nº 83.540/79 - Art. 2º.

²⁸ Exceto como disposto nos parágrafos 2 e 3 deste artigo, o proprietário de um navio no momento de um incidente ou, quando o incidente consistir numa série de ocorrências, no momento da primeira de tais ocorrências, será responsável por qualquer dano por poluição causado pelo navio em decorrência do incidente. CLC/69, Art. 3º, 1.

²⁹ Disponível em: <http://www.pf.gov.br/imprensa/noticias/2019/11/policia-federal-deflagra-operacao-que-visa-esclarecer-derramamento-de-oleo-no-litoral-brasileiro>. Acesso em 18/04/2020.

³⁰ Art. 8º. A ação preventiva ou corretiva iniciar-se-á imediatamente após o conhecimento do incidente. § 1º Qualquer incidente deverá ser comunicado imediatamente à Capitania dos Portos da área, ou órgão a ela



No derramamento ocorrido na costa brasileira, não houve qualquer comunicação do incidente, ou como e por que ele ocorreu, e até o fechamento deste trabalho não houve a identificação do agente responsável, o que demonstra possível dolo, dado isto trabalharemos a responsabilização do proprietário sem considerar as suas excludentes.

Na esfera civil, o proprietário além de ser obrigado a recuperar totalmente todas as áreas afetadas, ainda poderá ser obrigado a indenizar todas as pessoas que tiveram suas vidas afetadas em decorrência do acidente, como por exemplo pescadores³¹, profissionais do turismo, empresas do ramo hoteleiro, e todos os demais que foram impedidos de exercer suas atividades econômicas devido a contaminação das praias.

Como quando do acontecimento do acidente não houve assunção da responsabilidade, nem as autoridades puderam identificar o responsável, outros agentes, ao empenharem seus recursos, acabam por arcar com as despesas decorrentes da mitigação dos danos e recuperação das áreas afetadas, como a União, os Estados, prefeituras, o IBAMA, a Marinha do Brasil, entre outros, podendo estes serem litisconsortes (e todos aqueles que comprovadamente tenham sofrido danos pela poluição causada pelo acidente) na ação que deverá ser proposta pelo MPU.

Na esfera administrativa, é considerada infração *toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente*, conforme artigo 70 da Lei nº 9.605/98. Logo, o proprietário, desde o momento de sua identificação, poderia ser autuado pelo despejo de óleo e pela não comunicação do acidente, além de outras infrações que venham a ser detectadas em investigações, como por exemplo, a embarcação não atender os requisitos mínimos para navegação no momento do acidente, estando sujeito a sanções como multa (simples ou diária), suspensão das atividades econômicas em águas brasileiras, suspensão do direito de passagem inocente, entre outras.

subordinado, por quem tomar conhecimento de fato que possa resultar ou tenha resultado em poluição por óleo. Decreto nº 83.540/79

³¹ “em vista das circunstâncias específicas e homogeneidade dos efeitos do dano ambiental verificado no ecossistema do rio Sergipe - afetando significativamente, por cerca de seis meses, o volume pescado e a renda dos pescadores na região afetada -, sem que tenha sido dado amparo pela poluidora para mitigação dos danos morais experimentados e demonstrados por aqueles que extraem o sustento da pesca profissional, não se justifica, em sede de recurso especial, a revisão do quantum arbitrado, a título de compensação por danos morais, em R\$ 3.000,00 (três mil reais)” (REsp 1354536/SE, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 26/03/2014, DJe 05/05/2014)



Já na esfera penal, o proprietário responderá por todas as condutas praticadas tipificadas como crime, como por exemplo, a poluição em níveis que resultam danos à saúde humana, a flora e a fauna concomitantemente, entre outras, em concurso formal ou material, que também serão averiguadas em investigação. Por tais condutas poderá sofrer imposição de multa, restrição de direitos (como prestação de serviços à comunidade) e penas privativas de liberdade.

Para determinar o tamanho da responsabilidade em cada esfera, a Lei nº 9.605/98 em seu artigo 6º, traz três critérios que deverão ser observados, que são (i) a gravidade do fato, sua motivação e suas consequências para saúde pública e meio ambiente, (ii) antecedentes do infrator quanto à observância da legislação ambiental e (iii) situação econômica do infrator quando da aplicação de multa.

Quando da aplicação de multa esta será imposta no valor mínimo de R\$ 50,00 (cinquenta reais) e máximo de R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões), considerado como base de cálculo a unidade de medida que melhor se adeque para mensurar o dano ao bem jurídico lesado.

Embora o Brasil seja signatário de convenções que limitam a responsabilidade dos proprietários de acordo com a arqueação do navio, no acidente em estudo, a certeza de que não haverá tal limitação é quase inquestionável, pois se o proprietário se furtou da obrigação de se identificar e tomar a responsabilidade pelo acidente, resta sem dúvida que este estava operando de maneira irregular, logo operava com imprudência e não poderia ter sua responsabilidade limitada, conforme artigo V, 2, da CLC/69:

O proprietário não terá o direito de limitar a sua responsabilidade, com base nesta Convenção, se for provado que o dano por poluição resultou de um ato pessoal seu, ou de uma omissão pessoal sua, cometida com a intenção de causar aquele dano, ou por agir imprudentemente e com o conhecimento de que provavelmente aquele dano poderia ocorrer.

Vale destacar que poderá ser imputada a mesma responsabilização a um Estado quando for proprietário de um navio utilizado para fins comerciais, estando sujeito à jurisdição brasileira e sendo julgado sem a possibilidade de uso das prerrogativas de soberania estatal, ou seja, será considerado um réu comum.

3.2 Responsabilidade do Estado de Registro

O Estado de Registro, ou de Bandeira, é o país onde o navio está matriculado, tal registro atribui a nacionalidade do país de registro ao navio, vinculando-o assim a sua jurisdição e ao seu direito interno, sujeitando-se ao seu controle e fiscalização.

O direito internacional exige que para conceder tal registro deve existir vínculo substancial entre o navio e o Estado, conforme o artigo 91(1), da UNCLOS III:

Todo estado deve estabelecer os requisitos necessários para a atribuição da sua nacionalidade a navios, para o registro de navios no seu território e para o direito de arvorar a sua bandeira. Os navios possuem a nacionalidade do Estado cuja bandeira estejam autorizados a arvorar. Deve existir um vínculo substancial entre o Estado e o navio.

Este Estado tem o dever de garantir que os navios que arvoram sua bandeira sigam as medidas necessárias para a segurança no mar, logo sua responsabilidade primária é elaborar seu direito interno de maneira que ele possua instrumentos repressores de condutas perigosas, e implantar um sistema de controle e fiscalização que garanta que tais normas sejam cumpridas efetivamente.

Dentre os deveres de controle e fiscalização, três são os mais essenciais, e foram trazidas pela UNCLOS III, em seu artigo 94(3):

Todo Estado deve tomar, para os navios que arvorem a sua bandeira, as medidas necessárias para garantir a segurança no mar, no que se refere, inter alia, a:

- a) construção, equipamento e condições de navegabilidade do navio;
- b) composição, condições de trabalho e formação das tripulações, tendo em conta os instrumentos internacionais aplicáveis;
- c) utilização de sinais, manutenção de comunicações e prevenção de abalroamentos.

A essencialidade destes deveres, encontra-se no fato de que tais são medidas capazes de prevenir acidentes marítimos pela sua mera adoção e observância, uma vez que a prevenção é o meio mais efetivo contra acidentes ambientais, tal se nota pelo fato de diversas convenções internacionais versarem sobre estes temas, logo a necessidade de que os Estados de registro apliquem e mantenham tal controle efetivo nos navios sob sua jurisdição:

Os Estados devem adotar leis e regulamentos para prevenir, reduzir e controlar a poluição do meio marinho proveniente de embarcações que arvoem a sua bandeira ou estejam registradas no seu território. Tais leis e regulamentos devem ter pelo menos a mesma eficácia que as regras e normas internacionais geralmente aceitas que se estabeleçam por intermédio da organização internacional competente ou de uma conferência diplomática geral. (Art. 211(2), UNCLOS III)

A UNCLOS III também prevê como responsabilidade dos Estados de registro que tais devem assegurar no seu direito interno formas de indenização quando houver danos ambientais decorrentes da atividade de agentes que estejam sob sua jurisdição, devendo desenvolver formas de garantir que a indenização seja adequada e imediata, como, por exemplo, seguro obrigatório e fundo de indenização.

Deixando de observar a legislação internacional, e não adotando um direito interno que coíba condutas ilícitas, o Estado também será considerado responsável pelos danos causados pelas embarcações registradas em seu território, pois sua conduta omissa quanto a regulação das atividades das embarcações sob sua jurisdição, configura permissividade, logo o Estado será partícipe, respondendo solidariamente por qualquer ato antijurídico praticado por estas embarcações que resulte em dano ambiental.

A lei de crimes ambientais (9.605/98), no caput do artigo 54, traz a tipificação do crime por poluição de qualquer natureza e suas penas, mas o que nos interessa é o seu § 3º que diz que, “incorre nas mesmas penas previstas no parágrafo anterior quem deixar de adotar, quando assim o exigir a autoridade competente, medidas de precaução em caso de risco de dano ambiental grave ou irreversível”, demonstrando a penalização em caráter de solidariedade prevista no ordenamento brasileiro, que no caso em estudo, se aplica ao Estado de registro inobservante de seus deveres de controle e fiscalização, estando também prevista esta responsabilidade no artigo 139 (2a), da UNCLOS III, coadunando com o legislação brasileira:

Sem prejuízo das normas de direito internacional e do artigo 22 do Anexo III, os danos causados pelo não cumprimento por um Estado Parte ou uma organização, internacional das suas obrigações, nos termos da presente Parte, implicam responsabilidade; os Estados Partes ou organizações internacionais que atuem em comum serão conjunta e solidariamente responsáveis.

Consoante a Corte Internacional de Justiça e o Tribunal Internacional do Direito do Mar, já emitiram decisões onde preceituam que um Estado que sofre danos pelo resultado de um ato internacionalmente ilegal realizado por outro Estado, tem o direito de obter a reparação dos danos causados, vejamos:

It is a well-established rule of international law that a State which suffers damage as a result of an internationally wrongful act by another State is entitled to obtain reparation for the damage suffered from the State which committed the wrongful act and that “reparation must, as far as possible, wipe out all the consequences of the illegal act and reestablish the situation which would, in all probability, have existed if that act had not been committed” (Factory at Chorzów, Merits, Judgment No.13, 1928, P.C.I.J., Series A, No. 17, p. 47).

Reparation may be in the form of “restitution in kind, compensation, satisfaction and assurances and guarantees of non-repetition, either singly or in combination” (article 42, paragraph 1, of the Draft Articles of the International Law Commission on State Responsibility). Reparation may take the form of monetary compensation for economically quantifiable damage as well as for non-material damage, depending on the circumstances of the case. The circumstances include such factors as the conduct of the State which committed the wrongful act and the manner in which the violation occurred. Reparation in the form of satisfaction may be provided by a judicial declaration that there has been a violation of a right.³² (São Vicente e Granadinas x Guiné, caso nº2, 1999, sentença, parágrafos 170 e 171).

Interessante destacar que, no julgado acima o tribunal demonstra a ideia de reparação integral do dano, onde a extensão da reparação deve se dar de maneira que ela atinja o *status quo* anterior ao fato danoso, como se ele nunca tivesse ocorrido.

³²170. É uma regra bem estabelecida do direito internacional que um Estado que sofra danos como resultado de um ato internacionalmente ilegal por outro Estado tenha direito a obter reparação pelos danos sofridos pelo Estado que cometeu o ato ilícito e que “a reparação deve, na medida do possível, eliminar todas as consequências do ato ilegal e restabelecer a situação que, com toda certeza, teria existido se esse ato não tivesse sido cometido ”(Fábrica em Chorzów, Méritos, Julgamento No.13, 1928, PCIJ, Série A, No. 17, p. 47). 171. A reparação pode ser na forma de “restituição em espécie, compensação, satisfação e garantias financeiras e garantias de não repetição, isoladamente ou em combinação” (artigo 42, parágrafo 1, dos Projetos de Artigos da Comissão de Direito Internacional sobre responsabilidade do Estado). A reparação pode assumir a forma de compensação monetária por danos quantificáveis economicamente e por danos materiais, dependendo das circunstâncias do caso. As circunstâncias incluem fatores como a conduta do Estado que cometeu o ato ilícito e a maneira pela qual a violação ocorreu. A reparação na forma de satisfação pode ser fornecida por uma declaração judicial de que houve a violação de um direito. **(Tradução livre)**



Ainda que o Estado de registro não seja signatário de tratados internacionais, isso não obstará que este seja submetido ao seu conteúdo, uma vez que regras previstas em tratados quando se tornam parte do Direito internacional consuetudinário podem obrigar terceiros alheios a eles, conforme previsto no artigo 38 da Convenção de Viena³³.

Outrossim, o artigo 1º da lei nº 9966/2000, também conhecida como *Lei do óleo*, traz que será aplicada “às embarcações, plataformas e instalações de apoio estrangeiras, cuja bandeira arvorada **seja ou não** de país contratante da Marpol 73/78, quando em águas sob jurisdição nacional”, prevê também que responderão na medida de sua ação ou omissão, a “pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, que legalmente represente o porto organizado, a instalação portuária, a plataforma e suas instalações de apoio, o estaleiro, a marina, o clube náutico ou instalação similar”.

Dessa soma, verifica-se que tanto o direito internacional, quanto o ordenamento brasileiro, permitem e entendem que o Estado de registro é tão responsável quanto o proprietário de embarcação que arvore sua bandeira, quando não cumprir diligentemente seus deveres, podendo ser responsabilizado e suportar as mesmas penalizações aplicadas àquele em caso de acidentes ambientais.

4 RESPONSÁVEIS

Há muita especulação sobre a forma como ocorreu o derramamento, surgindo então diversas teorias sobre os possíveis responsáveis.

Segundo informações divulgadas pela Marinha do Brasil à imprensa brasileira, havia três linhas de investigação³⁴:

1. A linha de alijamento de óleo ou resíduo (*sludge*) de lavagem de porão, onde cerca de 30 navios, preliminarmente, eram considerados suspeitos;
2. A linha de suspeitas acerca de “navios-fantasmas” (i.e. embarcações sem registro formal de viagem ou trânsito por força de operações que violariam normas

³³ Nada nos artigos 34 a 37 impede que uma regra prevista em um tratado se torne obrigatória para terceiros Estados como regra consuetudinária de Direito Internacional, reconhecida como tal.

³⁴Disponível em: <https://g1.globo.com/natureza/desastre-ambiental-petroleo-praias/noticia/2019/11/02/marinha-diz-que-navio-grego-e-o-principal-suspeito-das-manchas-de-oleo-no-nordeste-e-reforca-que-investigacoes-continuam.ghtml>. Acesso em 17/04/2020.



internacionais em vigor) que podem ter feito o mesmo da linha anterior ou naufragado;

e

3. A linha de um naufrágio antigo, não plenamente mapeado ou registrado, que, por força da dinâmica hidráulica e geológica dos oceanos, começou a soltar seu conteúdo poluente.

Entretanto, até o presente momento não houve indiciamento pela PF, nem denúncia por parte do MPF como forma de adotar esta ou aquela linha de investigação e responsabilização.

Segundo Octaviano Martins (2007, p.166)³⁵, dentre as causas para acidentes de navegação que implicam em poluição marinha, existem sete mais recorrentes, e ao analisar as particularidades do acidente, pode-se conjecturar que a embarcação navegava de forma irregular, logo dentre as principais causas trazidas pela doutrinadora, adequando ao caso concreto, vale destacar o uso de Bandeira de Conveniência (BDC), o estado precário dos navios e a competitividade em detrimento da segurança, tais que estão, cada vez mais, intimamente ligadas a acidentes de navegação.

4.1 Bandeira de Conveniência, Navios Fantasmas e Naufrágios

Como já visto, para que um Estado emita o registro para uma embarcação deve haver efetivo vínculo entre ela e o Estado de Bandeira, que tornará a embarcação sujeita à legislação e efetivo controle desse Estado, sendo este tipo de registro denominado de Nacional.

Entretanto, é cada vez mais comum o uso de registros abertos, denominados de Registro de Bandeira de Conveniência, tal nome é dado devido as flexibilidades que este tipo de registro traz para a embarcação, pois visando o aumento de sua arrecadação de tributos, o país de registro oferece benefícios como incentivos fiscais e ausência de imposição de vínculo efetivo entre o navio e o Estado de Registro, por exemplo.

Esta espécie de registro tem atraído cada vez mais adeptos, uma vez que a ausência de vínculo (real) exigida pelo Estado resulta em menor interferência deste nas atividades dessas

³⁵ i) erro humano da tripulação ou decorrentes de instruções da praticagem; ii) incêndio, explosões e fenômenos da natureza (fortuna do mar); iii) estado precário de navegabilidade e casco simples; iv) idade dos navios; v) adoção de bandeiras de conveniência (BDC); vi) preocupação com a competitividade em detrimento da segurança; vii) descumprimento de normas de segurança.

embarcações, conseqüentemente estas não têm de se preocupar em seguir os requisitos técnicos exigidos para a navegação em águas internacionais, operando muitas vezes com navios em condições precárias, inadequados para alguns tipos de carga (conforme regulação da MARPOL 73/78), tripulação despreparada, e perduram neste comportamento pois não há fiscalização por parte do Estado de Registro.

Esta crescente tendência é de extrema problemática para o meio ambiente, pois este tipo de registro aumenta os riscos de acidentes de navegação, pois como dito, não há o mínimo de observação das medidas preventivas impostas pela legislação internacional.

Segundo Octaviano Martins *apud* Lawand e Gontijo (2019, p.6), entre 1966 e 2002, ocorreram sete acidentes marítimos de grande relevância ambiental global, onde houve derramamento de óleo de 20.000 (vinte mil) toneladas para cada um, no mínimo, e seis desses sete navios vestiam cores de bandeira de conveniência, ou seja, apenas um usava cores de bandeira que não de conveniência (o Exxon Valdez).

Sendo esta, uma possibilidade que se enquadraria como um dos possíveis responsáveis pela mancha de óleo no nordeste brasileiro: um navio utilizando Bandeira de Conveniência.

Embora haja grande discussão sobre as dificuldades de responsabilização dos Estados que emitem registro de BDC, Lawand e Gontijo (2019, p.8)³⁶, traz que é possível a sua responsabilização utilizando instrumentos de Direito Internacional Público.

Dessa forma, o Estado emitente de bandeira de conveniência poderia sofrer a responsabilização, caso não fosse possível obtê-la na figura do proprietário, conforme já demonstrado no item 2.2 deste estudo.

³⁶ Neste ponto, observamos que a UNCLOS III determina ao Estado o registro da embarcação como o momento burocrático que o Estado Nacional registrador exerce seu poder de polícia administrativa e fiscaliza as condições que aquele Estado Nacional entende viáveis para que a embarcação cumpra sua missão de navegar. Ora, se ele atribui o registro (de acordo com a UNCLOS III) sem observar os critérios mínimos (ou, ao menos, standards técnicos praticados) de segurança, então o Estado praticou omissão passível de responsabilização. Pelo exposto, pela perspectiva técnica do dever de cuidado conforme o padrão técnico adotado entre pares/comuns, é, como visto, perfeitamente possível atribuir aos Estados outorgantes de bandeira de conveniência a responsabilização pelos danos ao meio ambiente relacionado a vasos acidentados e fora de um padrão técnico mínimo de gestão de riscos e segurança ambiental.



Considerando que o óleo encontrado tem assinatura química espectrográfica de hidrocarboneto produzido em poços da Venezuela³⁷, e considerando o cenário econômico global, outra possibilidade para o derramamento de óleo, é ter sido causado por um navio fantasma, tal se daria em razão das sanções econômicas impostas pelos EUA à Venezuela e aos países que com ela comercializarem.³⁸

Quando existem retaliações feitas pelo mercado internacional a determinado país (ou países), tal acaba sendo um fator influenciador para o crescimento do uso de “Navios Fantasma”, uma vez que as empresas dos países “vetados” procuram meios para continuar a exportar seu petróleo de maneira não oficial, ou até mesmo no intuito de abastecer sua nação, como por exemplo, em 2017, quando navios russos foram encontrados fazendo transferências *ship-to-ship* ilegais para navios Norte Coreanos, que à época estavam isolados, por (também) sofrer sanções dos EUA³⁹, sendo então “compelidos” a aderir, a esta prática clandestina de navegação.

Os navios fantasma operam de maneira não oficial, fora das rotas comerciais principais, navegando por rotas menos utilizadas, o que torna o trajeto mais imprevisível e consequentemente suscetível a contratemplos, e ainda, navegam com os instrumentos de comunicação e geolocalização desligados, tornando quase impossível a detecção destes navios.

Quando, eventualmente conseguem ser detectados ou avistados por autoridades marítimas, ou quando se apercebem que em sua rota cruzarão com alguma destas autoridades, muitas vezes descartam a carga, ou objetos que possam configurar atividade ilícita, em alto mar de maneira indistinta a fim de evitar flagrante⁴⁰, situação esta que poderia constar no rol de possibilidades da causa do derramamento na costa brasileira.

Outrossim, há especulações que tal acidente tenha sido causado por naufrágio. Isso porque, existem registros de centenas de embarcações que naufragaram ao longo dos anos na extensão da costa do nordeste brasileiro, em que muitas delas afundaram com o bunker intacto, e devido a ação do tempo poderiam ter sofrido desgaste natural, o que possibilitaria o vazamento do combustível, entretanto, esta é considerada a possibilidade mais remota.

³⁷ Reportagem veiculada no Jornal Nacional em 24/10/2019. Disponível em: <https://globoplay.globo.com/v/8035695/>. Acesso em: 09/09/2020.

³⁸ Mais de 90% das exportações da Venezuela são de petróleo.

³⁹ https://www.atlanticcouncil.org/wp-content/uploads/2018/04/Oil_on_Water_WEB.pdf, Acesso em 12/09/2020.

⁴⁰ <https://news.sky.com/story/inside-the-eus-anti-piracy-nerve-centre-10480770>; e <https://abcnews.go.com/blogs/politics/2012/01/somali-pirates-attack-spanish-warship-and-lose>. Acesso em 12/09/2020.



4.2 Na Ausência de Responsável

Na possibilidade de não ser possível identificar o responsável, toda a responsabilidade pelo acidente restará para o Erário, neste caso para a União, que deverá ser responsável pelos custos relativos às atividades de contingência e mitigação enquanto não identificado o poluidor, conforme previsto no Plano Nacional de Contingência⁴¹.

Embora o Brasil seja signatário da maioria das convenções internacionais que versam sobre direito do mar, segurança de navegação e poluição marinha,⁴² não é atualmente signatário de nenhum dos fundos internacionais existentes para compensação de desastres ambientais como o Fundo Internacional de Compensação por Danos Causados por Poluição por Petróleo (FUND 92).

Se o fosse, poderia invocar tais fundos para o ressarcimento dos gastos decorrentes de acidentes ambientais, ou pelo menos parte deles, a depender do montante e do limite estabelecido por tais convenções, e assim não prejudicaria os cofres públicos suportando o prejuízo causado por ação de terceiros.

Embora possua fundos nacionais para recuperação, conservação e preservação do meio ambiente, o Brasil não possui nenhum fundo nos moldes dos fundos internacionais de compensação, onde as contribuições do fundo são feitas por todos aqueles que se beneficiam da comercialização do petróleo, logo o próprio mercado do petróleo arcaria com os custos de eventuais desastres ambientais envolvendo óleo, com isso os cofres públicos (i.e. o Erário da nação brasileira) está fadado a sempre suportar os prejuízos financeiros decorrentes de desastres sem identificação dos responsáveis.

5 COOPERAÇÃO INTERNACIONAL

Não obstante as declarações da Marinha Brasileira sobre o constante monitoramento do litoral brasileiro, pode-se dizer que é impossível cobrir os 5,7 milhões de km² de área oceânica sob jurisdição brasileira ("Amazônia Azul")⁴³, logo não seria válida a afirmação de que ela possui total controle das águas brasileiras.

⁴¹ Enquanto não identificado o poluidor, os custos relativos às atividades de resposta e mitigação serão cobertos pelo Poder Executivo Federal. Artigo 27, § 2º, Dec. Nº 8.127/2013.

⁴² Tabela IMO do Status das Convenções (anexo II).

⁴³ https://www.mar.mil.br/hotsites/amazonia_azul/index.html. Acesso em 16/05/2020.



Ora, tal não é verossímil, pois se o fosse nove meses após o descobrimento da mancha já haveria a identificação do responsável pelo acidente e já seria de conhecimento público de que forma ele ocorreu.

Nenhuma nação é onisciente, onipresente e onipotente (embora tenham a pretensão de o ser ou aparentar ser em seu exercício de soberania), inclusive, tal preceito encontra acolhimento no Direito Penal, pois concede aos indivíduos prerrogativas essencialmente estatais, pois o Estado não pode estar em todos os lugares ao mesmo tempo, como por exemplo, o direito de legítima defesa, quando o Estado seria o responsável pela segurança do indivíduo, mas concede a este o poder de fazê-lo, como exceção à regra⁴⁴.

Logo a cooperação internacional é imprescindível para a resolução deste tipo de situação, e neste sentido, a legislação prevê o dever de cooperação entre os Estados na investigação de incidentes de navegação:

(Art. 94 (1), UNCLOS III) - Todo Estado deve ordenar a abertura de um inquérito, efetuado por ou perante uma pessoa ou pessoas devidamente qualificadas, em relação a qualquer acidente marítimo ou incidente de navegação no alto mar, que envolva um navio arvorando a sua bandeira e no qual tenham perdido a vida ou sofrido ferimentos graves nacionais de outro Estado, ou se tenham provocado danos graves a navios ou a instalações de outro Estado, ou se tenham provocado danos graves a navios ou a instalações de outro Estado ou ao meio marinho. O Estado de bandeira e o outro Estado devem cooperar na realização de qualquer investigação que este último efetue em relação a esse acidente marítimo ou incidente de navegação.

(Art. 12 (1), MARPOL 73/78) - Cada Administração compromete-se a realizar uma investigação de qualquer acidente ocorrido com qualquer dos seus navios sujeitos ao disposto nas normas, se aquele acidente tiver produzido um grande efeito danoso ao meio ambiente marinho.

⁴⁴ “Lembre-se, ainda, de que o monopólio de distribuição de justiça e o direito de punir cabem, como regra, ao Estado, vedada a autodefesa e a autocomposição. Evita-se, com isso, que as pessoas passem a agredir umas às outras, a pretexto de estarem defendendo seus direitos. Entretanto, há exceções, pois os agentes do Estado não conseguem estar a todo momento em todos os lugares, razão pela qual, sendo indispensável, pode o indivíduo valer-se do estado de necessidade ou da legítima defesa para a proteção de direito seu (arts. 24 e 25 do Código Penal).” – (Nucci, 2019).



Importante destacar que nenhuma das duas convenções fala sobre provocação do Estado de Bandeira para que ele abra investigação quando um de seus navios se envolver com incidentes de navegação, demonstrando que a mera ciência do fato traz obrigatoriedade do dever de investigar.

Pode-se dizer que tal dever é imposto em decorrência da soberania de cada País, uma vez que o Estado que sofreu com os danos decorrentes deste acidente não teria poderes para instaurar inquérito no território do Estado de Bandeira, sob risco de estar ferindo a sua soberania. Entretanto, se as investigações resultarem em responsabilidade penal ou disciplinar para o capitão ou qualquer outra pessoa que estivesse a serviço do navio, estes poderão ser julgados pelas autoridades do Estado Costeiro afetado, se o vaso estiver em águas sob jurisdição deste, vide o caso recente do MV Srakane, navio de bandeira Panamenha e armador Maltês, que foi submetido às autoridades brasileiras para resolução de diversos problemas que envolviam a embarcação, inclusive de situação análoga à escravidão de seus tripulantes⁴⁵.

Fica evidente a necessidade da cooperação entre países, o que consequentemente implica em boas relações diplomáticas, uma vez que nem todos os países do globo são signatários, e obrigá-los a cooperar conforme a Convenção de Viena pode ser um processo difícil e moroso, o que por vezes acarretará mais danos ainda para o meio-ambiente e às pessoas afetadas.

Uma vertente importante da cooperação, é a possibilidade de uso das tecnologias de outros Estados para auxiliar nas investigações, como no acidente em questão foram utilizados satélites americanos especializados em monitorar vazamentos de petróleo.

⁴⁵ Disponível em: <https://www.atribuna.com.br/noticias/portoemar/tripulantes-ucranianos-deixam-o-srakane-1.111143> e <https://lloydslist.maritimeintelligence.informa.com/LL1133000/Brazil-steps-in-over-unpaid-crew>. Acesso em 13/09/2020.



O Governo brasileiro, embora não tenha rompido relações diplomáticas com a Venezuela, tem estado em constantes conflitos públicos devido a atual crise política que o país tem passado, onde o Governo Brasileiro apoia o autoproclamado presidente Juan Guaidó⁴⁶, não reconhecendo o governo de Nicolás Maduro⁴⁷. Tal circunstância dificulta as investigações, pois além das problemáticas que já seriam enfrentadas numa investigação que depende de outro Estado para ser feita, a divisão do governo venezuelano cria um entrave ainda maior, uma vez que o governo que detém informações relativas ao petróleo encontrado e identificado como produto da Venezuela não pode ser instado oficialmente pelo Brasil, sob pena de o reconhecer-lo tacitamente, informações estas que poderiam dar o desfecho da investigação para a efetiva responsabilização dos agentes envolvidos no acidente.

6 CONCLUSÃO

Desastres ambientais decorrentes de acidentes de navegação são cada vez mais frequentes nas últimas décadas. O crescimento das economias pelo mundo influencia diretamente nas exportações, o que resulta em maior atividade para o setor marítimo e maior competitividade entre os proprietários de embarcações, que muitas vezes optam por não respeitar diligentemente os requisitos de segurança impostos pelas legislações internacionais, a fim de baratear suas operações e tornar seus preços mais atrativos para o mercado de exportações.

É certo que os maiores acidentes ambientais na história foram causados por ação humana, e que a motivação da maioria delas era de cunho econômico, onde o agente optou por ações que traziam para si, naquele momento, economia, porém em um futuro, resultaram em desastres de grandes proporções.

Em decorrência disto, a comunidade internacional notou a necessidade de aumentar os padrões de segurança, criando regras mais duras que as impostas pelas convenções de direito do

⁴⁶ O Brasil, através de pronunciamento conjunto do Grupo de Lima (formado por 14 países, que buscam estabilizar a crise política da Venezuela), declarou em abril de 2020, apoio ao “governo emergencial” de Juan Guaidó. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/notas-a-imprensa/21487-comunicado-do-grupo-de-lima-8>. Acesso em 22/04/2020.

⁴⁷ Em 04/09/2020, o Itamaraty (Ministério das Relações Exteriores), declarou que o Governo Brasileiro, considera como “personae non gratae” os representantes diplomáticos, consulares e administrativos do governo de Nicolás Maduro. Tal ato, equivale a dizer ao governo estrangeiro que seus representantes não são mais bem-vindos em solo nacional.



mar em suas legislações internas, e criando ainda, fundos de cooperação para que a sua economia não sofra impacto quando do acontecimento de incidentes ambientais.

Neste sentido percebe-se que o Brasil, soberano de uma costa de grande extensão e com uma área oceânica gigantesca, não tem aprendido com a história, nem com a mundial, nem com a sua própria.

Em 2004, o navio de bandeira chilena, NT Vicunã, naufragou no porto de Paranaguá causando o derramamento de aproximadamente 4 mil toneladas de combustíveis, e na ocasião houve alarme inicial com informações confusas sobre o ocorrido, não havia plano de contingência, plano de emergência individual, houve conflito entre as autoridades sobre competências, não havia materiais necessários para barragem da poluição, e tudo isso viu-se acontecer em 2019 no Nordeste, 15 anos depois as mesmas debilidades e despreparo para emergências ambientais foram demonstrados.

Tais acontecimentos deixam claro que muito embora a legislação brasileira ambiental seja considerada entre as mais modernas, ela só tem efetividade na letra da lei, pois as autoridades ambientais brasileiras não estão preparadas para atuar em emergências (o que seria uma de suas funções), sendo evidente a necessidade urgente da elaboração real de plano de ação, e treinamento dos órgãos responsáveis pela sua execução quando do acontecimento de incidentes ambientais, para que haja resposta rápida e imediata do Estado, evitando a propagação de desastres.

Outrossim, espelhando-se na legislação de outros países, poderia haver o endurecimento das normas de navegação em águas nacionais, maior rigor na fiscalização das embarcações, e melhoria nos sistemas de monitoramento do tráfego de navios nas águas sob jurisdição do Brasil, a fim de que sejam reprimidas práticas clandestinas de navegação.

Fica também clara a necessidade da adesão a fundos internacionais ou criação de fundos nacionais que visem a compensação de danos desta natureza, pois do contrário, arrisca-se a estar sempre fadados a arcar com os custos deste tipo de poluição, e para um país em que há diversas mazelas econômicas e sociais, desperdiçar verbas públicas, que poderiam ser melhores utilizadas se usadas em prol da população, é inaceitável, ainda mais quando tal poderia ser prevenido.

Como de costume, no Brasil, quando ocorre um acidente de grandes proporções, muito se



especula sobre mudança e surgem diversas iniciativas para que ela ocorra, entretanto acabam por findar sem efetivos resultados, e neste episódio não foi diferente. Em 30 de outubro de 2019, foi proposta no Senado Federal a PEC nº 184/2019, que visa criar o Fundo Nacional de Responsabilidade por Poluição Causada por Incidentes com Hidrocarbonetos, que seria composto com 5% da arrecadação do CIDE - Combustíveis, no entanto a PEC está sem movimentação desde o dia seguinte a sua propositura (31.10.2019), o que, conjecturando, pode ser mais um dos muitos projetos que quando esquecida a situação desastrosa, morrem sem produzir o efeito que era necessário para prevenir que tal se repetisse.

Por fim, acredita-se que se não houver qualquer alteração de posicionamento do Brasil como Estado e das autoridades responsáveis pelas atividades marítimas em relação ao endurecimento das normas e procedimentos, de maneira que repercuta no cenário internacional, tal episódio se repetirá, pois passará a imagem de que é fácil “enganar” o Brasil e sair impune.

7 REFERÊNCIAS

A TRIBUNA. **Tripulantes ucranianos deixam o Srakane**. Disponível em: <https://www.atribuna.com.br/noticias/portoemar/tripulantes-ucranianos-deixam-o-srakane-1.111143>. Acesso em: 13 set. 2020.

ABC NEWS. **Somali Pirates Attack Spanish Warship and Lose**. Disponível em: <https://abcnews.go.com/blogs/politics/2012/01/somali-pirates-attack-spanishwarship-and-lose>. Acesso em: 12 set. 2020.

ADAME, Alcione; GAMBINI, Priscila Truviz. Medidas de controle e reparação de acidentes envolvendo petróleo e derivados previstas pela legislação nacional e internacional de proteção ao meio ambiente. In: GONÇALVES, Alcindo; RODRIGUES, Gilberto M. A. (org.). **Direito do Petróleo e Gás: aspectos ambientais e internacionais**. Aspectos Ambientais e Internacionais. Santos: Editora Universitária Leopoldianum, 2007. Cap. 4. p. 177- 192.

ANTAQ. Anuário Estatístico 2019. Disponível em: <http://portal.antaq.gov.br/wp-content/uploads/2020/02/Anu%C3%A1rio-2019-vFinal-revisado.pdf>. Acesso em 22 abr. 2020.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597016819/>. Acesso em: 23 abr. 2020.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos e. **A Responsabilidade Civil pelo Dano Ambiental no Direito brasileiro e as lições do Direito Comparado**. 1998. BDJur, Brasília, DF. Disponível em: <https://core.ac.uk/reader/79061950>. Acesso em 09 nov. 2020.



BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 10406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 02 mar. 2020.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 02 mar. 2020.

_____. Decreto nº 74, de 02 de outubro de 1977. **Aprova o texto da Convenção Internacional sobre Responsabilidade Civil em Danos Causados por Poluição por Óleo**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1970-1979/decretolegislativo-74-30-setembro-1976-364186-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em 12 abr. 2020.

_____. Decreto nº 8.127, de 22 de outubro de 2013. **Institui o Plano Nacional de Contingência para Incidentes de Poluição por Óleo em Águas sob Jurisdição Nacional, altera o Decreto nº 4.871, de 6 de novembro de 2003, e o Decreto nº 4.136, de 20 de fevereiro de 2002, e dá outras providências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D8127.htm. Acesso em 03 jun. 2020.

_____. Decreto nº 83.540, de 4 de junho de 1979. **Regulamenta a aplicação da Convenção Internacional sobre Responsabilidade Civil em Danos Causados por Poluição por Óleo, de 1969, e dá outras providências**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1970-1979/decreto-83540-4-junho-1979-432843-publicacaooriginal-1-pe.html#>. Acesso em 12 abr. 2020.

_____. Decreto nº 87.566, de 16 de setembro de 1982. **Promulga a Convenção sobre Prevenção da Poluição Marinha por Alijamento de Resíduos e Outras Matérias**, concluída em Londres, a 29 de dezembro de 1972. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1980-1989/1980-1984/D87566.htm. Acesso em 12 abr. 2020.

_____. **Mancha no litoral**. Disponível em: <https://brasil.gov.br/manchanolitoral/>. Acesso em 11 Set. 2020.

_____. **Informativo 507 do STJ**. P.21. Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD=%270507%27>. Acesso em: 15 mar. 2020.

_____. Lei nº 7797, de 10 de julho de 1989. **Cria o Fundo Nacional de Meio Ambiente e dá outras providências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7797.htm. Acesso em: 04 jun. 2020.

_____. **Política Nacional do Meio Ambiente**. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6938.htm. Acesso em: 02 mar. 2020.



_____. Raquel Teixeira. Agência Senado. **PEC prevê fundo para combater desastres ambientais com petróleo e gás.** 2019. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/audios/2019/11/pec-preve-fundo-para-combater-desastres-ambientais>. Acesso em: 04 jun. 2020.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 34. ed. – São Paulo: Atlas: Grupo GEN, 2020. p. 601-640. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597024982/>. Acesso em: 09 Nov. 2020

INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS. Mancha de óleo no nordeste brasileiro. Disponível em: <http://www.ibama.gov.br/manchasdeoleo>. Acesso em: 09 mar. 2020.

_____. **Localidades atingidas de 04/03/2020 à 19/03/2020.** Disponível em: http://www.ibama.gov.br/phocadownload/emergenciasambientais/2020/manchasdeoleo/2020-03-19_LOCALIDADES_AFETADAS.pdf. Acesso em: 09 mar. 2020.

INTERNATIONAL MARITIME ORGANIZATION. **Status of conventions:** ratifications by state. 2020. Disponível em: <http://www.imo.org/en/About/Conventions/StatusOfConventions/Pages/Default.aspx>. Acesso em: 04 jun. 2020.

LAWAND JUNIOR, Antônio Elian; SILVA, Maria Cristina Gontijo Peres Valdez. A POSSIBILIDADE JURÍDICA DA RESPONSABILIZAÇÃO DOS ESTADOS EMISSORES DE BANDEIRA DE CONVENIÊNCIA NO DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO POR DANOS AMBIENTAIS. In: MARTINS, Eliane Maria Octaviano; OLIVEIRA, Paulo Henrique Reis de (org.). **Direito Marítimo, Portuário e Aduaneiro:** temas contemporâneos. 3. ed. Belo Horizonte: Arraes, 2019. p. 1-12

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Dano Ambiental.** 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530988531/>. Acesso em: 23 abr. 2020.

LLOYDS LIST. **Brazil steps in over unpaid crew.** Disponível em: <https://lloydslist.maritimeintelligence.informa.com/LL1133000/Brazil-steps-in-over-unpaid-crew>. Acesso em: 13 set. 2020.

MARINHA DO BRASIL. Mancha de óleo. Disponível em: <https://www.marinha.mil.br/manchasdeoleo/sobre>. Acesso em: 12 abr. 2020.

MARPOL, 73/78, Disponível em: https://www.ccaimo.mar.mil.br/sites/default/files/marpol_convprot-p.pdf. Acesso em: 12 abr. 2020.



MARTINS, Eliane Maria Octaviano. Direito marítimo internacional: da responsabilidade internacional pelos danos causados ao meio ambiente marinho. **Verba Juris**, Paraíba, n. 7, p. 257-287, 2008. Anual. Disponível em: http://www.mpdft.mp.br/saude/images/Meio_ambiente/Direito_maritimos.pdf. Acesso em: 10 maio 2020.

_____. Segurança Marítima e Desenvolvimento Sustentável. In: GONÇALVES, Alcindo; RODRIGUES, Gilberto M. A. (org.). **Direito do Petróleo e Gás: aspectos ambientais e internacionais. Aspectos Ambientais e Internacionais**. Santos: Editora Universitária Leopoldianum, 2007. Cap. 4. p. 165-176.

MORE, Rodrigo Fernandes. O REGIME DE REGULAÇÃO, PROTEÇÃO E PREVENÇÃO DA POLUIÇÃO DO MEIO MARINHO NA CONVENÇÃO DE DIREITO DO MAR. In: GRANZIERA, Maria Luiza Machado; REI, Fernando Cardozo Fernandes (org.). **Direito ambiental internacional: avanços e retrocessos**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 65-92. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522497911/>. Acesso em: 23 abr. 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530984854/>. Acesso em: 13 set. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção Das Nações Unidas Sobre O Direito Do Mar**, concluída em Montego Bay, em 10 de dezembro de 1982. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1990/decreto-99165-12-marco-1990-328535-publicac-aoriginal-1-pe.html>. Acesso em 10 abr. 2020.

_____. **Declaração Do Rio Sobre Meio Ambiente E Desenvolvimento**, concluída em junho de 1992. Disponível em: https://cetesb.sp.gov.br/proclima/wp-content/uploads/sites/36/2013/12/declaracao_rio_ma.pdf. Acesso em 10 abr. 2020.

POLÍCIA FEDERAL. **Polícia Federal deflagra operação que visa esclarecer derramamento de óleo no litoral brasileiro**. Disponível em: <http://www.pf.gov.br/imprensa/noticias/2019/11/policia-federal-deflagra-operacao-que-visa-esclarecer-derramamento-de-oleo-no-litoral-brasileiro>. Acesso em 28 abr. 2020.

QUINTANS, Luiz Cezar P. **Manual de direito do petróleo**. São Paulo: Atlas, 2015. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522493548/cfi/4!/4/2@100:0.00>. Acesso em: 23 abr. 2020.

RALBY, Ian; SOUD, David. **Oil on the Water: Illicit Hydrocarbons Activity in the Maritime Domain**. Disponível em: https://www.atlanticcouncil.org/wp-content/uploads/2018/04/Oil_on_Water_WEB.pdf. Acesso em: 12 set. 2020.



SKY NEWS. **Inside The EU's Anti-Piracy Nerve Centre.** Disponível em: <https://news.sky.com/story/inside-the-eus-anti-piracy-nerve-centre-10480770>. Acesso em: 12 set. 2020.

TRENNEPOHL, Terence Dorneles. **Manual de direito ambiental.** 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553600953/>. Acesso em: 23 abr. 2020.

UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA. **Análises do Lepetro/Igeo indicam correlação entre óleo encontrado nas praias do Nordeste e petróleo venezuelano.** Disponível em: https://ufba.br/ufba_em_pauta/analises-do-lepetroigio-indicam-correlacao-entre-oleo-encontrado-nas-praias-do. Acesso em: 5 set. 2020.

WORLD GOLD COUNCIL. **About gold jewellery.** Disponível em: <https://www.gold.org/about-gold/about-gold-jewellery>. Acesso em: 7 set. 2020.



ENERGIA EÓLICA OFFSHORE: UM OVERVIEW DO CENÁRIO GLOBAL E O CONTEXTO BRASILEIRO

OFFSHORE WIND ENERGY: AN OVERVIEW OF THE GLOBAL SCENARIO AND THE BRAZILIAN CONTEXT

Henrique Vaicberg¹
Gian Lucas de Carvalho Valiatt²
Matheus Ferreira de Queiroz³

RESUMO: O mundo vem passando por mudanças significativas nas últimas décadas. Argumentos como a teoria do aquecimento global e o inevitável esgotamento global das reservas de combustíveis fósseis vem sendo usados como forma de impulsionar uma mudança de paradigma no mercado de energia em prol da transição para energias ditas limpas, de fontes renováveis. Os governos do mundo inteiro vêm tomando medidas para diminuir sua pegada ambiental e a produção de energia eólica *offshore* chega para ocupar um espaço no abastecimento das malhas energéticas ao redor do mundo. O Brasil, apesar do potencial produtivo, não possui parques eólicos *offshore* – ainda.

PALAVRAS-CHAVE: Energia eólica *offshore*. Energia renovável. Brasil.

ABSTRACT: The world has been going through significant change in the past few decades. Arguments such as the theory of global warming and the inevitable depletion of fossil fuel around the world have been used as a way of propelling a paradigm shift in the energy sector in favour of clean, renewable energy. Governments around the world have been taking measures to decrease their carbon footprint and offshore wind power comes to occupy its space in the supply of energy grids everywhere. Brasil, despite its productive potential, does not have offshore wind farms – yet.

KEYWORDS: Offshore wind power. Renewable energy. Brazil.

¹ Mestre em Meteorologia (2017). Possui graduação em Ciências Náuticas pelo Centro de Instrução Almirante Graça Aranha (1988). Atualmente é professor do Centro de Instrução Almirante Graça Aranha, lecionando as disciplinas de Estabilidade, Navegação e Manobras de Navios. Tem experiência na área de Geociências, com ênfase em Ciências Náuticas.

² Aluno da Escola de Formação de Oficiais da Marinha Mercante – EFOMM/RJ

³ Aluno da Escola de Formação de Oficiais da Marinha Mercante – EFOMM/RJ



1 INTRODUÇÃO

A energia eólica é um tipo de energia renovável, ou seja, é obtida através de um recurso natural que é naturalmente reabastecido. Ela é obtida através do vento - mais precisamente, através da coleta e uso da energia cinética do vento, que é convertida em energia mecânica, gerando, assim, eletricidade. Esse processo de conversão da energia cinética em energia mecânica é possibilitado pelas turbinas eólicas, que são um tipo de gerador elétrico, e por meio de suas pás realizam todo esse processo.

O vento, por ser um recurso inesgotável e abundante em todo o planeta, possibilita que sua utilização como meio de geração de energia possa ser efetuada em grande parte do globo, reduzindo assim a importação de energia da qual alguns países dependem para atender à sua demanda interna. Além disso, a criação de novos parques eólicos pode ser traduzida em maior atividade econômica para o país que adotar a produção de energia eólica, gerando empregos e diversificando a sua matriz energética, aumentando a segurança energética do país.

Outra característica da energia eólica é que ela é considerada uma energia limpa, ou seja, seu processo de geração não envolve combustão e, conseqüentemente não emite gases poluentes ou tóxicos, muito menos produz resíduos. Isso significa que ela está de acordo com a tendência mundial de reduzir os impactos ao meio ambiente que tem causa humana. A matriz de energia eólica pode ser subdividida em dois tipos, que se referem ao ambiente no qual são geradas: são elas *onshore* e *offshore*.

Energia eólica *onshore* refere-se a parques de geração em que as turbinas estão localizadas em terra e usam os sistemas de vento que agem sobre o continente para gerar eletricidade. Energia eólica *offshore* é a utilização dos sistemas de vento de alta velocidade e regularidade de disponibilidade sobre o mar para gerar eletricidade, estando as unidades de produção localizadas em pontos diversos da costa, com profundidades variadas e, conseqüentemente, métodos de implantação que correspondem às necessidades de cada contexto. Cada uma das matrizes possui suas particularidades quanto à implementação, manutenção, operação, custos e *output*⁴.

⁴ *Output* (em português, produção) é, em termos gerais, o resultado final de um processo produtivo. Aqui aplica-se a ideia econômica do termo em que *output* é o resultado da combinação de vários fatores de produção.



O Brasil, no momento da confecção deste trabalho, não possui parques eólicos *offshore* instalados em suas águas jurisdicionais. No entanto, existem projetos para a implantação do primeiro parque eólico *offshore* do Brasil na costa do nordeste – ainda que, para que esses projetos se concretizem, uma série de avanços jurídicos e logísticos precisem acontecer. Tais avanços podem ocorrer de forma rápida, eficaz e condizente com a realidade brasileira ao se analisar o precedente internacional, onde já existem *players* com bases jurídicas e operacionais bem estabelecidas e um histórico de implantação, operação e descomissionamento de parques, passando por toda a vida útil de um parque eólico *offshore*.

O principal objetivo deste trabalho é analisar a viabilidade e rentabilidade da exploração do potencial de produção de energia eólica *offshore* no Brasil através de dados de custo de implementação, produção, impactos no meio ambiente, e o potencial eólico offshore da costa brasileira.

O estudo propõe uma visão geral sobre o estado do mercado de energia eólica mundial, seu histórico, os custos envolvidos em sua operação, uma breve análise da situação atual do mercado brasileiro de energia eólica *offshore*, seus desafios presentes como o arcabouço legal, projetos futuros e conjecturas sobre o envolvimento da frota mercante brasileira durante a possível transição. Quanto à classificação da pesquisa, é aplicada ao envolver sugestões de aplicação prática do seu conteúdo contra os problemas enfrentados. Quanto aos objetivos, a pesquisa é descritiva ao discorrer sobre fatos pertinentes ao mercado de energia eólica *offshore*. Na abordagem do problema, o estudo se trata de uma pesquisa qualitativa ao tentar explicitar e explicar algumas das questões existentes acerca do tema.

A respeito dos procedimentos técnicos, a pesquisa é classificada como bibliográfica por se apoiar sobre material previamente elaborado acerca do tema como informes, livros e notícias.

2 CENÁRIO GLOBAL

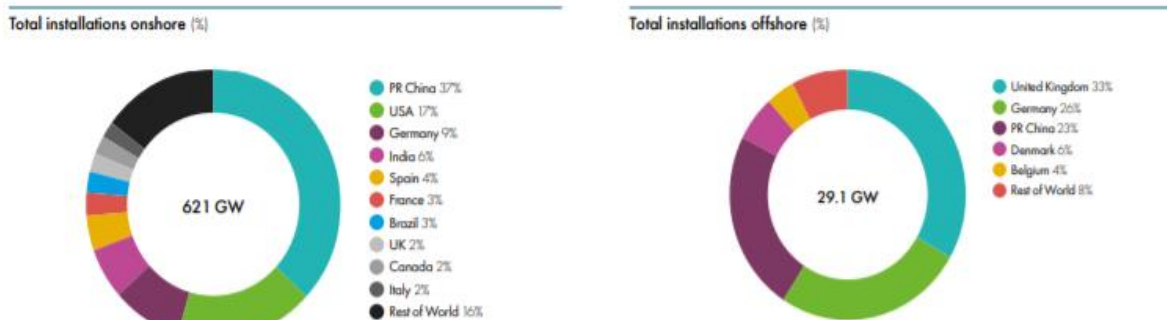
No passado recente, tendo como causa principal o desenvolvimento acentuado de países asiáticos, sobretudo a China, e mudanças climáticas pontuais em algumas estações do ano nos Estados Unidos e na Europa (ENERDATA, 2019), a tendência de alta da demanda por energia



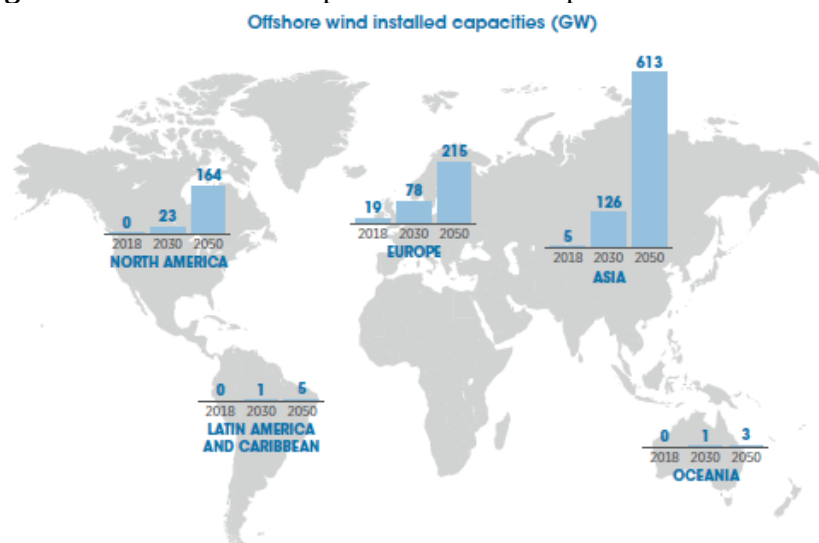
criou condições favoráveis para pesquisa e desenvolvimento de opções de fontes de energia renováveis.

Segundo o relatório anual do Conselho Global de Energia Eólica (GWEC), 60.4GW de capacidade de geração eólica foram instalados globalmente em 2019, dos quais 6.1GW são provenientes de parques *offshore*, um incremento de dez por cento em relação a 2018 (GWEC, 2019). A China segue sendo líder do ranking mundial de produção total de energia eólica, enquanto o Reino Unido lidera o ranking no quesito produção total *offshore* (Figura 1). No entanto, a expectativa é que esse quadro logo se reverta e por volta de 2050 o continente asiático assumirá a liderança do mercado com certa folga (Figura 2). O Brasil ocupa o sétimo lugar no ranking geral de produção de energia eólica, subindo uma posição em relação ao ano anterior, embora não haja nenhuma instalação de produção de energia eólica *offshore* em funcionamento no momento da elaboração do presente artigo.

Figura 1: Distribuição de produção de energia eólica total (à esquerda) e *offshore* (à direita)



Fonte: GWEC (2019)

Figura 2: Estimativa de capacidade instalada por continentes em 2050

Fonte: IRENA (2019)

2.1 Histórico

O primeiro parque eólico *offshore* instalado no mundo foi o *Vindeby Offshore Wind Park*, construído em 1991 na Dinamarca. O objetivo da empreitada era provar a viabilidade da geração de energia limpa *offshore* (OFFSHORE WIND, 2017). O parque se manteve ativo por vinte e cinco anos, provando a viabilidade da implementação de projetos similares e introduzindo no mercado uma variedade de soluções relacionadas ao funcionamento de turbinas eólicas *offshore*.

Em 2000, foi construído o parque eólico de *Middelgrunden*, a três quilômetros de Copenhague, Dinamarca. À época, o parque era o maior do mundo, com vinte turbinas e capacidade de quarenta *megawatts* (LARSEN, 2001). Ainda em 2000 foi comissionado o parque *Blyth Offshore*, primeiro parque eólico no Reino Unido, país com a maior parcela do mercado atual de energia eólica *offshore*. O parque contava com duas turbinas e capacidade de quatro *megawatts*. Foi o primeiro parque a utilizar a tecnologia *float and submerge*, o que permite que as turbinas sejam rebocadas e diminui custos de implantação por eliminar a necessidade de instalar fundações no fundo do mar. Foi descomissionado em 2019. (EDF, 2019)

A Europa foi pioneira no desenvolvimento e implementação de tecnologias que possibilitaram a implementação de parques eólicos *offshore* e colhem os benefícios da iniciativa tanto em produção de energia quanto nos negócios. Grande parte dos projetos, sejam em águas

européias ou não, são gerenciados por empresas europeias, e grande parte da produção dos componentes necessários para a construção das turbinas é feita por empresas europeias (seja em território europeu ou não). Empresas como a sueca *Vattenfall*, a norueguesa *Equinor* e a alemã *Siemens* são líderes de mercado no mundo inteiro em todos os estágios da vida de um parque eólico.

3 CONSTRUÇÃO E CUSTOS

Existe uma série de custos atrelados à construção de um parque eólico *offshore*. Comparando brutalemente com uma instalação *onshore*, a complexidade inerente a um parque *offshore* é alta: é preciso ajustar a robustez das torres para suportar velocidades mais altas de vento e os materiais utilizados devem ser mais protegidos contra corrosão, considerar as diversas opções de fundações ou sistemas de ancoragem dependendo da profundidade no local e toda a infraestrutura de transmissão de energia. Todos esses fatores, somados às condições de mercado, são determinantes para definir a rentabilidade de um parque eólico *offshore* e, finalmente, influenciar no momento de decisão de construção ou não.

3.1 Aerogeradores

Os aerogeradores são compostos, basicamente, por cinco elementos: a fundação, a torre, o rotor, a *nacelle*⁵ e o conversor.

3.1.1 Fundações

A fundação é a estrutura física responsável por dar sustentação ao aerogerador. Para o caso de aerogeradores *offshore*, a fundação é especialmente importante pois é encarregada de sustentar os esforços estáticos e dinâmicos na torre. De acordo com Ribeiro (2015), classificam-se os tipos de fundações da seguinte forma:

- 1) Relativo à fundação, os sistemas estruturais de uma fundação se dividem em dois tipos:
 - a) Fixos, em que o aerogerador transfere as forças da fundação até o fundo oceânico;
 - b) Flutuantes, em que permite a mobilidade do aerogerador, pois a estrutura está somente ancorada.

⁵ É o compartimento instalado no alto da torre e que abriga todo o mecanismo do gerador, o qual pode incluir: caixa multiplicadora, freios, embreagem, mancais, controle eletrônico, sistema hidráulico, etc.



- 2) Relativo ao sistema estrutural fixo, os métodos de fixação ao leito se dividem em três:
 - a) Por gravidade, baseia-se na dimensão da base e no peso para garantir fixação e estabilidade.
 - b) Por estacas, utilizando a cravação de estacas que resistam os esforços transmitidos ao fundo oceânico;
 - c) Por sucção; utilizando uma subpressão no interior da fundação.
- 3) Os principais tipos de estrutura de suporte são:
 - a) Gravidade (*Gravity-based structure*);
 - b) Estaca Única (*Monopile structure*);
 - c) Tripé (*Tripod structure*);
 - d) Trelíça (*Jacket / Lattice structure*);
 - e) Sucção (*Bucket-type foundation*);
 - f) Flutuantes (*Semi-submersible, Spar-buoy, Tension-leg platform*).

Os aerogeradores, a exemplo das plataformas de perfuração de petróleo, podem ser fixos ou flutuantes. A profundidade das águas do local de instalação da unidade produtora é o fator determinante para a decisão do tipo de fundação a ser empregado. Em outras palavras, quanto mais profundas as águas, mais impraticável a instalação de estruturas submarinas fixas – nesses casos, as turbinas flutuantes surgem como opção mais viável. A fundação pode ser decisiva para determinar se a construção de uma turbina é economicamente viável – pode custar até trinta por cento do custo total de construção da unidade produtora. (UNIVERSITY OF STRATHCLYDE, 2017)

As fundações fixas são, ainda hoje, o tipo predominante nos parques eólicos do mundo – sobretudo do tipo *monopile*. Geralmente, as fundações fixas são implementadas em águas de até sessenta metros de profundidade. Para cada nível de lâmina d'água e das cargas hidrodinâmicas inerentes existe um tipo adequado de fundação fixa para assegurar uma boa ancoragem de modo a garantir a estabilidade estrutural e prover condições ideais de funcionamento para o aerogerador.

Os aerogeradores flutuantes, devido aos sistemas de ancoragem, têm o potencial de ampliar a área de atuação das turbinas eólicas de forma substancial. Os sistemas de ancoragem, também usados pelas plataformas de produção de óleo e gás, permitem que as operações sejam conduzidas a distâncias cada vez maiores da costa, onde há ventos ainda mais constantes e de velocidades ainda mais altas. Aproximadamente dezoito por cento do custo gerado por plataformas flutuantes de suporte a aerogeradores vem dos guinchos necessários para controle de tensão dos cabos. (FULTON *et. al.*, 2005)



3.1.2. Torres

As torres suportam o rotor e a *nacelle*. São as torres que conferem aos aerogeradores a sua estatura e elevam o rotor e a *nacelle* à altura ideal para a produção de energia. No corpo da torre fica o elevador usado pelos profissionais de manutenção para facilitar o acesso à *nacelle*, aumentando a eficiência e segurança. (BARRETO, 2019)

3.1.3. *Nacelle*

Na *nacelle* fica a turbina de fato: elementos como o eixo principal, amortecedores, a caixa de multiplicação (*gearbox*) e o anemômetro, por exemplo, fazem parte da *nacelle*. Basicamente, é o casario para grande parte dos sistemas mecânicos de geração de energia em um aerogerador. Segundo Barreto (2019, *apud* Modesto e Freitas, 2020, adaptado), a *nacelle* abriga:

TABELA 1: Componentes da *nacelle*

<i>Nacelle</i>	Eixo principal	Recebe a energia mecânica da rotação das pás
	Eixos	Guia o movimento de rotação a uma parte ou um conjunto de peças
	Amortecedores	Diminuem os ruídos e vibrações transmitidos dos componentes para estrutura
	Sinais de luz externos	Sinalizam a presença da nacelle devido à altura
	<i>Gearbox</i> /Caixa multiplicadora	Transmite a energia mecânica do eixo do rotor ao eixo do gerador, modificando a velocidade de rotação
	Sistema de refrigeração	Mantém a temperatura
	Sistema de freio	Reduz o efeito de forças de arrasto em situações de ventos com velocidades superiores à nominal

	Anemômetro	Mede a velocidade do vento
	Biruta	Determina a direção do vento
	Carcaça	Serve de estrutura na qual são montados os componentes
	Sistema de orientação – Yaw	Posiciona o rotor da turbina para o vento
	Tomada de força/ <i>Power take-off</i>	Usado para transferir força mecânica a um implemento, permitindo que a força do motor acione outros dispositivos
	Rolamento principal	Capaz de suportar contínuas cargas dinâmicas por longo prazo
	Rolamento do Yaw	Pieza central que liga a torre à nacele
	Sistema auxiliar da nacele	Ventila equipamentos do gerador e da nacele
	Parafusos	Elemento de fixação de duas ou mais superfícies
	Sistemas de monitoramento de condição	Permitem a detecção precoce de falhas

Fonte: Ribeiro (2019 *apud* Modesto e Freitas, 2020, adaptado)

O desenvolvimento tecnológico é o fator crucial para a queda no custo médio da energia produzida no caso das plantas *offshore* - sobretudo o design de turbinas, que podem contabilizar até 45% do custo total de instalação de uma unidade de produção. As turbinas vêm ganhando um poder de produção cada vez mais elevado nas últimas duas décadas, aumentando seu *output* em 5% no período entre 2010 e 2018. (IRENA, 2019)

A queda no custo das turbinas é um fator importante para o sucesso da indústria. Embora seu potencial de produção seja mais elevado que o de turbinas *onshore* devido à velocidade e constância dos ventos, a implantação de turbinas em alto-mar carrega custos inerentes aos desafios que as condições climáticas impõem. Em termos percentuais, as turbinas em si são uma

parcela menor dos custos totais de implantação de um parque eólico *offshore* em comparação a um parque *onshore*, mas o custo nominal é maior.

3.1.4 Rotor

Por rotor, para efeito de simplificação, este trabalho considera as pás da hélice e o *hub*/suporte das pás.

Grande parte dos avanços tecnológicos relacionados aos aerogeradores advém do design das pás, que podem gerar grandes ganhos de eficiência produtiva. Iniciativas de pesquisa para desenvolvimento de *smart blades* (pás inteligentes) como a ADAPWING, gerida pela organização dinamarquesa *Risø DTU National Laboratory for Sustainable Energy*, buscam novas formas de aumentar a eficiência e reduzir custos de produção e manutenção para os rotores. (BUHL *et. al.*, 2007)

O design com três pás é o mais amplamente utilizado em aerogeradores, por motivos comerciais, econômicos, estéticos e ambientais. A tendência é que aerogeradores com áreas de varredura⁶ cada vez maiores sejam adotados, a fim de possuir maior robustez para suportar os esforços sofridos pelo vento que aumenta de intensidade quanto maior a profundidade da água.

3.1.5 Conversores

Conversores condicionam a energia, ajustando a frequência do gerador e a voltagem para transmissão para a malha. São componentes grandes e pesados, que geram custos significantes para a construção da torre, instalação da turbina e de manutenção. O escopo de pesquisas recentes se baseia nas tecnologias de semicondutores e materiais magnéticos para diminuir as dimensões e peso dos componentes. (ISLAM *et. al.*, 2013)

3.2 Transmissão de energia

À medida que os parques eólicos vão sendo instalados mais longe da costa, os custos com a transmissão da energia gerada vão ficando mais pronunciados – afinal, a necessidade de cabos submarinos mais extensos se faz presente. De acordo com Tavares (2010), os sistemas de transmissão de energia podem ser HVAC (Sistema de Transmissão em Alta Tensão em Corrente Alternada), HVDC LCC (Sistemas de Transmissão em Alta Tensão em Corrente Contínua usando Conversores com Comutação Natural de Linha) e HVDC VSC (Sistemas de Transmissão

⁶ Área de varredura é a área circular preenchida pelas pás do aerogerador em funcionamento, “varrendo” o ar.



em Alta Tensão em Corrente Contínua Usando Conversores de Comutação Forçada – Conversores Fonte de Tensão).

O tipo mais implementado atualmente é o HVAC, por motivos simples. É o tipo de transmissão instalada em grande parte dos parques eólicos *offshore* pois é a mais antiga e, portanto, passou por uma série de evoluções que diminuíram seu custo e otimizaram o processo de transmissão quanto à perda de energia (para distâncias de até cinquenta quilômetros).

Os cabos submarinos de transmissão de energia geram a maior preocupação para os gestores dos parques eólicos por alguns motivos. Os cabos precisam ser cada vez mais robustos à medida que o parque eólico é instalado mais longe da costa, e embora a tecnologia tenha evoluído bastante nos últimos anos, oitenta por cento dos custos com seguradoras vem de acidentes com cabos submarinos. Além disso, é duplamente custoso no caso de avaria: manutenção e reparos são caros, complexos e a produção fica prejudicada, praticamente inviabilizando a transmissão de energia do parque eólico para a subestação *onshore*. (BURDOCK, 2020)

As subestações são cruciais para projetos de parques de alta produção de *megawatts*. Elas estabilizam e maximizam a voltagem da energia gerada e fazem a comunicação com a malha energética em terra.

3.3 Embarcações

Para todas as operações de construção, reparo e manutenção de parques eólicos *offshore*, é necessário o suporte de embarcações para transportar materiais, estruturas e pessoal. Algumas das embarcações são utilizadas em operações específicas para parques eólicos *offshore*, enquanto outras servem também a outras indústrias como a do petróleo, o que pode acarretar em aumento significativo no custo através dos *day rates*⁷ por motivos de disponibilidade ou simplesmente pelo fato de que o nível de preços praticado vem da indústria de óleo e gás, por exemplo.

Devido a essa carência de embarcações unicamente voltadas para a indústria eólica *offshore*, algumas restrições operacionais são observadas, o que atrasa a conclusão dos projetos e consequentemente aumenta seu custo. Fatores como precipitação, temperatura e visibilidade dificultam as condições de mar e são fatores que podem realmente causar sérios problemas à operação. Ondas com mais de um metro e meio de altura, ventos de velocidade acima de dez

⁷ *Day rate*, no contexto do presente trabalho, é o custo diário de emprego de uma embarcação.



metros por segundo até dez metros da superfície do mar (ou doze metros por segundo na altura do *hub*), correntes que prejudiquem a confiabilidade dos sistemas de posicionamento dinâmico e as variações de maré são os verdadeiros vilões e podem inviabilizar operações. (AHN, 2016)

3.3.1 *Wind Farm Support Vessels (WFSV)*

Wind Farm Support Vessels (WFSV) são embarcações especificamente projetadas para manutenção e reparo de turbinas/torres eólicas *offshore*, além de transporte de pessoal operativo entre instalações em terra e parques eólicos. A embarcação pode, ainda, transportar carga. (AMERICAN BUREAU OF SHIPPING, 2018)

Uma operação com tantas particularidades requer embarcações que atendam a necessidades específicas. Nos primórdios da indústria, as embarcações eram pesqueiros adaptados e outros tipos variados de embarcações adaptadas para a operação com turbinas eólicas. Com o passar do tempo, critérios de classificação e construção foram sendo desenvolvidos com a finalidade de prover o mercado com embarcações capazes de lidar com as especificidades das operações, condições de mar e cobrir distâncias maiores.

A *American Bureau of Shipping (ABS)* diferencia os WFSV entre *offshore support vessels (OSV)* e *high-speed craft*, cada um com suas respectivas características e pré-requisitos operacionais. (AMERICAN BUREAU OF SHIPPING, 2018)

As *high-speed craft* são embarcações de pouco deslocamento e que possuem alta velocidade, se comparadas a embarcações de apoio convencionais. O fator que as diferencia é o número de Froude⁸. (IMO, 2000) Geralmente operam com a finalidade de transportar pessoal operativo para as turbinas. São, na sua grande maioria, catamarãs.

Os *offshore support vessels* são embarcações de apoio *offshore* de construção convencional e operam na construção e descomissionamento de parques eólicos, transporte de cargas e pessoal para operação e manutenção de turbinas eólicas. Uma particularidade na operação de embarcações desse tipo é a transferência de pessoal por *gangways*⁹ entre a

⁸ Número de Froude é uma grandeza adimensional que, para fins de engenharia naval, consiste da relação entre a velocidade de escoamento da água do mar em relação ao casco do navio e a raiz quadrada do produto entre a aceleração da gravidade e o comprimento do navio à linha d'água. É usado sobretudo para a análise da resistência do navio às ondas. (NEWMAN, 1977)

⁹ passarela instalada entre as duas embarcações.



embarcação e a turbina ou um *flotel*¹⁰, o que exige um aparato estrutural especial e o uso de sistemas de posicionamento dinâmico.

3.3.2 Barcaças

As barcaças (*barges*) são utilizadas sobretudo na fase de construção do parque eólico *offshore* como um todo e podem ser de vários tipos. Os mais utilizados são as *jack-up barges*, *crane barges* e *cargo barges*.

Cargo barges são barcaças simples de carga, normalmente não possuem sistema de propulsão próprio e, portanto, necessitam do auxílio de rebocadores. Dos tipos supracitados, é o menos dispendioso, embora demandem o uso de rebocadores.

Crane barges são barcaças de grande porte que possuem guindastes e são mais adaptadas para construção de estruturas menores como subestações *offshore*.

Jack-up barges são barcaças mais robustas, com uma base mais sólida para operações de içamento de cargas. Possuem bom custo-benefício em áreas com ondas maiores, mas também tem suas limitações: a operação é demorada, pode acontecer apenas em profundidades de até no máximo cinquenta quilômetros e requer embarcações de apoio. (DALGIC; LAZAKIS; TURAN, 2013)

3.3.3 Heavy Lift Vessels (HLVs)

Heavy Lift Vessels são embarcações capazes de içar e transportar cargas muito pesadas, em grande quantidade, tem bom perfil de estabilidade e acomodam bem cargas inusitadas como um aerogerador, por exemplo. No entanto, seu custo (*day rate*) é mais alto e apresentam obstáculos como a disponibilidade comprometida pela indústria de óleo e gás e a dificuldade de demandar certos portos devido ao seu tamanho. Para a indústria eólica *offshore* duas subcategorias de *heavy lift* são empregadas: *semisubmersíveis* e *project cargo vessels*.

As embarcações *heavy lift semisubmersíveis*, como explicitado pelo seu nome, são capazes de submergir em parte. O convés submersível fica entre o passadiço (geralmente localizado na proa do navio) e um castelo de popa que geralmente abriga maquinário. Através de um sistema de lastro avançado, o navio é capaz de submergir seu convés principal, possibilitando

¹⁰ Alojamento no mar para as tripulações que trabalham na indústria de perfuração em alto mar é fornecido por meio de *flotels*, é uma aglutinação do termo "*floating hotel*".



a acomodação de cargas impossíveis de içar com o uso de guindastes. Cargas comuns para esse tipo de embarcação incluem plataformas de exploração e outros navios. O método de instalação do aerogerador determinará se vale a pena demandar esse tipo de embarcação, que tem um custo bastante elevado.

As embarcações *project cargo* são embarcações monocasco de grande porte que possuem em seu convés principal guindastes de alta capacidade, para içar cargas não rodantes e que não são flutuantes e, portanto, não poderiam ser acomodadas em uma semissubmersível. As cargas podem ser embarcadas em porões ou no convés principal, o que gera preocupações com a peça da carga a fim de evitar que role e, com seu grande peso, cause banda no navio. Reforços estruturais são feitos em seu costado lateral para suportar o peso dos grandes guindastes e evitar esforços de torção exagerados (MENON, 2020). Esse tipo de embarcação é comum para alguns métodos de construção de aerogeradores como *six lifts* (seis içamentos), *five lifts* (cinco içamentos) e *star assy* (três ou quatro içamentos). (AHN *et. al.*, 2016)

3.3.4 *Cable Laying Vessels (CSVs)*

Os CSVs, também conhecidos como *Cable Layers*, são embarcações projetadas para operações de lançamento de cabos submarinos. Devido a delicadeza da operação, os CSVs são navios que possuem equipamentos de ponta e podem ser empregados como navios de pesquisa científica, já que não são empregados todo o tempo para sua atividade primária.

CSVs possuem todo tipo de equipamento de controle de avarias aos cabos submarinos como, por exemplo, *Linear Cable Engines* (LCEs) que controlam a tensão dos cabos a serem lançados através sistemas de rodas aos pares, tanto hidráulica quanto eletricamente. O cabo é geralmente estivado no “carrossel” e CSVs modernos de grande porte podem estivar e operar mais de nove mil toneladas de cabos. Os sistemas de posicionamento dinâmico são importantes, tanto no momento de lançamento dos cabos submarino como no momento de manutenção de cabos avariados, para manter a embarcação em pontos ou rotas precisas.

3.3.5 *Flotel*

Flotéis são embarcações com a finalidade de abrigar o pessoal operativo de construção e manutenção a fim de reduzir a necessidade do emprego de WFSVs. É um tipo de embarcação muito empregado na indústria do petróleo.



3.3.6 *Air Range Diving Support Vessel (ARDSV)*

Os ARSDVs são embarcações de suporte a operações de mergulho. Certas condições de mar calmo devem ser respeitadas para que a operação de mergulho possa acontecer seguramente. É necessário borda livre suficiente e/ou *bulwark*¹¹ para que o *deck* não seja alagado devido ao risco de acidentes para os profissionais de convés que auxiliam na operação, ter atenção aos graus de liberdade que podem causar problemas nos momentos de imersão e emersão dos mergulhadores, entre outros fatores. Sistemas de posicionamento dinâmico são especialmente importantes para esse tipo de embarcação já que o suporte aos mergulhadores a bordo é essencial para sua segurança quando submersos e, portanto, é crucial que a embarcação se mantenha na posição correta – além do sistema de posicionamento dinâmico, a ancoragem bem-feita mostra-se uma aliada de peso para a segurança desse tipo de operação. (GILES, 1991)

Mergulhadores são empregados em atividades como soldagem e inspeções. No entanto, devido às limitações do corpo humano, essas tarefas são cumpridas com o auxílio de ROVs¹² nos casos em que o trabalho em questão seja feito em grandes profundidades – o reparo de cabos de transmissão é um bom exemplo.

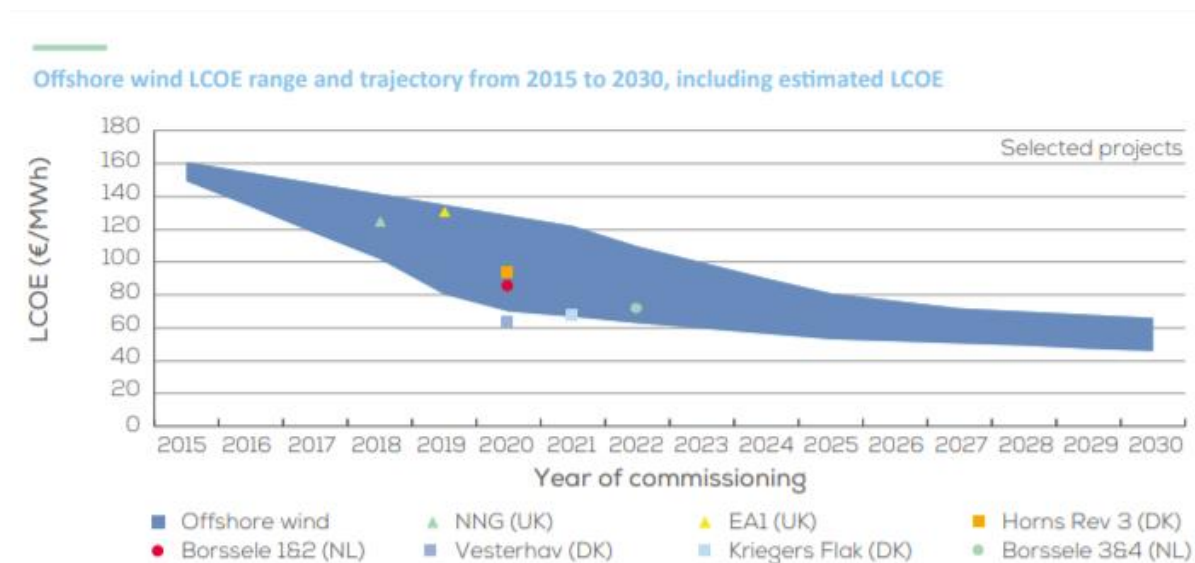
3.4 *Levelized Cost Of Energy (LCOE)*

O *Levelized Cost Of Energy* (LCOE) é uma estimativa da receita média necessária por unidade de eletricidade para cobrir os custos de implantação e operação de uma planta de geração de energia durante seu ciclo de vida. (US ENERGY INFORMATION ADMINISTRATION, 2019). Essa ferramenta é comumente usada para medir a competitividade dos métodos de produção de energia e influencia na tomada de decisões no momento de implementação ou não de um parque eólico por parte de empresas e governos. Na figura abaixo, fica ilustrado o decréscimo do LCOE projetado entre 2015 e 2030, um sinal de aumento da competitividade da energia eólica *offshore*.

¹¹ Parapeito que se ergue acima dos Conveses expostos ao tempo com a finalidade de dar proteção ao pessoal e ao material evitando que caiam ao mar.

¹² *Remotely Operated Vessels* (ROVs) são veículos submarinos operados remotamente que realizam trabalhos submarinos em grandes profundidades.



Figura 3: Tendência do LCOE entre 2015 e 2030 no contexto europeu

Fonte: HUNDLEBY; FREEMAN (2017)

A tendência é que os custos continuem a diminuir nos anos vindouros. Com o amadurecimento do mercado, o custo de financiamento de projetos dessa natureza tende a diminuir, sobretudo devido ao ajuste da percepção de risco e dos possíveis subsídios em mercados emergentes, o que pode ocasionar um aumento no número de *players* e, consequentemente, de competitividade. Um acréscimo de 7% no nível de investimento pode resultar em um aumento de 34% da capacidade até o fim de 2030. Consequentemente, esse acréscimo vai permitir o desenvolvimento de turbinas melhores e outras tecnologias até 2030 (HUNDLEBY; FREEMAN, 2017). É importante frisar que o LCOE adotará comportamentos distintos em função do contexto do mercado e das políticas de incentivo de cada país (HUNDLEBY; FREEMAN, 2017)

Os projetos existentes no momento da confecção deste trabalho estão em regime de subsídios em sua maioria. Os governos financiam uma parte da implantação e operação dos parques como forma de fomento à produção de energia limpa e comprometimento com acordos internacionais contra mudanças climáticas. No entanto, alguns países como Alemanha e Holanda já possuem parques leiloados sob o regime de subsídio zero. Os parques *Hollandse Kust 1&2* e *Hollandse Kust 3&4*, ambos na Holanda, são exemplos recentes de que já é possível implementar parques sob o regime de subsídio zero dadas as condições propícias.



Há controvérsias quanto a subsidiar ou não os projetos de eólica *offshore*. Por um lado, o caminho natural é a ocorrência de cada vez mais projetos sob o regime de subsídio zero, o que evidencia, em tese, uma proximidade cada vez maior da maturidade do mercado. Além disso, não subsidiar esses projetos significa uma redução importante de custo para o governo que se traduz, finalmente, numa potencial redução de custo para o consumidor final, já que parte dos encargos são refletidos no preço final do consumo de energia. Por outro lado, órgãos como o *Global Wind Energy Council* (GWEC) e a *International Renewable Energy Agency* (IRENA) pregam cautela com o regime. De acordo com a GWEC, as condições existentes dos parques leiloados a subsídio zero são muito particulares e não necessariamente transferíveis (GWEC, 2019) e, portanto, não devem ser tomadas como norma para os futuros leilões. A pena para este equívoco, em sua opinião, seria um desestímulo catastrófico para o mercado.

4 CENÁRIO NACIONAL

Esta seção tem como objetivo analisar diferentes aspectos do atual cenário para a energia eólica *offshore* no Brasil, como: o potencial produtivo do país, os projetos existentes em fase embrionária, a questão jurídica para a energia eólica *offshore* no Brasil, e a legislação sobre o tema em outros países. Além disso, abordar-se-á a relação com a Marinha Mercante brasileira, notadamente os armadores e as medidas que precisariam adotar para adequar a frota a essa nova demanda.

4.1 Potencial produtivo do Brasil

O trabalho mais importante a fim de estimar o potencial produtivo eólico do Brasil é o Atlas do Potencial Eólico Brasileiro (AMARANTE, 2001). Neste trabalho, estima-se que o potencial seja de 143 *gigawatts* (GW), e a produção seja em torno de 272,2 TWh/ano. Nordeste e Sul são as regiões com maiores potenciais, seguidas de Sudeste e Norte e por fim, o Centro-Oeste. A discrepância existente entre as potências deve-se a constância e a força dos ventos. Além disso, o potencial eólico *offshore* brasileiro seria de 600 GW a 80m; a uma profundidade de aproximadamente 100m do fundo do mar (AMARANTE, 2001).

Segundo o boletim anual de geração eólica (ABEEÓLICA, 2017), no ano de 2017, no Brasil, foram instalados setenta e nove novos parques eólicos, num total de dois mil e vinte e sete

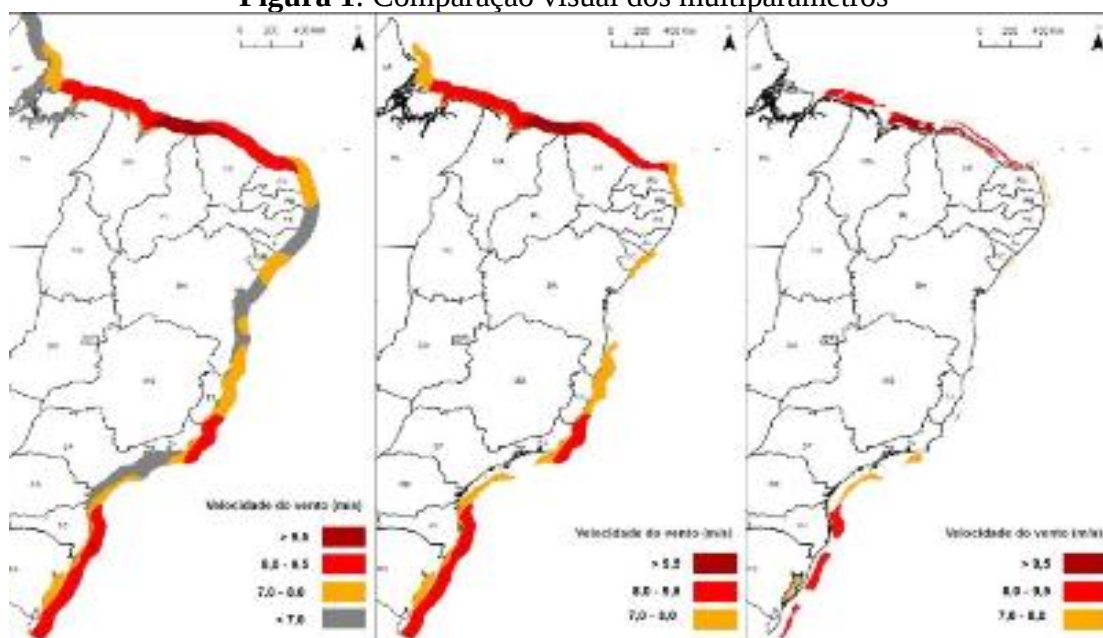


megawatts, valor correspondente a 8,1% de toda a energia gerada no país, com uma capacidade instalada de cerca de treze *gigawatts*.

Ainda segundo o boletim (ABEEÓLICA, 2017), o Brasil é o país com a oitava maior capacidade instalada acumulada de energia eólica, e o sexto país em maior capacidade instalada naquele ano. A capacidade está ligada a fatores como a extensa costa litorânea brasileira, velocidade média dos ventos e altura superior a cinquenta metros da superfície, prerrogativas que tornam os ventos do Brasil excelentes para a produção de energia elétrica.

O potencial eólico *offshore* no Brasil foi analisado em estudos por multiparâmetro tendo em vista os valores econômicos, sociais e ambientais vigentes no Brasil. Na Figura 14, a seguir, são ilustrados os diferentes potenciais estudados em Silva (2019) contabilizados como: potencial teórico, técnico, ambiental e social. O potencial teórico do Brasil é de cerca de mil e setecentos *gigawatts* considerando o aproveitamento máximo dos recursos. No entanto, considerando as limitações técnicas do país, estima-se o potencial técnico em pouco menos de mil e cem *gigawatts*. Em decorrência das leis ambientais e sociais vigentes no país, o potencial ambiental e social foi de trezentos e trinta *gigawatts*.

Figura 1: Comparação visual dos multiparâmetros



Fonte: Silva (2019)

Em outros estudos foram estimados os custos da produção da energia eólica em comparação às tradicionais fontes de energia. Em Müller (2019) e Dias (2018), os custos iniciais são extremamente elevados, mesmo em áreas com os melhores recursos eólicos, batimetrias baixas e com menores distâncias logísticas. Porém, a longo prazo, os custos operacionais tendem a diminuir com a melhoria da tecnologia empregada e o avanço da produção de suprimentos seja empregada na indústria nacional. Para indústrias de grande porte, os elevados custos são diluídos com a receita obtida pela diminuição da utilização das energias tradicionais. Na Tabela 2 é observada a emissão dos poluentes em 20 anos de acordo com cada fonte de energia. Este critério é muito utilizado no mercado externo para a taxação dos produtos – a utilização de energia renovável diminui as tarifas sobre a emissão de carbono, estimulando assim a competição das empresas nacionais frente aos padrões internacionais (NASCIMENTO; MENDONÇA; CUNHA, 2012).

Tabela 2: Emissão de cada solução em operação em 20 anos de uso

Poluente	Diesel	Eólica + Diesel	Hidrelétrica	Hidrelétrica + Eólica
CO2 (toneladas)	534.938,30	275.941,00	280.500,90	115.005,70
CO2 (kg/MWh)	732,41	929,50	375,01	375,01
Sox (toneladas)	654,70	337,72	8,67	3,55
Sox (kg/MWh)	0,90	1,14	0,01	0,01
Nox (toneladas)	479,05	247,11	331,50	135,92
Nox (kg/MWh)	0,66	0,83	0,44	0,44

Fonte: Dias (2018)

4.2 Legislação

A transição energética no Brasil surge a partir da necessidade de buscar novas rotas renováveis que diminuam a emissão dos gases do efeito estufa e que seja menos dependente das



crises nos setores tradicionais. Em 2019, o Governo Federal desenvolveu o mapeamento de modelos decisórios ambientais com base em países europeus a fim de desenvolver os empreendimentos em energia renovável, principalmente nos parques eólicos *offshore* (Vasconcelos, 2019). O Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA) fica responsável pela aplicação e averiguação das diretrizes no Brasil, e estas diretrizes auxiliam o país com o aprendizado advindo de países como a Alemanha e Dinamarca, os quais apresentam grande *expertise* no setor e são os maiores geradores de energia eólica na Europa, sem, entretanto, se afastar das premissas assentadas na Constituição da República Federativa do Brasil.

O primeiro item a ser analisado é a concessão de áreas de exploração pelo governo e, a partir disto, é realizado um concurso para que ocorra esta concessão. Com isto, é produzida uma consulta pública envolvendo todos os agentes, seja autoridade, associações ou indivíduos da área a ser explorada. A área explorada deve ser concedida pelo Estado para que assim possa se criar um planejamento e avaliação dos impactos ambientais; durante a construção, operação, e descomissionamento dos projetos eólicos *offshore*. Na Dinamarca, este estudo é fornecido pelo governo à empresa ganhadora, além de delimitar a capacidade de energia produzida pelo parque (FERREIRA, 2020).

As normas legais vigentes estão ligadas a diretrizes, nas quais o proponente deve avaliar os impactos do projeto sobre o meio ambiente, a geração de energia, os efeitos nocivos e a extração de minerais nestas áreas.

A avaliação de impacto ambiental é necessária para projetos de estabelecimento de parques de geração de energia elétrica no mar - em particular os impactos em peixes, aves, mamíferos marinhos, áreas e biótopos protegidos, que devem ter como base pesquisas científicas. Os estudos devem estar ligados também às consequências socioeconômicas causadas pela implantação destes parques. A partir dessa avaliação é possível identificar, descrever e avaliar adequadamente os efeitos diretos e indiretos de um projeto. Na Tabela 3 são apresentados os impactos mais comuns provenientes da criação de parques eólicos *offshore* na Alemanha e Dinamarca.

Tabela 3: Principais impactos ambientais dos parques eólicos *offshore* na Alemanha e Dinamarca

Alemanha	Dinamarca
Ruído subaquático; Peixes; Comunidades bentônicas ¹³ ; Aves locais e migratórias; Mamíferos marinhos; Paisagem natural; Bens culturais.	Sociais, fauna e flora; Solo, fundo do mar, água, ar, clima e paisagem; Bens materiais e patrimônio cultural; Interação entre os fatores citados anteriormente.
● Perturbar, capturar, prejudicar e matar essas espécies, bem como capturar, danificar ou destruir seus ovos; ● Perturbação significativa, resultando em deterioração do estado de conservação da população local; ● Destruição ou tomada de lugares reprodutivos ou de repouso.	● Ambiente a ser afetado pelo projeto proposto, em particular: (a) população; (b) fauna; (c) flora; (d) solo e fundo do mar; (e) água; (f) ar; (g) condições climáticas; (h) bens materiais, incluindo o patrimônio arquitetônico e arqueológico; (i) segurança da paisagem e costa; (j) inter-relação dos fatores citados anteriormente; ● Impacto diretos, indiretos, secundários, cumulativos, em curto e longo prazo, definitivos ou temporários, bem como positivos ou negativos ao meio ambiente; ● As medidas previstas para evitar, reduzir e, sempre que possível, neutralizar os efeitos prejudiciais significativos no ambiente; ● As consequências socioeconômicas dos impactos ambientais do projeto;

Fonte: Adaptado de Vasconcelos, 2019

¹³ Comunidades de organismos que vivem no substrato de ambientes aquáticos.

O cronograma de funcionamento é analisado após essa validação da consulta pública. Ele deve conter os dados desde o momento da construção, com a extração de matérias primas, os resíduos advindos dessa indústria extrativista, os meios de transporte utilizados, os dutos e cabos submersos do parque, até o encerramento de uso por parte da empresa e ou Estado (VASCONCELOS, 2019; FERREIRA, 2020). Após isto, são analisadas, segundo as leis vigentes do Estado, as etapas entre a autorização e o licenciamento ambiental, este que, por sua vez está relacionado à presença ou não de competitividade entre áreas em poder do Estado ou por empresas particulares.

O arcabouço legal vigente no Brasil é idealizado com referências dos parques eólicos *onshore* mais desenvolvidos na indústria brasileira. O Projeto de Lei de Iniciativa nº 484/2017 promove o desenvolvimento da geração de energia elétrica no mar territorial e na zona econômica exclusiva, a partir da fonte eólica, promovendo o aproveitamento racional dos recursos energéticos do mar a partir da concessão destas zonas destinadas ao serviço público ou autoprodutor, para potências superiores a 5.000kW, sendo fiscalizadas pelo Ministério de Minas e Energia.

A possibilidade de avaliação dos impactos ambientais para empreendimentos de geração de energia elétrica considerados de baixo potencial poluidor, através da Resolução Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama) nº 279/2001, como é o caso *offshore*, pode ser feita por meio de estudos mais simplificados na etapa de licenciamento prévio, como é o caso do Relatório Ambiental Simplificado (RAS), através do órgão ambiental, o IBAMA. A resolução visa ter como base as informações e características técnicas do projeto declaradas pelo próprio empreendedor, e vistorias técnicas serão feitas pelos representantes dos órgãos ambientais licenciadores onde se pretende instalar o projeto. Outra forma de licenciamento pode ser obtida através do Estudo de Impacto Ambiental (EIA) e seu respectivo Relatório de Impacto Ambiental (Rima), chamado de EIA/Rima. Este estudo apresenta maiores detalhes tanto sobre as características técnicas do empreendimento quanto dos temas estudados.

Além disso, outros órgãos federais devem aprovar o licenciamento ambiental, segundo a Portaria Interministerial nº 60/2015. Este é o caso da Fundação Nacional do Índio (Funai), da Fundação Cultural Palmares (FCP), do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional



(Iphan) e da Secretaria de Vigilância em Saúde do Ministério da Saúde (SVS/MS). Estas entidades, estão relacionadas ao contexto socioeconômico dos possíveis impactos que justifiquem a viabilidade do projeto.

4.3 Projetos para o Brasil

Segundo Ferreira (2020) até janeiro deste ano, apenas seis projetos estão em fase de licenciamento ambiental e apenas um deles está sendo licenciado por meio do RAS. Os estudos ambientais requeridos para estes projetos levam como base a avaliação dos impactos gerados delimitando, assim, a viabilidade dos empreendimentos.

4.3.1 Parques eólicos em licenciamento no Brasil

O Parque Eólico *Offshore* Caucaia Parazinho em Iparana, no Estado do Ceará, foi o primeiro entre os licenciamentos concedidos pelo Governo Federal no ano de 2016. A estrutura do projeto terá capacidade produtiva de 310 MW, a partir da combinação de um parque eólico *offshore* (288MW) formado por 48 aerogeradores de 6 MW cada e um trecho *semi-offshore* (22MW) formado por 11 aerogeradores de 2 MW, cada um deles associados a 11 espigões fincados na linha da costa. A área total do projeto é de 6.700ha, onde as linhas de transmissão (LT) submarinas (230 kV) correspondem a 4,5 km, e a área da LT corresponde à 25,52km ou 19, 89 km, contando com uma subestação marítima coletora. (FERREIRA, 2020)

O Complexo Eólico Marítimo Asa Branca I, é mais um empreendimento no Estado do Ceará, e teve início de licenciamento em 2017. A estrutura do projeto terá capacidade de produzir 400 MW, a partir de 10 parques eólicos *offshore* (40MW) formado por 50 aerogeradores de 8 MW cada. A área total do projeto é de 7.224,33 ha, onde as linhas de transmissão (LT) submarinas (230 kV) correspondem a 6,54 km, e a área da LT corresponde à 116 km, contando com uma subestação marítima coletora. (FERREIRA, 2020)

O Complexo Eólico Marítimo Jangada, é o terceiro empreendimento no Estado do Ceará, e teve início de licenciamento em 2019. De acordo com o projeto, ele terá capacidade de produzir 3 GW, a partir de 4 parques eólicos *offshore* (750MW) com 200 aerogeradores de 15 MW cada. A área total do projeto é de 95.800 ha mais 4.980 ha destinados aos cabos submarinos, onde as linhas de transmissão (LT) submarinas (220 kV) varia entre 38,02 km e 51,62 km, e a área da LT



(500kV) corresponde a 91,4 km, contando com quatro subestações marítimas coletoras, sendo uma para cada parque e uma subestação elevadora *onshore* (FERREIRA, 2020).

O projeto do Complexo Eólico Maravilha, no Estado do Rio de Janeiro, teve início em 2019. Ele terá capacidade de produzir 3 GW, a partir de quatro parques eólicos *offshore* (750MW) formados por 200 aerogeradores de 15 MW cada. A área total do projeto é de 77.096 ha mais 5.800 ha, destinados aos cabos submarino, onde as linhas de transmissão (LT) submarinas (220 kV) varia entre 49,93 km e 67,13 km, e a área da LT (500kV) corresponde à 40,05 km, contando com quatro subestações marítimas coletoras e uma subestação elevada *onshore* (FERREIRA, 2020).

O Complexo Eólico Marítimo Águas Claras, no Estado do Rio Grande do Sul, teve início em 2019 e terá capacidade de produzir 3 GW, a partir de quatro parques eólicos *offshore* (750MW) formado por 200 aerogeradores de 15 MW cada. A área total do projeto é de 84.220 ha, mais 4.560 ha destinados aos cabos submarinos, onde as linhas de transmissão (LT) submarinas (220 kV) varia entre 13,85 km e 39,96 km, e a área da LT (500kV) corresponde à 58,9 km, contando com quatro subestação marítima coletora e uma subestações elevadas *onshore*. (FERREIRA, 2020)

Os parques eólicos descritos anteriormente foram licenciados previamente, pelo estudo ambiental EIA/Rima. O único que obteve a licença pelo estudo RAS foi a Planta Piloto de Geração Eólica Offshore. Este piloto será situado no Estado do Rio Grande do Norte e teve início em 2018. O projeto terá capacidade de produzir 5 MW a partir de um parque eólico *offshore* formado por conexão via cabos submarinos até a plataforma de exploração de petróleo. A área total do projeto é de 84.220ha mais 4.560ha, destinados aos cabos submarinos, onde as linhas de transmissão (LT) submarinas (34,5 kV) é de 1 km, contando com a instalação de uma torre anemométrica a 350m do aerogerador (FERREIRA, 2020). Neste ano, o projeto foi suspenso pela Petrobras, a fim de esperar melhores parcerias e oportunidades nos projetos eólicos *offshore* no Brasil (MACIEL *et. al.*, 2020)

4.4 Armadores e as mudanças na frota mercante brasileira

Devido às grandes mudanças que essa nova fonte de energia renovável invariavelmente trará para que seja possível a operação e produção em comparação com as energias terrestres, diversos pontos a seguir serão esclarecidos tomando como base as frotas de países mais avançados nesta fonte de energia. O primeiro ponto, refere-se à escassez de armadores especializados para suportar as cargas dos navios. Segundo Paulsson, Hodges e Martin (2019), para instalar estas turbinas são necessárias fundações que suportem centenas de toneladas e possam ser ancoradas em profundidades acima de 50m. As fundações precisam suportar guindastes e içar torres gigantescas espaçadas uma das outras. Por fim, é posicionada a carcaça do gerador, também chamada de *nacelle*, para a instalação das lâminas para a geração de energia. Apenas com esta descrição da operação, de um ponto de vista técnico, é possível perceber a especificação necessária para a sua implantação. Mesmo utilizando-se navios petroleiros ou de gás natural – que possuem certa vocação para o reaproveitamento – ainda é necessário adequá-los para o uso de geração e processamento de energia.

Além do parâmetro descrito anteriormente, é necessário salientar que a instalação e serviços prestados a esta fonte de energia devem ser altamente especializados. Segundo Pachot (2012), estes fatores devem ser unidos à cadeia de suprimentos o mais próximo possível dessas embarcações, seja no setor de transporte marítimo, projetistas ou operadores a fim de diminuir os custos. Lembrando que as distâncias destes navios estão cada vez maiores em relação à costa, solicitando, assim, conexões mais longas e, conseqüentemente, maiores investimentos na área.

Conforme descrito anteriormente, o aumento das distâncias entre o armador e o setor de suprimento, é um dos fatores de risco à navegação quando novos parques eólicos são expandidos ou construídos em áreas onde a atividade marítima é intensa. Segundo a *European MSP Platform* (2019), o aumento do risco de acidentes nestas localidades devido ao tráfego intenso de embarcações e a redução de espaços marítimos podem levar a perdas financeiras, causar vítimas humanas e graves danos ambientais. Além disso, pode aumentar a rota de outras embarcações, causando custos adicionais à indústria marítima. Por isso, é necessário criar avaliações de risco de navegação para equilibrar os requisitos de segurança e eficiência e para tomar decisões ideais sobre o uso do espaço para cada Nação (MEHDI *et al*, 2018).



5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A decisão de investir na produção de energia eólica em águas jurisdicionais brasileiras é complexa. Seria necessário um trabalho minucioso por parte dos governos e dos órgãos regulamentadores em todos os fronts – técnico, legal, estratégico etc.

A experiência internacional mostra que é possível e vantajoso, dadas as devidas condições, implantar a modalidade. As motivações por trás do impulso dado por alguns países europeus são diversas – a diminuição da produção de hidrocarbonetos em território e águas europeias e o compromisso público global com a preservação do meio ambiente, por exemplo –, mas é fato que a energia eólica *offshore* é uma realidade para muitos países do mundo, incluindo grandes potências como os Estados Unidos e a China. Dos avanços obtidos quanto à produção e regulamentação de energia eólica *offshore* é importante tirar lições para que não se cometam os mesmos erros caso seja de interesse do Brasil incorporá-la à sua matriz energética e acompanhar o desenvolvimento tecnológico, não apenas de forma passiva, como um mero consumidor, mas também como contribuidor ativo, investindo em tecnologia para criar novas soluções.

É possível ter energia eólica *offshore* no Brasil. Os estudos comprovam a viabilidade física e o potencial produtivo nacional. É importante a contribuição do Brasil para a conservação do meio ambiente no cenário global por vários aspectos estratégicos, e o Brasil já o faz, sendo sua produção energética uma das mais limpas do mundo em termos gerais. O Brasil possui vastas reservas de petróleo e gás natural, que podem concentrar muita atenção do governo, indo na contramão da tendência internacional de investimentos cada vez mais pesados na produção de energia renovável – o que não é necessariamente algo ruim. No entanto, a energia eólica *offshore* tem potencial para ser uma grande indústria no Brasil, trazendo avanços tecnológicos e geração de riquezas para o país em diversos aspectos, como o aumento da segurança energética nacional, a consolidação do Brasil como um ator importante no mercado internacional de produção de energia renovável e criação de empregos no mercado de trabalho interno.

6 REFERÊNCIAS

- ABEEÓLICA. **Boletim anual de geração eólica 2017**. [s.l.]:[s.n.]. 2017. Disponível em: <http://abeeolica.org.br/wp-content/uploads/2018/04/Boletim-Anual-de-Geracao-2017.pdf>. Acesso em: 05 ago.2020.
- AHN, D. *et. al*. Comparative evaluation of different offshore wind turbine installation vessels for Korean west-south wind farm. **International Journal of Naval Architecture and Ocean Engineering**, [s.l.]: Elsevier. 2016. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S209267821630437X?via%3Dihub>. Acesso em: 16 jul. 2020.
- AMERICAN BUREAU OF SHIPPING. **Guide for building and classing Wind Farm Support Vessels**. [S.I]: [s.n.]. 2018. Disponível em: <<https://ww2.eagle.org/content/dam/eagle/rules-and-guides/current/offshore/200-wind-farm-support-vessels-2018/wind-farm-support-vessel-guide-oct18.pdf>>. Acesso em: 03 mai. 2020.
- BARRETO, Fernanda de Melo. **Mapeamento tecnológico da geração de energia eólica offshore**. Natal: Universidade Federal do Rio Grande do Norte. 2019.
- BLYTH offshore demonstrator wind farm. **EDF Renewables**, [S.I.], 2019. Disponível em: <https://www.edf-re.uk/our-sites/blyth>. Acesso em: 23 abr. 2020.
- BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Ministério da Justiça. Ministério da Cultura. Ministério da Saúde. **Portaria Interministerial nº 60/2015, de 24 de Março de 2015**. Estabelece procedimentos administrativos que disciplinam a atuação dos órgãos e entidades da administração pública federal em processos de licenciamento ambiental de competência do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis-IBAMA. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 25 mar. 2015.
- BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 484, de 2017**. Dispõe sobre a ampliação das atribuições institucionais relacionadas à Política Energética Nacional com o objetivo de promover o desenvolvimento da geração de energia elétrica localizada no mar territorial e zona econômica exclusiva a partir de fonte eólica; e dá outras providências. Brasília, DF: Senado Federal. 2017.
- BUHL, T. *et al*. **Load alleviation through adaptive trailing edge control surfaces: ADAPWING overview**. In Scientific proceedings. Bruxelas: European Wind Energy Association (EWEA). 2007. p. 20-23.
- BURDOCK, Liz. Offshore Wind Subsea Cable: Insights From The Experts. **Business Network for Offshore Wind**, [s.l.], 2020. Disponível em: <<https://www.offshorewindus.org/2020/01/16/osw-cable-insights/>>. Acesso em: 15 jul. 2020.
- CONSELHO NACIONAL DO MEIO AMBIENTE (CONAMA). **Resolução CONAMA Nº 279, de 27 de junho de 2001**. O Conselho Nacional do Meio Ambiente - CONAMA, no uso das competências que lhe são conferidas pela Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, regulamentada



pelo Decreto nº 99.274, de 6 de junho de 1990. Brasília, DF: Conselho Nacional do Meio Ambiente, 27 jun. 2001.

DALGIC, Y.; LAZAKIS, I.; TURAN, O. Vessel charter rate estimation for offshore wind O&M activities. In: 15th International Congress of the International Maritime Association of the Mediterranean IMAM 2013 - Developments in Maritime Transportation and Exploitation of Sea Resources, 2013, La Coruña. **Anais [...]** La Coruña: International Maritime Association of the Mediterranean, 2013.

DIAS, R. **Análise da viabilidade de utilização de geração eólica offshore para eletrificação de plataformas de petróleo**. Belo Horizonte: UFMG. 2018.

ENERDATA. **Global Energy Statistical Yearbook 2019**. [S.I.], 2019.

ESTAMOS desenvolvendo o primeiro projeto piloto de energia eólica offshore do Brasil. **Petrobras**, 22 ago. 2018. Disponível em: <https://petrobras.com.br/fatos-e-dados/estamos-desenvolvendo-o-primeiro-projeto-piloto-de-energia-eolica-offshore-do-brasil.htm#:~:text=Estamos%20desenvolvendo%20o%20primeiro%20projeto%20piloto%20de%20energia%20e%C3%B3lica%20offshore%20do%20Brasil,-22.ago.2018&text=A%20energia%20e%C3%B3lica%2C%20que%20utiliza,pela%20hidroeletricidade%20e%20pela%20biomassa>. Acesso em: 09 ago. 2020.

EUROPEAN MSP PLATFORM. Maritime transport and offshore wind: **Transport and offshore wind**. Cap. 7, pág 1-19. [s.l.]: [s.n.]. 2019.

FERREIRA, T. V. B. **Roadmap Eólica Offshore Brasil**. Brasília: [s.n.] 2020.

FULTON, G.R. *et. al.* **Semi-Submersible Platform and Anchor Foundation Systems for Wind Turbine Support**. California: [s.n.]. 2005. Disponível em: <<https://www.nrel.gov/docs/fy08osti/40282.pdf>>. Acesso em: 14 jul. 2020.

GILES, R. **Air Range Diving Support Vessel Guidance**. Londres: HMSO. 1991. Disponível em: <https://www.hse.gov.uk/research/othpdf/200-399/oth336.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2020.

GWEC. **Global Wind Report 2019**. Bruxelas: [s.n.]. 2019. Disponível em: <<https://gwec.net/global-wind-report-2019/>>. Acesso em: 21 abr. 2020.

GWEC: Over 60GW of wind energy capacity installed in 2019, the second-biggest year in history. **GWEC**, Bruxelas. 2019.

HUNDLEBY, G.; FREEMAN, K. **Unleashing Europe's offshore wind potential**. [S.I.]: Wind Europe e BVG Associates. 2017.

IMO. **HSC Code**. Londres: IMO Publishing. 2000. Disponível em: <https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/282657/msis34_hsc_code_2000_2008_itos_rev1.01-full-2.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2020.

IRENA. **Future of wind**: Deployment, investment, technology, grid integration and socio-economic aspects (A Global Energy Transformation paper), Abu Dhabi: International Renewable Energy Agency. 2019. Disponível em: <https://irena.org/>



/media/Files/IRENA/Agency/%20Publication/2019/Oct/IRENA_Future_of_wind_2019.pdf.

Acesso em: 21 ago. 2020.

ISLAM *et. al.* **Power converters for wind turbines: Current and future development.** [s.l.]:[s.n.]. 2013.

LARSEN, Jens H. **The world's largest off-shore windfarm, Middelgrunden 40 MW.** Wels: Copanhamen Environment and Energy Office. 2001.

MACIEL, F.; SERODIO, G.; FAFÁ, L.; GAUDARDE, G *et. al.*. Eólicas offshore: novos projetos somam 9 GW de capacidade instalada. **EPBR**, Newsletter Diálogos da Transição, 6 jan. 2020. Disponível em: <https://epbr.com.br/eolicas-offshore-novos-projetos-somam-9-gw-de-capacidade-instalada/>. Acesso em: 09 ago. /08/2020].

MACIEL, F.; SERODIO, G.; FAFÁ, L.; GAUDARDE, G. *et. al.* Petrobras suspende projeto de eólica offshore. **EPBR**, Newsletter Diálogos da Transição, 3 mar. 2020. Disponível em: <https://epbr.com.br/petrobras-suspende-projeto-de-eolica-offshore/>. Acesso em: 09 /08/ago. 2020].

MEHDI, R. A.; SCHRÖDER-HINRICHS, J. U.; OVERLOOP, J. V.; NILSSON, H.; PÅLSSON, J. **Improving the coexistence of offshore wind farms and shipping: an international comparison of navigational risk assessment processes.** WMU Journal of Maritime Affairs, [s.l.], v.17, p. 397–434. 2018.

MENON, Ajay. **Understanding Heavy Lift Vessels (HLVs): Design, Operation And Types.** Marine Insight, [s.l.], 2020. Disponível em: <<https://www.marineinsight.com/types-of-ships/heavy-lift-vessels-design-operation-and-types/>>. Acesso em: 16 jul. 2020.

MODESTO, Laura I.; FREITAS, Pedro L. de Paiva. **Energia Eólica Offshore.** Rio de Janeiro: CIAGA. 2020.

MÜLLER, M. do N. **Análise de tecnologias e custos para inserção da energia eólica offshore na costa brasileira.** Rio de Janeiro: UFRJ. 2019.

NASCIMENTO, Thiago Cavalcante; MENDONÇA, Andréa Torres Barros Batinga de; CUNHA, Sieglinde Kindl da. Inovação e sustentabilidade na produção de energia: o caso do sistema setorial de energia eólica no Brasil. **Cad. EBAPE.BR**, v.10, n.3, artigo 9, Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/cadernosebape/article/view/5488/4208>. Acesso em: 10 mar 2020.

NEWMAN, JOHN N. **Marine hydrodynamics.** Massachussets: MIT Press. 1977. ISBN 978-0-262-14026-3



- PACHOT, M. Shipping rules in favour of offshore wind sector. **Windpower Monthly**, [s.l.], 7 dez. 2012. Disponível em: <https://www.windpowermonthly.com/article/1190754/shipping-rules-favour-offshore-wind-sector>. Acesso em: 09 ago. 2020.
- RIBEIRO, C. M. S., **Construção de parques eólicos marítimos: processos e direção de obra**. Porto: Universidade do Porto. 2015.
- SILVA, A. J. V. de C. **Potencial eólico offshore no Brasil**: localização de áreas nobres através de análise multicritério. Rio de Janeiro: UFRJ. 2019.
- SILVA, E. C. M. Experiência e expectativas da petrobras para eólica offshore. In: BRAZIL WINDPOWER: CONFERENCE AND EXHIBITION, Rio de Janeiro, 2018. **Anais**. Rio de Janeiro: [s.n.]. 2018.
- SILVA, E. W. **Licenciamento ambiental federal de complexos eólicos offshore**: Avaliação de Impacto Ambiental de Complexos Eólicos Offshore. [s.l.]: IBAMA, 2019.
- STRUCTURAL analysis. In: **University of Strathclyde**, Glasgow, 2017. Disponível em: http://www.esru.strath.ac.uk/EandE/Web_sites/16-17/WindAndTidal/structuralAnalysis.html#intro Acesso em: 02 ago. 2020.
- TAVARES, B. J. L., **Parques Eólicos Offshore: Estudo de soluções de interligação do tipo HVAC e HVDC**. Porto: Universidade do Porto. 92f. 2010.
- THE risks of zero-subsidy offshore wind. **GWEC**. Bruxelas, 2019. Disponível em: <https://gwec.net/the-risks-of-zero-subsidy-offshore-wind/>. Acesso em: 16 mai. 2020.
- US ENERGY INFORMATION ADMINISTRATION. **Levelized Cost and Levelized Avoided Cost of New Generation Resources in the Annual Energy Outlook 2020**. Washington: [s.n.]. 2019. Disponível em: https://www.eia.gov/outlooks/aeo/pdf/electricity_generation.pdf. Acesso em: 23 abr. 2020.
- VASCONCELOS, R. de M. **Complexos eólicos offshore estudo sobre avaliação de impacto**. Brasília: [s.n.]. 2019.
- WORLD'S First Offshore Wind Farm Disappears From Horizon. **Offshore Wind**, [s.l.]. 2017. Disponível em: <https://www.offshorewind.biz/2017/09/06/worlds-first-offshore-wind-farm-disappears-from-horizon-video/>. Acesso em: 21 abr. 2020.



WRECK REMOVAL: AN ANALYSIS BETWEEN BRAZILIAN MARITIME LAW AND THE NAIROBI INTERNATIONAL CONVENTION ON THE REMOVAL OF WRECKS¹

REMOÇÃO DE DESTROÇOS: UMA ANÁLISE ENTRE O DIREITO MARÍTIMO BRASILEIRO E A CONVENÇÃO INTERNACIONAL DE NAIROBI SOBRE A REMOÇÃO DE DESTROÇOS

Wellington Nogueira Camacho²

ABSTRACT: The present work aims to carry out a comparative analysis between the Wreck Removal Convention and Law N°. 7,542 / 1986, which deals with the same subject in Brazilian Jurisdictional Waters, emphasizing the need to ensure the prevention of the marine environment as well as the existence of risk insurance and other financial guarantees to contemplate the removal of wrecks in the face of a maritime casualty.

KEYWORDS: Removal; Wreckage; Accidents; Insurance; pollution.

RESUMO: O presente trabalho possui como objetivo realizar uma análise comparativa entre a Convenção sobre Remoção de Destroços e a Lei nº 7.542/1986, que trata do mesmo assunto em águas jurisdicionais brasileiras, ressaltando a necessidade de garantir a preservação do meio ambiente marinho e a existência de seguros de risco e outras garantias financeiras para contemplar a remoção de destroços, em face de um acidente marítimo.

PALAVRAS-CHAVE: Remoção; Destroços; Acidentes; Seguros; poluição.

1 INTRODUCTION: WRECKS IN BRAZILIAN WATERS

The pre-eminent necessity for financial supporting or a support of a convention on removal of wrecks or a fund to get removal of wrecks from emergency situation in terms of safety of navigation or vessels abandoned by the owner, as took place in the case of the AIS GIORGIS Merchant Ship and others as showed below indeed are problems that still have no regulation in the Brazilian maritime legal system, except to livestock cargos.

¹ DISCLAIMER: The present article does not represent the point of view of Brazilian Maritime Authority, but it is only an academic study of the author.

² Mestrado em Master In Laws in International Maritime Law pelo International Maritime Law Institute, Malta(2013). Assessor Adjunto Jurídico do Marinha do Brasil.



On August 12th, 2011, the Santos newspaper *A Tribuna* reported³ at page C-6 (Porto & Mar section) that “the AIS GIORGIS ship suffered a fire aboard, culminating in its sinking, the largest accident took place at Port of Santos history on January 8th, 1974. The ship was berthed between the dock of warehouses 30 and 31 when she caught fire. The flames reached up to 50 meters high, with explosions that frightened the entire population.” In 2011, in order to widen and deepen the Santos channel, AIS GIORGIS needed to be removed with funds from the Growth Acceleration Plan (PAC), which cost R\$ 17.9 million (US\$ 4,3 million).

On June 27th, 2012, the ship SEAWIND sank in the port of Fortaleza, where it remains with no solution to the case. The ship was moored in the sheltered anchorage area of Mucuripe Port in Fortaleza, due to machine failures, labor issues and others problems since 2011. However, on June 27th, the water began to enter in the engine room through the bottom valve of the ship. Despite efforts to remove the water, the vessel sank the next day. The ship carried 4,000 tons of granite, 70 tons of IFO 100 bunker oil in its tanks and about 5 tons of oil in the ship's other facilities.”⁴

On October 06th, 2015, around 10:30 am, the NM HAIDAR tilted, submerging berthed to the quay while being loaded with livestock cargo (five thousand oxen), in the Port of Vila do Conde, municipality of Barcarena, in the Pará State, managed by the Docas do Pará Company (CDP). At that time, approximately 7,000 liters of MF380 marine oil were discharged; 90 tons of hay bales; 50 tons of rice bales and about 4,900 cattle perished in the waters of the port area, causing intense pollution that spread to the neighboring municipality of Abaetetuba. Currently, more than four year after the shipwreck, the aforesaid ship is still submerged in the Porto area, making livestock cargo exports difficult.⁵

³ HISTÓRIAS E LENDAS DE SANTOS - NAVIO SINISTRADO. Ais, ais... uma novela de 38 anos (6). (Disponível em: <http://www.novomilenio.inf.br/santos/h0080f.htm> Acesso em: 19DEZ2019).

⁴ Embaixadas da Bulgária e do Panamá poderão responder a processo por naufrágio no litoral [...] Notícia Completa: <https://tribunadoceara.com.br/noticias/cotidiano-2/embaixadas-da-bulgaria-e-do-panama-poderao-responder-a-processo-por-naufragio-no-litoral-cearense/> “The fact is that the company simply abandoned the vessel and the crew [...] Full Story: < <https://tribunadoceara.com.br/noticias/cotidiano-2/embaixadas-da-bulgaria-e-do-panama-poderao-responder-a-processo-por-naufragio-no-litoral-cearense/> Access on December 19, 2019.

⁵ Naufrágio de navio com 5 mil bois vivos em Barcarena completa um ano. Available at <<http://g1.globo.com/pa/para/noticia/2016/10/naufragio-de-navio-com-5-mil-bois-vivos-em-barcarena-completa-um-ano.html>>. Access on 30 August 2019.



Ships have a potential of pollution and creating hazards to the safety of navigation as well as to the marine environment. This fact demands strict application of the law, acts and general rules at sea, in Maritime Jurisdiction Waters.

Brazil is a country which has wide dimensions around 5.700.000 Km² solely in Brazilian waters. Moreover, with the auction of oil and gas at pre-salt area later 2019, the industry of petroleum will be returning its growing fast. It is possible to figure out the traffic of ships in the Brazilian waters will increase again and also the probability of a “Maritime Casualty” to come taking place.

2 NATIONAL LEGISLATION, SUSTAINABLE AND MARINE ENVIRONMENT PROTECTION.

2.1 Marine environment protection: duty and obligation all of society.

The Brazilian coast is very rich in fishing resources and thousands of people depend on the maritime waters as a livelihood. Likewise, Brazilian waters have an enormous diversity of marine biology such as: reefs, seaweeds, migratory routes of whales and all the areas of environmental protection. Thus, a ship that becomes a Wreck can represent a serious threat to the marine environment and the economic relation concerning fisheries activities when it is faced to a “Maritime Causality”. So, it is of the utmost importance to remove a Wreck in order to ensure safety of navigation even as to avoid damages to the marine environment and fishing resources.

The Brazilian Constitution of 1988 stressed in article 225 that: “All have the right to an ecologically balanced environment, which is an asset of common use and essential to a healthy quality of life, and both the Government and the community shall have the duty to defend and preserve it for present and future generations.”⁶ Thus, the Government and the community have a very important responsibility to maintain a sustainable marine environment. Indeed, the fact of WRC ratification reaffirms the position of Brazil in maintaining of safety of navigation and prevention of marine environmental.

⁶ BRAZIL. Câmara dos Deputados. Constituição da República Federativa do Brasil/1988, Available at: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaStfInternacional/portaStfSobreCorte_en_us/anexo/constituicao_ingles_3ed2010.pdf> Access on 19 March 2020.



2.2 Differentiated treatment to the marine environment

The Supreme Court of Brazil held that in the Brazilian Constitution there are not unconstitutional rules and, nevertheless, principles like protection of environment and economic development have to be in harmony. Thus, “the economic order, founded on the appreciation of the value of human work and on free enterprise, is intended to ensure everyone a life with dignity, in accordance with the dictates of social justice, with due regard for the following principles: [...] environment protection, which may include differentiated treatment in accordance with the environmental impact of goods and services and of their respective production and delivery processes.”⁷

In spite of Brazil does not have particularly sensitive sea areas identified in accordance with the revised Guidelines for the Identification and Description of Particularly Sensitive Sea Areas, adopted by the IMO by Resolution A.982 (24), as amended. It has however a lot of sensitive sea areas in the Domestic Law that may be taken into account.

2.3 Brazilian legal devices to carry out the wreck removal

The Law 7,542, of 26th September 1986 deals with Wreck Removal in Brazil. It “provides about the research, exploration, removal and demolition of property or things sunk, sunken, stranded and lost in under national jurisdiction waters, on the ground of navy and its increased and on marginal lands as a result of accident, dumping or misfortune at the sea, and gives other matters.”⁸ However, there are gaps in the aforesaid Law on loss for abandonment, in respect to marine insurance as well as on establishing penalties for owners who refuse to comply with the Brazilian Maritime Authority (Autoridade Marítima Brasileira - AMB) determinations, especially when faced with emergency situations.

Thus, considering the owner is failing in complain the requirements established by AMB the Law allows that Authority to remove, sink or take any acts to keep maritime safety, to prevent marine pollution or to guarantee the safety of life at sea.

⁷Article 170, VI of Brazilian Constitution/1988.

⁸ BRAZIL. Planalto. Law 7,542, 26 September 1986. Available at: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7542.htm> access on 19 March 2020.



The second legal rule to mention the removal of wrecks is Law 12,815 / 2013 (New Port's Law), which evidences in article 17, paragraph 1, item VII, that "it is attribution of the organized port, called port authority: (...) to promote the removal of vessels or hulls of vessels that may hinder the waterway to access the port". In other words, the Port Authority (Autoridade Portuária - AP) has the subsidiary burden of removing only vessels or hulls that may impair the access to the port. Thus, even if casualty occurs within the port area, but does not affect access to the port, the responsibility for providing safety navigation and pollution prevention belong the AMB, however the liability to removal of the wrecks keeps to the ownerships whose cases in some circumstances have no maritime insurance or financial security to remove their properties or goods.

Article 2º of Law 7,542/1986 combined with article 4º, VII of Law 9,537/1997 ensure to AMB attributions to establish rules about wreck removal in domestic law in order to deal with administrative matters in respect of marine environment protection. So, the Maritime Authority has drafted the NORMAM 10/DPC, which has as purpose to "establish standards and procedures for authorization of resource, removal, demolition or exploration of property belonging to third parties or the Union and the tourism underwater archaeological sites incorporated into the domain of the Union."⁹

Furthermore, it is important to note that the AMB has three powers given by Law 9,537/1997 which are to safeguard life at the sea, to ensure safety navigation and protection of marine environment by pollution of ships, platforms and its installation supplies. There are also other subsidiary functions. Therefore, the implementation of WRC would be carried out by AMB.

Notwithstanding, the Brazilian domestic law, through Law 9,605/1998, that regulates "Environment Crimes", has embodied a classification in article 54 that covers some situations like "Maritime Causality" and hence of a Wreck, especially when there are "pollution of any kind at levels that result or may result in damage to human health, or which cause the death of animals or significant destruction of flora", having as a consequence the occurrence pollution by release

⁹ BRAZIL. Diretoria de Portos e Costas. Norma da Autoridade Marítima 10/DPC, Available at: <https://www.marinha.mil.br/dpc/sites/www.marinha.mil.br.dpc/files/normam10_0.pdf> access on 19 March 2020.



of “solid, liquid or gaseous, or debris, oil or oily substances, in violation of the requirements established in laws or regulations.”. For all these reasons, the agents (master, owner, and so on) can be convicted to an imprisonment from one to five years.

Other important feature to take note is that some subject matters should be included into the Law 7,542/1986 because WRC contains some issues concerning the administrative, civil, maritime law and, *prima facie*, provides more powers to AMB such as loss of goods and materials and removal of wreck into Exclusive Economic Zone (EEZ) of “Affected State”.

In conclusion, it is possible to note and to have in mind that Brazil has a complete legislation on removal of wrecks and the internalization of International Convention on Removal of Wrecks (WRC) would be in perfect harmony to Brazilian domestic law as we can see along this paper.

2.4 International Commitments

Brazil has ratified important conventions concerning the environment protection, in view of the great importance that it has been given to these matters, for instance: Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment, 1972, United Nations Convention on the Law of the Sea, 1982 (UNCLOS)¹⁰, The Rio Declaration on Environment and Development (1992)¹¹ and many important conventions on marine protections, but in respect to limitation on liability Brazil has been keeping out of date holding Conventions like Brussels Convention of 25 August 1924 (limitation on liability of shipowners) and CLC/1969 (International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage, 1969).

3 WRECK: THREAT TO THE MARINE ENVIRONMENT AND NAVIGATION SAFETY.

3.1 What is Wreck?

The Nairobi International Convention on Removal of Wrecks (WRC) is a Convention drafted by the International Maritime Organization (IMO), adopted by a diplomatic conference

¹⁰BRAZIL. United Nations Convention on the Law of the Sea was adopted in 1982, Montego bay, ratified under Decree 99.165, 12 march 1990, published by Official Diary of Union on 13 march 1990.

¹¹BRAZIL. Rio Declaration on Environment and Development 1992, Ratified by Decree 2.519, 16 march 1998, published by Official Diary of Union on 17 march 1998.



held in Kenya, in 2007, and has the main aim the safe removal of wrecks to ensure safety of navigation and lives at sea, goods and property, as well as the protection of marine environment. Thus, WRC, in article 1 (2), states that Ship “means a seagoing vessel of any type whatsoever and includes hydrofoil boats, air-cushion vehicles, submersibles, floating craft and floating platforms, except when such platforms are on location engaged in the exploration, exploitation or production of seabed mineral resources.”

Wreck includes maritime casualties and it has as a result, pursuant article 1 (4): “a) a sunken or stranded ship; or (b) any part of a sunken or stranded ship, including any object that is or has been on board such a ship; or (c) any object that is lost at sea from a ship and that is stranded, sunken or adrift at sea; or (d) a ship that is about, or may reasonably be expected to sink or to strand, where effective measures to assist the ship or any property in danger are not already being taken.”¹²

3.2 When a ship becomes a wreck?

3.2.1 - Wreck in accordance to WRC

WRC is concerned with the risk to maritime navigation and the protection of environment. In that circumstance the owner shall be obliged to remove the wreck. In practice, two considerations: first, the owners Hull and Machinery and P&I cover the removal of wrecks in most of cases on strandings which results in a wreck. Second, according to Brazilian law, only ships that endanger the safety of navigation, the prevention of pollution and the safeguarding of human life at sea should be removed.¹³

The Brazilian Maritime Authority (Brazilian Navy) rules have stressed in item 0408, paragraph b - EMBARCAÇÕES ABANDONADAS (Abandoned Ships), NORMAM 08/DPC about wreck removal that:

¹² BRAZIL. Comissão Coordenadora dos Assuntos da Organização Marítima Internacional. **The Nairobi International Convention on the Removal of Wrecks adopted Nairobi**, adopted by a diplomatic conference held in Kenya in 2007, 18 May 2007. Available at: <https://www.ccaimo.mar.mil.br/sites/default/files/conv_wrc.pdf> Access on 10 March 2020.

¹³KEPPLERUS, Katarina, The Importance of Solving Legal Problems Regarding Wrecks – Risks Posed by Dangerous Wrecks in Swedish Waters, p. 11. Available at: <http://www.sjofartsverket.se/upload/vrakutredning/Bil.3.%20The%20importance%20of%20solving%20legal%20problems%20regarding%20wrecks_Katarina%20Kepplerus.pdf> access on 19 March 2020.



Initially, a survey for ascertaining the ownership of the ship and the owner or its operator among others shall be compelled to make their removal and / or demolition when he is known. If the owner expressly declares his resignation to the property or does not express an interest in making their removal and / or demolition, the goods will be considered lost and incorporated into the domain of the Union (Federal Government). In the event the ship came to be considered a risk to navigation, threat of harm to others or the environment, unless the owner meets the stipulations of the CP (Captaincy) / DL (Delegacy) / AG (Agency) which will require the Naval District instructions for solving the problem.¹⁴

In addition, in accordance with article 1 paragraph 4 of WRC, cited above, there is a new and broader concept of wreck than Brazilian legislation.

Moreover, the WRC does not apply to “war ships or other ship owned or operated by a State and used, for the time being, only on Government non-commercial service, unless that State decides otherwise.”¹⁵

4 WHY TO RATIFY WRECK REMOVAL CONVENTION

4.1 How is the Wreck Removal Convention in practice?¹⁶

Initially, the responsibility to remove a wreck belongs to the registered owner¹⁷. This involves prevention, mitigation or elimination of the hazard created. If the Affected State determines that a wreck constitutes a hazard in accordance with the criteria described by WRC¹⁸, that State shall immediately inform the Flag State and the registered owner¹⁹ and shall establish a reasonable deadline to the owner to remove the wreck²⁰. If the deadline was not attempted by the owner, the Affected State may remove the wreck at the registered owner’s expense.²¹ Then the

¹⁴ BRAZIL. Diretoria de Portos e Costas. Norma da Autoridade Marítima Brasileira Nº 08/DPC, Available at: < https://www.marinha.mil.br/dpc/sites/www.marinha.mil.br/dpc/files/NORMAM-08_DPCRev1Mod%2011.pdf> access on 10 March 2020.

¹⁵Article 4, paragraph 2.

¹⁶ Boer, Jan E. de, CMI Yearbook 2007-2008, **The Nairobi Perspective: Nairobi International Convention on the Removal of Wreck**, p. 336.

¹⁷ Article 9, paragraph 2.

¹⁸ Article 6.

¹⁹ Article 9, paragraph 1 (a).

²⁰ Article 9, paragraph 6 (a).

²¹ Article 9, paragraph 6 (b).



Affected State will carry out the measures reasonably necessary to remove such wreck, which poses a hazard and will cease to be, as soon as the wreck has been removed.²² Moreover, the State Party will determine that the owner gives full information to the Affected State²³ concerning the wreck. Afterwards, at the registered owner's expense, the Affected State will provide the location and marking.²⁴ Lastly, "nothing in this Convention shall affect the right of the registered owner to limit liability under any applicable national or international regime, such as the Convention on Limitation of Liability for Maritime Claims (LLMC), 1976, as amended."²⁵

Furthermore, Brazilian Law 7,542/1986 addresses the issues expressing:

Art 10. The Maritime Authority may undertake the operations of research, exploration, removal or demolition of the things or goods (properties) referred to in article 1 of this law, at the account and risk of the person in charge, if he has not provided or managed to carry out these operations within the established legal deadlines.

Art 11. The Maritime Authority shall determine that the person in charge, before initiating the requested or determined research, exploration, removal or demolition, of the things or goods (properties) referred to in art. 1 of this law immediately and preliminarily adopt measures to prevent, reduce or control the risks or damages to the safety of navigation, to third parties and to the environment.

§ 1 The determined measures must consist of:

I - in the maintenance, if possible, on board, or in a place close to the vessel the Commander or an Officer or a Crew member; and

II - in the demarcation or signaling of things or goods.

§ 2 In the absence of immediate compliance with such measures, or when it is impracticable or there is no time to summon the person in charge, the Maritime Authority may adopt measures at the account and risk of the person in charge.

4.2 Legal basis for State Party application of the Convention

First of all, the coastal states have sovereignty to apply their domestic law for removing the wreck that constitutes a hazardous to the environment and safety of navigation in accordance with article 2 of UNCLOS. However, the UNCLOS and Intervention Convention/1989 only make mention to the measures for avoiding damages to their coast line that may occur from maritime causality. Now, without to import in "exercise sovereignty or sovereign rights over any

²² Article 2, paragraph 3.

²³ Article 5.

²⁴ Article 10, paragraph 1.

²⁵ Article 10, paragraph 2.



part of the high seas”²⁶, the States can take actions to implement measures for the removal of any wreck that imply on hazards to the marine environment and safety of navigation.

4.3 Objectives and general principles

In accordance to article 2, the central idea is: to remove a wreck which poses a hazard in the Convention area, by State party, taking into account that the measures to do that should be proportional to the hazard and “such measures shall not go beyond what is reasonably necessary to remove a wreck which poses a hazard and shall cease as soon as the wreck has been removed”. However, the aforesaid measures should not “unnecessarily interfere with the rights and interests of other States.”

The second principle is co-operation that should be adopted for contracting parties before maritime casualty. In that point of view, there could exist bilateral agreements²⁷ to ensure the safety of navigation, preventing marine pollution as well as the investigation of casualty in order to facilitate all services accomplished in the matter. The co-operation should be one hand of double way.

The article 2 will give context to the other principles that are described in later articles in the convention. Reasonableness and proportional measures necessary to remove the hazard are important tenets and they apply to the owner, insurer and State. It is according to Brazilian law (article 5, *caput*, Law 7,542/1986).

4.4 Scope of Application

4.4.1 – Geographical Limits

According to article 3, paragraph 2, the geographical limits of article 1 (1) of the WRC, that involves the definition of “Convention area”, may be extended and also applied to the territorial and territorial sea of State Party when there are wrecks located within the Convention area, that means:

“Convention area” means the exclusive economic zone of a State Party, established in accordance with international law or, if a State Party has not established such a zone, an

²⁶ Article 2, paragraph 4.

²⁷ Find out in SOHN, Louis B. at All. Law of the Sea in a Nutshell. 2 ed. USA: West Publishing, 2010, p. 78-79.



area beyond and adjacent to the territorial sea of that State determined by that State in accordance with international law and extending not more than 200 nautical miles from the baselines from which the breadth of its territorial sea is measured.

Inter Alia, when a State Party opts to extend the geographical limits to the territorial and territorial sea in terms of article 3 (2) will be applied the exceptions of article 4 (4) to the territory, including the territorial sea. Article 3 (2) is known as the ‘opt-in clause’²⁸. On the other hand, WRC is a significant document to Brazil because covers all the Exclusive Economic Zone (EEZ), mainly, its continental shelf which has many shallow waters.²⁹

It is important to highlight that WRC does not have its own regime of limitation it takes into account the Convention on Limitation of Liability for Maritime Claims, 1976, LLMC/1976. Thus, the value of removal of wrecks in internal waters may be high and limitation of liability of registered owner may not be enough to carry out the services of aforesaid removal.

4.4.2 – Navigational and Environmental risks are added.

Article 1 (5) covers the risk of safety navigation and environment when lay down to the hazardous definition the threat of danger or impediment of navigation or harmful consequences to the marine environment. In this respect, the WRC complements the article 221 of UNCLOS taking into account the risk of safety navigation and environment.

In addition, Brazil has ratified the International Convention relating to Intervention on the High Seas in Cases of Oil Pollution Casualties, 1969, as amended, and International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage, 1969, as amended (CLC/69), for these reasons in accordance to articles 4 and 11, paragraph 1 (a), there are no possibilities of overlapping and conflict among WRC and the aforesaid Conventions, then will not be necessary to exclude clauses.

²⁸ Martínez Gutiérrez, N.A., *Limitation of Liability in International Conventions: The Relationship between Global Limitation Conventions and Particular Liability Regimes*, London and New York: Routledge Taylor & Francis Group, 2011, p. 171.

²⁹ For example the STELLAR BANNER (JUN/2020) case, a ship stranded around 20 miles of Brazilian coast in a sand bank.



4.4.3 – Platforms and objects drifting are included therein

Platforms are included in definition of ship. It is important to Brazil because its maritime zones encompass a great number of platforms³⁰ and now a compulsory insurance can cover a possible removal of wreck in EEZ taking into account there exist many hereof working in shallow waters. Moreover, special attention needs to be given to the “any object that is lost at sea from a ship and that is stranded, sunken or adrift at sea”³¹ that also can be dealt with removal of wreck.

4.5 Exclusions

Pursuant article 4, this Convention shall not apply:

a) Before Intervention Convention;

b) to any warship or other ship owned or operated by a State and used, for the time being, only on Government non-commercial service, unless Brazil wants to be bound by Convention when then will notify “the Secretary-General, thereof, specifying the terms and conditions of such application”.

c) If Brazil opts to apply the WRC in its territorial and territorial sea, it will be exempt for:

i) Article 2, paragraph 4;

ii) Article 9, paragraphs 1, 5, 7, 8, 9 and 10; and

iii) Article 15.

iv) In respect to the Article 9, paragraph 4, to attain the limitation therein.

4.6 Reporting Wrecks

Article 5 deals with “Reporting Wrecks”. It is a very important information that should be given after the accident in order to restrict the area for ensuring safety of navigation and to response a marine pollution damage avoiding overall other accidents. However, this report should

³⁰ Article 1, paragraph 2.

³¹ Article 1, paragraph 4



be made by the master or the operator of the ship only after the flag State authorizes. In this respect the WRC was not good, different from MARPOL and OPRC/90, that Brazil has ratified, whose report shall be made immediately after the accident to the coastal state affected. The report of wrecks shall contain, for instance: the precise location of the wreck, the type, size and construction of the wreck, the nature of the damage to, and the condition of, the wreck, etc.

Concerning marine pollution cases, the Law 9,966/2000 shows that:

Art. 22. Taking place any incident in organized ports, port facilities, pipelines, ships, platforms and their support facilities, which may cause water pollution under national jurisdiction, it must be **immediately reported** to the competent environmental agency, the Maritime Authority and the regulator of the oil industry, regardless of the measures taken to control it. (Underlined)

The communication should be realized in accordance to annex 2 of Decree 4,136/2002 specifying among other information: Identification of the ship or facility that originated the incident; Date and time of the first observation; Estimated date and time of the Incident; Geographical location of the incident. And also to implement the obligations asserted in article 11(1), II of Law 7,542/1986 is dealt with at item 0314 of NORMAM 17/DHN³².

4.7 Determination of hazard

Article 6 creates important criteria for the determination of the hazard that should be taken into account by the Affected State in order to grant more precision in the information, for example: the type, size and construction of the wreck, depth of the water in the area, tidal range and currents in the area, etc.

4.8 Locating wrecks

In accordance to article 7 of WRC, thereafter an accident Brazil has to report the nature and location of the wreck as a matter of urgency. This service has been made by the Navigational Radio-Warnings from Brazilian Navy and consists of "messages transmitted to vessels for the purpose of providing "urgent information" relevant to safe navigation, in compliance with the

³² BRAZIL. Diretoria de Hidrografia e Navegação. NORMAS DA AUTORIDADE MARÍTIMA PARA AUXÍLIOS À NAVEGAÇÃO NORMAM-17/DHN Available at: <<https://www.marinha.mil.br/dhn/sites/www.marinha.mil.br/dhn/files/normam/NORMAM-17%20%28REV.4%29.pdf>> Access on 20 March 2020.



provisions of Rule 4 of Chapter V of SOLAS(1974).” Chapter V of NORMAM 28/DHN³³ deals with important obligation of SOLAS Convention.

4.9 Marking of wrecks

In respect to the article 8, which deals with “Marking of wrecks”, the affected State should mark the Wreck with internationally accepted system of signals, including the marking in appropriate nautical publications. This service is also made by Brazilian Navy named "Warnings to Mariners" that are periodical publications issued in the form of leaflets, with the main purpose of providing mariners and general users with information destined to update nautical charts and publications in Brazil, according to the recommendations in Rule 9 of Chapter V of the International Convention for the Safety of Life at Sea (SOLAS/74).³⁴ Such subject matter is dealt with at item 0314 of NORMAM 17/DHN³⁵.

4.10 Measures to facilitate the removal of wrecks

Pursuant article 9 of WRC, the Affected State shall inform the State of registry of the ship and shall consult this State in regarding to the measures to be carried out to remove the wreck. This removal should be made with the expenses of the registered owner that shall provide to the competent authority (affected State), the evidence of insurance or other financial security. This article is very important because the dialogue is realized between the authorities of the involved States involved.

There is freedom of choice for the owner to contract any “salvor” but before the removal commences, the Affected State may lay down conditions for such removal only to the extent necessary to ensure that the removal proceeds in a manner that is consistent with considerations of safety of navigation and protection of the marine environment. However, the Affected State

³³ BRAZIL. Diretoria de Hidrografia e Navegação. NORMAS DA AUTORIDADE MARÍTIMA PARA NAVEGAÇÃO E CARTAS NÁUTICAS NORMAM 28 / DHN Available at: <https://www.marinha.mil.br/dhn/sites/www.marinha.mil.br/dhn/files/normam/normam_28.pdf> Access on 20 March 2020.

³⁴ Diretoria de Hidrografia e Navegação, *op. cit.*

³⁵ BRAZIL. Diretoria de Hidrografia e Navegação. NORMAS DA AUTORIDADE MARÍTIMA PARA AUXÍLIOS À NAVEGAÇÃO NORMAM-17/DHN Available at: <<https://www.marinha.mil.br/dhn/sites/www.marinha.mil.br/dhn/files/normam/NORMAM-17%20%28REV.4%29.pdf>> Access on 20 March 2020.



may intervene in the removal, in order to ensure safety and protection to the marine environment, to establish a deadline for the removal of the wreck or also the Affected State may remove the wreck making the owner pay for the expenses when such owner does not meet requirements on standards of maritime authority. Indeed, such requirements are established in article 5 of Law 7,542/1986, NORMAM 10/DPC and NORMAM 16/DPC.

The salvage master should present a plan as required by NORMAM as soon as possible, principally, when there are oil and other substances onboard such ship in the imminence to be spilled.

4.11 Owner Liability

The International Convention for the Unification of Certain Rules Relating to the Limitation of the Liability of Owners of Seagoing Vessels, 1924³⁶, was ratified by Brazil and it is the most important law enforced in this respect in Brazilian domestic law. It is important to highlight that this Convention set out the limit of liability of “the owner of a seagoing vessel is limited to an amount equal to the value of the vessel, the freight, and the accessories of the vessel, in respect of: [...] (5) Any obligation to remove the wreck of a sunken vessel, and any obligations connected therewith;”³⁷ in amount of that “shall not exceed an aggregate sum equal to 8 pounds sterling per ton of the vessel's tonnage.”³⁸

In our opinion, there is no reason to Brazil staying binded to 1924 Convention. The LLMC has a limit to WRC upper to 1924 Convention. So we understood that denunciation of mentioned convention of 1924 should be pursued.

In the Nairobi Convention, the liability of the owner is dealt with articles 7, 8, 9, 10 and 11. Article 5 should be included because the precise and immediate information concerning the wreck must be given with urgency. Some of these liabilities were dealt with item 4.1 of this paper and they are:

³⁶ BRAZIL. Planalto. International Convention for the Unification of Certain Rules Relating to the Limitation of the Liability of Owners of Seagoing Vessels, 1924, adopted in Brussels on 25 August 1924, Ratified by Brazil and enforced by Decree nº 350, of 1º October de 1935. Available at: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D350.htm> Access on 20 March 2020.

³⁷ International Convention for the Unification (...), *op cit*, article 1 paragraph 5.

³⁸ *Idem*, article 1, last paragraph.



- a) Reporting wrecks (article 5);
- b) Locating, marking and removing the wreck (article 7, 8 and 9);
- c) All duties and responsibilities established under the International Safety Management Code, as amended (article 1, paragraph 9); and
- d) Maintain insurance or other financial security (article 12, paragraph 1)

On the other hand, the owner will be exempted of liability if he proves that:

- a) Resulted from an act of war, hostilities, civil war, insurrection, or a natural phenomenon of an exceptional, inevitable and irresistible character;
- b) Was wholly caused by an act or omission done with intent to cause damage by a third party; or
- c) Was wholly caused by the negligence or other wrongful act of any Government or other authority responsible for the maintenance of lights or other navigational aids in the exercise of that function.

4.12 Exceptions to liability

The registered owner shall not be liable under this Convention for the costs mentioned in article 10, paragraph 1, if, and to the extent that, liability for such costs would be in conflict with other Conventions dealing with Liability (CLC/69 as amended, HNS/1996 as amended, etc.). The proposal to join the CLC/1992 by accession was forwarded to the Ministry of Foreign Affairs, according to the Navy Office, on 22 January of 2021.

In addition, the Salvage Convention is applicable to national law, and such law or convention shall apply to questions regarding the remuneration or compensation payable to salvors to the exclusion of the rules of WRC.

4.13 Compulsory Insurance or other financial security

According article 12 (1), the registered owner of a ship of 300 gross tonnage and above shall be required to maintain insurance or other financial security, such as a guarantee of a bank or similar institution, to cover liability under this Convention in an amount equal to the limits of liability under the applicable national or international limitation regime not exceeding the limits of article 6 (1) (b) of the LLMC/1976, as amended. “This provision, which has the effect of



limiting the insurer's liability, was introduced due to the fact that many States have exercised the right of reservation under the article 18 of LLMC Convention removing the right to limit in respect of wreck removal expenses. It was felt that, the Convention would require shipowners to maintain insurance for unknown amounts, and that it was unlikely that P&I Clubs would be able to provide such cover.”³⁹

It is important to highlight that “any claim for costs arising under this Convention may be brought directly against the insurer or other person providing financial security for the registered owner's liability.”

It is important to note that the compulsory insurance established in the WRC goes beyond normal insurance. P&I Clubs, mainly the members of the International Group, are the main insurers and in the context of the Convention as well as are responsible for issuing blue cards. In this respect, Claimants have a right of recourse directly to the insurer or security provider and they may file for suit against the provider in order to fulfill their obligation. In this regard, P&I have no defense. This is one of the great advantages of the Convention.

On the other hand, P&I that operate fixed premium insurance generally have several exception clauses, and, before a court, may get successful in their defense. In this sense, it is recommended that the IMO Circular Letter 3,364/2014 should be applied, in order to demand the documents contained in item 2 hereof.

Another important point is the fact that States Parties have an obligation in not permitting any ship entitled to fly its flag to operate without insurance or other financial security at any time unless a certificate has been issued under article 12, paragraphs 2 or 14.

4.14 Time limits

Article 13 of WRC states that in three years from the date of declaration of the wreck will prescribe the right to recover the costs spent to removal of aforesaid wreck and in six years where the maritime casualty consists a series of occurrences.

³⁹ Idem, p. 174.



4.15 Settlement of disputes

According to article 15, the States in dispute should look for a solution to this issue “in the first instance, through negotiation, enquiry, mediation, conciliation, arbitration,⁴⁰ judicial settlement, resort to regional agencies or arrangements or other peaceful means of their choice.”

If there is no judicial settlement in the lapse of a year, it will be applied Part XV of UNCLOS and the declaration made under paragraphs 3 and 4, of article 15 of WRC shall be deposited with the Secretary-General, who shall transmit copies thereof to the States Parties.

4.16 Entry into force

The Convention shall enter into force twelve months following the date on which ten States have ratified itself. Nonetheless, WRC entered enforce on 14/04/2015, it has 48 State Parties and 73.62 % World Tonnage.

5 CONCLUSIONS

Currently, as an example of wreck removal took place in Paranaguá State of Santa Catarina at the Terminal Catalina is the Vicuña Case. The ship a VLCC exploded when it was loading at the Terminal and sunk in the same place. The ship was removed by Britania P&I Club as well as all measures to response the oil spilled of that ship. The amount of all indemnity was around R\$ 95 millions (US\$ 19 millions in 22/03/2020).

Furthermore, it is important to address that although the WRC does not provide the State Part with additional powers to order removal of wrecks, it ensures that the shipowner must have adequate insurance to cover the cost of aforesaid removal. Indeed, such WRC obligation goes in the same way established by Brazilian domestic law requirements to ships calling at Brazilian ports in respect to have P&I coverage with a solid insurer such as a member of International Group of P&I or a bank financing at the same level.

⁴⁰ Find out in CAMACHO, Wellington Nogueira. **Direito da Arbitragem Marítima**. Rio de Janeiro: Progresso, 2019, p. 123-153.



Thus, in order to ensure an effective control of maritime zones in respect to the safety of navigation and the protection of marine environment mainly on removal of wrecks, there is no contrast between removal of wrecks convention and the Laws 7,542/1986; 9,537/1997 and NORMAM 08/DPC; NORMAM 10/DPC and NORMAM 16/DPC.

Brazil has been working widely to maintain the safety of navigation and protection of marine environment and has ratified important Conventions drafted by IMO.

6 BIBLIOGRAPHY

BOER, Jan E. de, CMI Yearbook 2007-2008, **The Nairobi Perspective: Nairobi International Convention on the Removal of Wreck**, p. 336.

BRAZIL. Câmara dos Deputados. Constituição da República Federativa do Brasil/1988, Available at: http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaStfInternacional/portaStfSobreCorte_en_us/anexo/constituicao_ingles_3ed2010.pdf Access on 19 March 2020.

_____. Câmara dos Deputados. United Nations Convention on the Law of the Sea was adopted in 1982, Montego bay, ratified under Decree 99.165, 12 march 1990, published by Official Diary of Union on 13 march 1990. Available at: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1990/decreto-99165-12-marco-1990-328535-publicacaooriginal-1-pe.html> Access on 20 March 2020.

_____. Câmara dos Deputados. Law 9.966, 28 April 2000, published by Union Official Diary on 29 April 2000. Available at: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=150248 Access: 23 March 2020.

_____. Comissão Coordenadora dos Assuntos da Organização Marítima Internacional. The Nairobi International Convention on the Removal of Wrecks adopted Nairobi, adopted by a diplomatic conference held in Kenya in 2007, 18 May 2007. Available at: https://www.ccaimo.mar.mil.br/sites/default/files/conv_wrc.pdf Access on 10 March 2020.

_____. Comissão Coordenadora dos Assuntos da Organização Marítima Internacional. International Convention on Oil Pollution Preparedness, Response And Co-Operation, 1990, Adoption: 30 November 1990; Entry into force: 13 May 1995. < <https://www.ccaimo.mar.mil.br/codigos-e-convencoes/convencoes/oprc> > 14 January 2020.

_____. Diretoria de Portos e Costas. Norma da Autoridade Marítima 10/DPC, Available at: https://www.marinha.mil.br/dpc/sites/www.marinha.mil.br.dpc/files/normam10_0.pdf access on 19 March 2020.

_____. Diretoria de Hidrografia e Navegação. NORMAS DA AUTORIDADE MARÍTIMA PARA AUXÍLIOS À NAVEGAÇÃO NORMAM-17/DHN Available at:



<<https://www.marinha.mil.br/dhn/sites/www.marinha.mil.br.dhn/files/normam/NORMAM-17%20%28REV.4%29.pdf>> Access on 20 March 2020.

_____. Diretoria de Hidrografia e Navegação. NORMAS DA AUTORIDADE MARÍTIMA PARA NAVEGAÇÃO E CARTAS NAÚTICAS NORMAM 28 / DHN Available at: <https://www.marinha.mil.br/dhn/sites/www.marinha.mil.br.dhn/files/normam/normam_28.pdf> Access on 20 March 2020.

_____. Ministério do Meio Ambiente. Rio Declaration on Environment and Development 1992, Ratified by Decree 2.519, 16 march 1998, published by Official Diary of Union on 17 march 1998. Available at: <https://www.mma.gov.br/estruturas/conabio/_arquivos/dec2519_98conabio.pdf> Access on 23 March 2020.

_____. Planalto. Law 7.542, 26 September 1986. Available at: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7542.htm> access on 19 March 2020.

_____. Planalto. International Convention for the Prevention of Pollution from Ships (MARPOL). Adoption: 1973 (Convention), 1978 (1978 Protocol), 1997 (Protocol - Annex VI); Entry into force: 2 October 1983 (Annexes I and II). Ratified by Brazil under Decree 1530, 22 June 1995.

_____. Planalto. International Convention for the Unification of Certain Rules Relating to the Limitation of the Liability of Owners of Seagoing Vessels, 1924, adopted in Brussels on 25 August 1924, Ratified by Brazil and enforced by Decree nº 350, of 1º October de 1935. Available at: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D350.htm> Access on 20 March 2020.

CAMACHO, Wellington Nogueira. **Direito da Arbitragem Marítima**. Rio de Janeiro: Progresso, 2019.

EUROPE COMMISSION. **Report on liability and compensation for financial damages sustained by places of refuge when accommodating a ship in need of assistance**. available at: <[https://www.europarl.europa.eu/registre/docs_autres_institutions/commission_europeenne/com/2012/0715/COM_COM\(2012\)0715_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/registre/docs_autres_institutions/commission_europeenne/com/2012/0715/COM_COM(2012)0715_EN.pdf)> Access on March 22, 2020.

MARTÍNEZ Gutiérrez, N.A., **Limitation of Liability in International Conventions: The Relationship between Global Limitation Conventions and Particular Liability Regimes**, London and New York: Routledge Taylor & Francis Group, 2011.

KEPPLERUS, Katarina, **The Importance of Solving Legal Problems Regarding Wrecks - Risks Posed by Dangerous Wrecks in Swedish Waters**, http://www.sjofartsverket.se/upload/vrakutredning/Bil.3.%20The%20importance%20of%20solving%20legal%20problems%20regarding%20wrecks_Katarina%20Kepplerus.pdf 15 Dezember 2019.

SOHN, Louis B. at All. **Law of the Sea in a Nutshell**. 2 ed. USA: West Publishing, 2010, p. 78-79.



EFEITOS ECONÔMICOS DAS REGULAMENTAÇÕES AMBIENTAIS INTERNACIONAIS NO TRANSPORTE COMERCIAL MARÍTIMO

ECONOMIC EFFECTS OF INTERNATIONAL ENVIRONMENTAL REGULATION ON MARITIME COMMERCIAL TRANSPORT

Alexandre Zaporoszenko Cavazzani¹
Everton das Neves Gonçalves²

RESUMO: O presente artigo tem como cerne o estudo dos efeitos econômicos oriundos de compromissos ambientais internacionais para o setor regulado de transporte marítimo. A razão disso é que esse modal é o mais utilizado mundialmente, correspondendo a 90% do transporte de mercadorias, bem como é o menos poluente. Apesar disso, quantitativamente contribui, em muito, para a poluição ambiental. Dessa forma, seguindo os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da Agenda 2030 da ONU, busca-se estudar como o controle normativo ambiental afeta a economia desse setor. A Escola da *Law and Economics* é trazida como marco teórico para o embasamento da relação entre o Direito Regulatório Ambiental e a prática econômica internacional referente ao transporte comercial marítimo, bem como, o Princípio da Eficiência Econômico-Social, unindo-se à análise de convenções e à Iniciativa OMI 2020, para indicar possíveis efeitos econômicos quando da tomada de decisões. A metodologia contempla a análise legal de textos normativos internacionais, análise qualitativa e quantitativa sobre dados econômicos demonstrados em gráficos, bem como o método dedutivo, a fim de concluir, com

¹ Graduado em Relações Internacionais pela Universidade Taras Shevchenko - Kiev, Ucrânia (2011). Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (2020). Atuou como Analista Político na Embaixada do Brasil em Kyiv, Ucrânia. Tem experiência na área de Ciência Política, com ênfase em Política Internacional. Estudante das áreas de Direito Internacional Público e Privado. Atualmente pesquisador CAPES vinculado ao PPGD/UFSC em Direito Internacional, Econômico e Comércio Sustentável. Área de pesquisa: Direito Internacional Privado, Direito Ambiental, Direito Marítimo e Direito Contratual.

² Professor Titular da UFSC, Florianópolis/SC (Brasil). Doutor em Direito Econômico (UFMG/MG); *Doctor en Derecho Internacional Económico por la Universidad de Buenos Aires* (UBA/ Bs. As.) Argentina; Mestre em Direito (UFSC/SC); Especialista em Comércio Exterior e Integração Econômica no MERCOSUL (FURG/RS); Especialista em Administração Universitária (FURG/RS); Professor credenciado no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD/UFSC); Coordenador do Centro de Estudos Jurídico-Econômicos e de Gestão para o Desenvolvimento (CEJEGD).



base no que é estudado, como o jurídico afeta a economia no âmbito da regulação internacional do transporte comercial marítimo, auxiliando os agentes desse setor na tomada de decisões.

PALAVRAS-CHAVE: Direito ambiental internacional. Transporte marítimo. Regulamentos OMI. *Law and Economics*.

ABSTRACT: This article aims at studying the economic effects arising from international environmental commitments for the regulation of the maritime transport sector. The reason for this is that this modal is the most used worldwide, corresponding to 90% of the freight transport, as well as being the least polluting one. Despite that, it quantitatively contributes to environmental pollution. Thus, following the Sustainable Development Goals of the UN Agenda 2030, we seek to study how environmental regulatory control affects the economy of this sector. The Law and Economics School is mentioned as a theoretical framework to support the relationship between Environmental Regulatory Law and international economic praxis related to commercial maritime transport, as well as the Principle of Economic-Social Efficiency, joining the analysis of conventions and the IMO 2020 Initiative, to indicate possible economic effects when making decisions. The methodology includes the legal analysis of international normative texts, qualitative and quantitative analysis on economic data shown in graphs, as well as deductive method, in order to conclude, based on what is studied, how Law affects the Economy within the scope of the regulation of international commercial maritime transport, helping agents from this sector in the decision-making process.

KEYWORDS: International environmental law. Maritime transport. IMO regulations. *Law and Economics*.

1 INTRODUÇÃO

Para que se destaquem as possibilidades de apreciação jurídico-econômica da intervenção da Legislação Regulatória Internacional sob enfoque jurídico-econômico, necessária faz-se a abordagem de especificidades quanto aos aspectos comerciais e econômicos do transporte marítimo e o desenvolvimento sustentável em nível mundial.



Com a globalização, a troca de mercadorias entre os países dinamizou-se e o modal mais recorrido, portanto, acaba sendo o transporte marítimo. É assim que se constata, a partir dos dados que a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) apresenta, segundo a qual, o transporte marítimo corresponde a 90% de todas as trocas de mercadorias no mundo, sendo que há a tendência para que essa demanda triplique até 2050.³ Nessa mesma visão, compartilha do mesmo pensamento de importância do transporte marítimo, a Organização Marítima Internacional (OMI), segundo a qual esse modal é fundamental para o crescimento e propagação da prosperidade pelo mundo, cumprindo com as críticas sociais e funções econômicas ao gerar comércio e emprego. Assim, o transporte marítimo é modal indispensável para o futuro da economia sustentável, porquanto é o meio menos poluente que existe.⁴ Mesmo o ex-Secretário Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) Ban Ki Moon já se pronunciou a respeito do comércio marítimo, enfatizando, em suas palavras, que é “A coluna dorsal do comércio global e da economia global”. Ainda segundo ele, “Todo o mundo se beneficia com o transporte marítimo, mas poucos percebem isso”, e “como a população mundial continua a crescer, particularmente em países em desenvolvimento, custos baixos e transporte marítimo eficiente têm uma função essencial ao crescimento e desenvolvimento sustentável”⁵ No interesse dos países em desenvolvimento, com o fim de os integrar à economia global, a Conferência das Nações Unidas sobre o Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD), igualmente se posicionou a respeito desse transporte, ressaltando que este é o elemento chave que mantém a economia mundial unida.⁶ Diante disso, destaca-se a altíssima importância, muitas vezes quase despercebida pela população e governos quanto ao transporte marítimo.

³ OCDE. **Ocean shipping and shipbuilding**. Disponível em: <https://www.oecd.org/ocean/topics/ocean-shipping/>. Acesso em: 09/03/2021.

⁴ OMI. **A concept of a Sustainable Maritime Transportation System**. [S.l.] [2013] Disponível em: <http://www.imo.org/en/MediaCentre/HotTopics/SMD/Pages/default.aspx>. Acesso em 22 set. 2020

⁵ ONU. **Maritime transport is ‘Backbone of Global Trade and the Global Economy’, Says Secretary-General in Message for International Day**. [S.l.] 2016. Disponível em: <https://www.un.org/press/en/2016/sgsm18129.doc.htm>. Acesso em 09/03/2021.

⁶ UNCTAD. **Sustainable freight transport in support of the 2030 Agenda for Sustainable Development Role of international shipping**. Geneva, nov. 2018. Disponível em: https://unctad.org/meetings/en/Presentation/MyEM6th_day01ppt_Benamara_en.pdf. Acesso em: 09/03/2021.



Com base nessa relevância, e considerando que o transporte marítimo, com sua frota de cerca de 95,5 mil navios (de diversos tipos e tamanhos)⁷, a qual, sozinha, emite cerca de 3% dos gases de efeito estufa no mundo⁸, medidas internacionais vêm sendo implementadas no âmbito das Organizações Internacionais (OI), como a OMI, para a preservação do meio ambiente e a busca do desenvolvimento sustentável global. Essa preocupação, inclusive, alinha-se aos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS) da Agenda 2030 da ONU nº. 7, 13 e 14, segundos os quais deve-se efetivar a utilização de energias limpas e acessíveis, bem como, buscar agir contra as mudanças climáticas globais e proteger a vida aquática.⁹

Assim, a principal OI para o transporte marítimo é a OMI. Criada em 1948 sob a égide da ONU, funcionando como agência especializada, tem os propósitos de promover mecanismos de cooperação, segurança marítima e prevenção da poluição e a remoção dos óbices ao tráfego marítimo. Hoje conta com 169 Estados membros, além de mais três associados.¹⁰

Nesse sentido, a OMI desenvolveu sistema de transporte marítimo sustentável que inclui conjunto de metas e ações a serem tomadas nesse setor, como: cultura de segurança e gerenciamento ambiental; educação e treinamento em profissões marítimas, suporte a marinheiros; eficiência energética; abastecimento de energia para navios; suporte ao tráfego marítimo e sistemas de apoio; segurança marítima; cooperação técnica; novas tecnologias e inovações; finanças, responsabilidade e mecanismos de seguro e governança oceânica dentre outras.¹¹ Nessas medidas, destacam-se aquelas mais atinentes à preservação do meio marinho, como a cultura de segurança e gerenciamento ambiental, a eficiência energética, a segurança marítima, as novas tecnologias e inovações e a governança oceânica. Todas elas, como se denota, são meios para fundamentar um transporte marítimo eficiente e ambientalmente seguro.

⁷ UNCTAD. **Review of maritime transport**. [S.l.] 2020. P. 29. Disponível em: https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/rmt2019_en.pdf. Acesso em: 09/03/2021.

⁸ COMISSÃO EUROPEIA. **Comission publishes information on CO2 emissions from maritime transport**. Jul. 2019. Disponível em: https://ec.europa.eu/clima/news/commission-publishes-information-co2-emissions-maritime-transport_en. Acesso em: 09/03/2021.

⁹ ONU BRASIL. **Os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável no Brasil**. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs>. Acesso em: 09/03/2021.

¹⁰ OMI. **Brief history about IMO**. [S.l.] [2020?] Disponível em: <https://www.imo.org/en/About/HistoryOfIMO/Pages/Default.aspx>. Acesso em: 09/03/2021.

¹¹ OMI. **A concept of a Sustainable Maritime Transportation System**. [S.l.] [2013] Disponível em: <http://www.imo.org/en/MediaCentre/HotTopics/SMD/Pages/default.aspx>. Acesso em: 09/03/2021.



Propõe-se, então verificar os efeitos econômicos oriundos de compromissos ambientais internacionais para o setor regulado de transporte marítimo que se apresenta indelevelmente regulado no âmbito internacional. Para tanto, socorre-se do Princípio da Eficiência Econômico-Social (PEES)¹² e das Escolas de pensamento da *Law and Economics*, mormente de tradição Posneriana, como marco teórico para o embasamento da relação entre o Direito Regulatório Ambiental e a prática econômica internacional referente ao transporte comercial marítimo.

2 A LAW AND ECONOMICS E A REGULAMENTAÇÃO DO TRANSPORTE MARÍTIMO INTERNACIONAL

Nessa linha de busca pelo desenvolvimento sustentável no transporte marítimo, percebe-se a importância que as medidas normativas possuem para que os agentes envolvidos nesse setor cumpram com as obrigações ambientais internacionalmente assumidas. Essas medidas, entretanto, não são desprovidas de consequências econômicas, de modo que se faz necessário analisar brevemente as noções que a Escola *Law and Economics* (LaE) traz como aporte teórico, bem como avaliar a tomada de decisão dos Estados considerando o Princípio da Eficiência Econômico-Social (PEES).

Conforme se abstrai das explicações de Gonçalves, a LaE reconstrói o Direito seguindo a racionalidade econômica, de forma interdisciplinar, de forma a elucidar consequências econômicas provocadas pela introdução de uma norma no ordenamento jurídico e trata pois, de “[...] movimento acadêmico que intenta a análise do Direito [...] através do discurso econômico”.¹³ O principal pensador dessa corrente é considerado Richard Allen Posner, que define a interação do Direito e da Economia como “[...] conjunto de estudos econômicos que se

¹² GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. Princípio da Eficiência Econômico-Social no Direito Brasileiro: a tomada de decisão normativo-judicial. In **Sequência**. Florianópolis (SC), v. 35, n. 68, 261-290, jun. 2014. ISSN 2177-7055. Doi: <http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2013v35n68p261>. Disponível em <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2013v35n68p261>. Acesso em 09/03/2021.

¹³ GONÇALVES, Everton das Neves. **A teoria de Posner e sua aplicabilidade à ordem constitucional econômica brasileira de 1988**. Dissertação de Mestrado. UFSC. Florianópolis, 1997. Pp. 93 e 110. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/106450>. Acesso em 09/03/2021.



fixam em um conhecimento detalhado de alguma área do Direito.”¹⁴. Segundo o jurista, a LaE pode ser capaz de indicar o “caminho” para reformas legais mais desejáveis do ponto de vista econômico.¹⁵ Isso, inclusive, sob o ângulo de apreciação de Coase, em quem Posner se embasou, argumentando que a sociedade deve ponderar entre o prejuízo causado por uma externalidade negativa e um prejuízo causado por eventual conduta do Governo que proíba ou restrinja a atividade que gera essa externalidade, evitando danos mais sérios.¹⁶

Nesse enfoque, o que se observa é que a LaE vem para criar efetivo amálgama entre Economia e Direito, analisando criteriosamente, tanto a criação do Direito, bem como as decisões judiciais, a fim de determinar seus impactos econômicos, buscando, com isso, potencializar ou mitigar os possíveis prejuízos sociais desses feitos jurídicos. É assim, pois, que se persegue o Princípio da Eficiência Econômico-Social, ao se observar que o Estado e, mesmo as OI podem, intervindo através de seus agentes, seja ao normatizar ou ao julgar, alterar as condições de mercado e buscar a responsabilização social, no caso, de agentes marítimos, incluindo, em seus cálculos econométricos para tomada de decisão, eventuais condicionamentos normativos próprios para a defesa ambiental.¹⁷

Diante do exposto, constata-se que as regras internacionais de desenvolvimento sustentável para o transporte marítimo também devem ser analisadas pelo viés “posneriano” da *Law and Economics* e sob o PEES, de forma a determinar quais são seus possíveis efeitos na economia como um todo. Para tanto, passa-se à análise individualizada de alguns dos principais instrumentos normativos internacionais atinentes à navegação sustentável para, ao fim, sumariarem-se as principais e possíveis consequências econômicas deles advindas.

¹⁴ GONÇALVES, Everton das Neves. **A teoria de Posner e sua aplicabilidade à ordem constitucional econômica brasileira de 1988**. Dissertação de Mestrado. UFSC. Florianópolis, 1997. P. 113.

¹⁵ POSNER. Intellectual property: the Law and Economics approach. In *Journal of Economic Perspectives*. Vol. 19, n. 2, pp. 57-73, 2005. P. 62.

¹⁶ COHEN, George M. **Posnerian jurisprudence and economic analysis of law: the view from the bench**. In *University of Pennsylvania Review*. Vol. 133. Pp. 1117-1166, 1985. P. 1122. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/190885473.pdf>. Acesso em: 09/03/2021.

¹⁷ GONÇALVES, E. N. Efeitos econômicos de políticas licitatórias e empreededorismo socialmente responsável. In **Economic Analysis of Law Review**. V. 4, n. 1, pp. 56-78. Jan-jun, 2013. P. 58. Disponível em <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/4%20EALR%2056>. Acesso em 09/03/2021.



3 CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DIREITO DO MAR (UNCLOS/1982)

A Convenção das Nações Unidas para o Direito do Mar (ou Convenção de Montego Bay ou, ainda, em inglês, United Nations Convention for the Law of the Sea - UNCLOS) de 1982, em vigor desde 1994, conta com a ratificação da maioria dos países: 157 signatários e 168 Estados Partes¹⁸.

De acordo com Menezes, a Convenção proporciona necessário detalhamento do uso e administração dos escassos recursos do espaço oceânico. Assim, segundo o jurista:

Fornece regras para a proteção e preservação do ambiente marinho, para a pesquisa científica, para o desenvolvimento e transferência da tecnologia marinha para a exploração dos recursos do oceano e de seu subsolo, delimitando os limites da jurisdição nacional para cada matéria; também consolidou princípios costumeiros que devem ser observados pelos Estados na utilização conjunta dos espaços marítimos [...]¹⁹

Essa é, portanto, a Convenção que pacifica a utilização dos mares, criando mecanismos de uso comum desse espaço, sem excluir os Estados, considerando, ainda, que tem o objetivo de promover a distribuição equilibrada dos recursos, considerando os países menos desenvolvidos, inclusive os sem litoral. Promove o uso econômico de forma sustentável no contexto do Direito Internacional Ambiental e prevê as necessidades dos povos e interesse particulares, equilibrando o uso do mar.²⁰

Sob a crítica analítica da LaE, pode-se constatar, dedutivamente, que regulamentações ambientais trazidas pela Convenção também podem ter impactos econômicos. É o caso, por exemplo, do estabelecimento das Zonas Econômicas Exclusivas, que são alongamentos do território marítimo do Estado costeiro, sobre o qual tem direitos e jurisdição em determinadas matérias, destacadamente o direito soberano de explorar o meio marinho. Observa-se que o Estado tem um ganho econômico com essa Norma Internacional (UNCLOS) em seus artigos 55 e 56, já que, se não fossem estipulados, o território dos Estados e seus recursos economicamente

¹⁸ ONU (Site do tratado). **United Nations Convention on the Law of the Sea**. Montego Bay, 10 dec. 1982. Disponível em: https://treaties.un.org/pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXI-6&chapter=21&Temp=mtdsg3&clang=_en. Acesso em: 09/03/2021.

¹⁹ MENEZES, Wagner. **O Direito do Mar**. Brasília: FUNAG, 2015. P. 34.

²⁰ MENEZES, Wagner. **O Direito do Mar**. Brasília: FUNAG, 2015. P. 42 e 43.



exploráveis estariam reduzidos. Em adição, cita-se o exemplo do art. 196, que determina, com o verbo “dever”, que os Estados tomem as seguintes medidas:

[...]medidas necessárias para prevenir, reduzir e controlar a poluição do meio marinho resultante da utilização de tecnologias sob sua jurisdição ou controle, ou a introdução intencional ou acidental num setor determinado do meio marinho de espécies estranhas ou novas que nele possam provocar mudanças importantes ou prejudiciais.

Dessa forma, a Convenção determina, por meio de uma normatividade, que os Estados hajam no sentido de evitarem danos ambientais marinhos, o que engendra gastos com aplicação de tecnologias, gerando impactos econômicos tanto para os agentes privados envolvidos no dano ambiental quanto para os Estados, que acabam arcando com diversos prejuízos diretos e colaterais oriundos do fato poluente.

É com isso, pois, que se preocupa a teoria da LaE aplicada para a regulação do meio marítimo: o estudo dos possíveis efeitos econômico-jurídicos (consequencialismo) de uma norma regulando a conduta de agentes públicos e privados, bem como, os reflexos para a sociedade como um todo e para a condução da economia.

Ao se regular o uso e administração dos mares, está-se, em verdade, a redistribuir risco e riquezas de forma a não se incorrer no que se conhece como tragédia dos comuns²¹. Certamente, a regulação do uso dos mares leva à sua exploração racional em detrimento de possível uso predatório eventualmente ocasionado no que seria “terra (mar) de ninguém”.

4 A CONVENÇÃO INTERNACIONAL PARA A PREVENÇÃO DA POLUIÇÃO POR NAVIOS (MARPOL,73/78)

A MARPOL, 73/78 (Convenção Internacional para a Prevenção da Poluição por Navios), é a principal Convenção para prevenir a poluição por navios por causas operacionais ou

²¹ LLOYD, William Forster. **Two Lectures on the Checks to Population**. In Oxford, Inglaterra: Oxford University Press, 1833 e HARDIN, Garrett. *The Tragedy of the Commons*. In *Science*, vol. 162, Nº. 3859. (13 de dezembro de 1968), pp. 1243-1248.



acidentais.²² A MARPOL foi adotada em 1973, entretanto, pela demora na ratificação, foi emendada por Protocolo de 1978, que incorporou as normas de 1973, e seu propósito é estabelecer regras para eliminar completamente a poluição intencional do meio marinho por óleo e outras substâncias danosas oriundas de navios, além de minimizar a descarga acidental dessas substâncias no meio ambiente.²³

Conforme ressalta Mendes, as principais regras da Convenção são: a realização de vistorias contínuas nos navios, limitação de descarga de óleo ou misturas oleosas no mar, exigência de Estados para que instalem equipamentos e meios de recebimentos de descarga de resíduos de óleo e misturas oleosas em portos e terminais, exigência de livro de registro de óleo, delimitação de procedimentos de embalagem, demarcação, etiquetagem, documentação necessária e estivagem de substâncias prejudiciais transportadas por mar na forma de embalagens.²⁴

A Convenção ainda conta com seis anexos, sendo mais destacados para a proteção do meio ambiente o Anexo I, sobre medidas de prevenção de poluição por óleo oriunda de operações ou descargas acidentais, e o Anexo VI, sobre Prevenção sobre Poluição Aérea por Navios, em vigor desde 2005, sobre medidas a serem adotadas para reduzir a emissão de gases de efeito estufa, que é mais destacável nos dias atuais, por fornecer bases para a Iniciativa OMI 2020 explicada adiante.

Desse modo, consoante o que se observa, essas normas da Convenção, ao buscarem o desenvolvimento sustentável e definirem medidas a serem tomadas pelos agentes econômicos privados e públicos em suas embarcações; bem como, pelos agentes em nome de seus Estados, acabam gerando gastos (custos operacionais e, mesmo, custos de transação) com tecnologias, operações, trabalho, etc. aumentando os custos das empresas, deslocando, portanto, a Curva de Oferta para cima e esquerda, o que será exposto em seguida com análise gráfica.

²² OMI. MARPOL. **Conferences**. [S.l.] [2020?]. Disponível em: http://www.imo.org/en/KnowledgeCentre/ReferencesAndArchives/IMO_Conferences_and_Meetings/MARPOL/Pages/default.aspx. Acesso em: 09/03/2021.

²³ MARINHA DO BRASIL. **MARPOL**. CCA-IMO. [S.l.] [201?]. Disponível em: <https://www.ccaimo.mar.mil.br/ccaimo/marpol>. Acesso em: 09/03/2021.

²⁴ VIANNA, Godofredo Mendes. **Direito marítimo**. Vol. 1. Graduação 2016.2. p. 60.



5 AS CONVENÇÕES INTERNACIONAIS SOBRE RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS CAUSADOS POR POLUIÇÃO POR ÓLEO DE 1969 E 1992 E OS FUNDOS DE COMPENSAÇÃO

Outro instrumento de grande importância para a prevenção da poluição marinha e que apresenta fortes efeitos econômicos aos agentes envolvidos é a Convenção Internacional sobre Responsabilidade Civil por Danos Causados por Poluição por Óleo de 1969 (CLC, 69), em vigor desde 1975 e atualizada por Protocolo em 1992, em vigor desde 1996, ambas valendo, uma vez que há países que permaneceram apenas com a ratificação da CLC, 69. Conforme disponibilizado pela Marinha Brasileira, a Convenção em questão cria mecanismos para garantir compensação adequada e acessível às vítimas da poluição por óleo, de forma que os valores sejam limitados conforme a tonelagem do navio poluidor.²⁵

Além da Convenção de 1969, foi criada norma referente ao Fundo Internacional para Compensação por Danos Causados por Poluição por Óleo de 1971. Enquanto Aquela responsabiliza o proprietário do navio, Esta, refere-se ao Fundo formado pelos importadores dos países contratantes. Como ambas não contemplavam suficientemente os valores necessários para compensar as vítimas do dano ambiental, foram ratificados os Protocolos de 1992²⁶.

O primeiro (CLC, 92) aumentou o limite de indenização da CLC de 1969,²⁷ além de ter definido que dano por poluição é toda perda ou dano causado por contaminação resultante do escape ou descarga de óleo de navios, bem como custos de medidas preventivas e despesas ou danos causados pelas medidas preventivas. Ademais passou-se a exigir que navios com mais de 2.000 toneladas de óleo transportado contratem seguro ou garantias financeiras, no total que se estipularia de indenização conforme a tonelagem do navio.²⁸

O segundo (Fundo 1992), além de aumentar as toneladas do navio, que são parâmetros para os valores de contribuição, estabeleceu a compensação para vítimas do dano que não conseguiram a compensação adequada ou por não ter havido responsabilização pela CLC, 92, ou

²⁵ MARINHA DO BRASIL. **MARPOL**. CCA-IMO. [S.l] [201?]. Disponível em: <https://www.ccaimo.mar.mil.br/ccaimo/cl>. Acesso em: 09/03/2021.

²⁶ Nesse sentido, ver in YOSHIFUMI, Tanaka. **The international law of the sea**. New York: Cambridge U. Press, 2012. p. 292

²⁷ Consultar a CLC de 1992 para maiores detalhes.

²⁸ YOSHIFUMI, Tanaka. **The international law of the sea**. New York: Cambridge U. Press, 2012. P. 293



por incapacidade financeira do proprietário do navio, ou pelo fato de o dano exceder a quantidade indenizada pelo proprietário do navio.²⁹

Por último, em 2003, foi assinado o Protocolo adicional que criou um Fundo Suplementar aos mecanismos já existentes. O Fundo Suplementar de 2003 complementa aquilo que a CLC, 92 e o Fundo, 92 não puderam cobrir como compensação.³⁰

Nessa linha de exposição, verifica-se que a CLC, 69/92 e os Fundos de Compensação de 1971, 1992 e 2003 são normas internacionais, ratificadas pelos Estados que contemplam a responsabilização por danos ambientais causados por poluição de óleo. Essas normas têm efeito direto na economia, uma vez que exigem, do proprietário do navio ou dos importadores qualificados, que se responsabilizem por esses danos e compensem as vítimas. Não só isso, mas também essa normatização internacional exige, como visto, a contratação de seguro ou garantias financeiras por determinados navios.

Pode-se deduzir do caso que todas essas regras internacionais do transporte marítimo atinentes à compensação geram custos transacionais para os agentes envolvidos. Esses custos impactam diretamente os valores dos fretes, das cargas, alterando a posição da Curva de Oferta Internacional de Óleo.

6 INICIATIVA DA ORGANIZAÇÃO MARÍTIMA INTERNACIONAL 2020

O último mecanismo normativo que ora se analisa e, certamente, extremamente importante em termos de impactos sensíveis na economia global, principalmente, no presente, é a Iniciativa da OMI 2020.

De acordo com a própria OMI, a iniciativa é instrumento que vem ao encontro do desenvolvimento sustentável, na medida em que prevê a redução dos gases nocivos de óxidos de sulfúreo (SOx) em todos os navios, a partir de 1º de janeiro de 2020. Com isso, pretende-se diminuir consideravelmente a quantidade de sulfúreos nos combustíveis navais de 3,5% para 0,5%, o que equivalerá a 77% de queda de emissões de SOx emitidos ou, anualmente, redução de 8,5 milhões de toneladas métricas de SOx na atmosfera, beneficiando o meio ambiente e a saúde

²⁹ YOSHIFUMI, Tanaka. **The international law of the sea**. New York: Cambridge U. Press, 2012. P. 294

³⁰ YOSHIFUMI, Tanaka. **The international law of the sea**. New York: Cambridge U. Press, 2012. P. 295



humana, sem comprometer o desenvolvimento econômico do comércio.³¹ Em termos químicos, é importante ressaltar, para compreender a explicação dos impactos econômicos no mercado consumidor apresentada adiante, que o combustível usado antes da Iniciativa era o sulfúreo, aquele que restava, por fim, após as refinarias terem produzido todos os outros de melhor qualidade como gasolina e diesel, sobrando, ao final do processo de craqueamento, líquido pesado e viscoso.³²

Essa iniciativa tem caráter mandatório para os signatários da MARPOL 73/78 que ratificaram o Anexo VI sobre Prevenção de Poluição do Ar. Analisando-se o documento disponível no site da própria Organização, observa-se que os signatários são cerca de 100 países, ou 50% de todos. Em que pese parecer insuficiente, na verdade, atinge grandes frotas navais comerciantes, uma vez que os principais Estados, envolvidos no comércio marítimo mundial, ratificaram o Anexo VI, devendo seguir a Iniciativa IMO 2020, como Estados Unidos da América, França, Holanda, Filipinas, China, Singapura, Grécia, inclusive, o Brasil.³³

Os efeitos econômicos Dessa Medida Normativa podem ser sentidos diretamente no mercado internacional, inclusive pelo consumidor; isso, porque, a iniciativa altera o mercado de oferta de combustíveis. Conforme a OMI vem ressaltando em seus relatórios, a medida necessitou de amplo preparo, anos antes, para adequar o setor mercante mundo à fora:

A OMI emitiu uma série de diretrizes para auxiliar o setor de transporte marítimo e seus Estados Membros a se prepararem, incluindo orientação para o planejamento de implementação de navios (apontando para matérias, como gerenciamento de risco para novos combustíveis e limpeza de tanques) e diretrizes para os Estados portuários sobre controle.³⁴

³¹ OMI. **Global limit on sulphur in ships' fuel oil reduced from 01 January 2020**. Disponível em: [https://www.imo.org/en/MediaCentre/PressBriefings/Pages/34-IMO-2020-sulphur-limit-.aspx#:~:text=from%203.50%25\).-](https://www.imo.org/en/MediaCentre/PressBriefings/Pages/34-IMO-2020-sulphur-limit-.aspx#:~:text=from%203.50%25).-)

,Known%20as%20IMO%202020%22%2C%20the%20reduced%20limit%20is%20mandatory,million%20metri%20tonnes%20of%20SOx. Acesso em: 09/03/2021.

³² PACIFIC GREEN. **Economic impacts of IMO 2020: what it means for consumers**. [S.l.] 2020. Disponível em: <http://bit.ly/Econ-impacts-IMO2020>. Acesso em: 09/03/2021.

³³ OMI. **Status of Conventions. Ratifications by State**. Documento em planilha. Disponível em: <https://www.imo.org/en/About/Conventions/Pages/StatusOfConventions.aspx>. Acesso em: 09/03/2021.

³⁴ Original: "IMO has issued a series of guidelines to help the shipping sector and its Member States to prepare, including ship implementation planning guidance (addressing issues such as risk assessment for new fuels and tank cleaning) and port State control guidelines".in OMI. **Global limit on sulphur in ships' fuel oil reduced from 01 January 2020**. Disponível em: [https://www.imo.org/en/MediaCentre/PressBriefings/Pages/34-IMO-2020-sulphur-limit-.aspx#:~:text=from%203.50%25\).-](https://www.imo.org/en/MediaCentre/PressBriefings/Pages/34-IMO-2020-sulphur-limit-.aspx#:~:text=from%203.50%25).-)



Em análise realizada pelo *Pacific Green Technologies Group*, a iniciativa tinha impactos massivos previstos no período após 2020. Isso explica-se pela alta dos preços nos fretes, já que o preço dos combustíveis tende a aumentar. O grupo ressalta inclusive que muitas refinarias não conseguiram adequar-se às novas regras, o que gerou escassez da oferta, com produção insuficiente. A pesquisa apontou ainda que haveria pico de preços, embasando-se na declaração da Wood Mackenzie, segundo a qual a *compliance* custaria US\$ 60 bilhões em 2020 para a indústria marítima, e na declaração da Goldman Sachs, segundo a qual a medida custaria US\$ 240 bilhões, ao contabilizar-se toda a indústria envolvida.³⁵

Segundo o Grupo (*Pacific Green Technologies Group*) aponta, ainda, a medida causa inflação, conforme explanam “Isso causará efeito cascata, que pode vir a se tornar uma onda quando chegar até os consumidores. Elevados custos para o transporte marítimo serão repassados para toda a cadeia de valor abaixo, até que reflita em altos preços nas prateleiras dos mercados”³⁶

É exatamente essa a tendência de alta dos preços nos combustíveis que se observou logo nos primeiros meses de 2020, com a introdução da Iniciativa. Conforme o *Grupo Pacific Green* salientou, à medida em que a oferta por combustíveis diminuiu no mercado consumidor, os preços para motoristas aumentou nas bombas, o que aumentou preço de fretes igualmente.³⁷

Essa dinâmica econômica causada pela introdução da novel Norma Ambiental Internacional é explicada graficamente (Gráfico 1) por Alexander Karavaytsev, economista, e Boris Turkin, analista, em estudo realizado para a UNCTAD. Assim, tem-se que, no Gráfico 1 representado, uma elevação acentuada para os combustíveis de baixo conteúdo de sulfúreo, custando cerca de US\$ 640 a tonelada, em Janeiro, acabou decaindo progressivamente até Março, para a faixa de US\$ 240 aproximadamente. Tal efeito é constatado no Gráfico da Agência Nacional de Petróleo (ANP) fornecido pelo jornal Pragmatismo Político (Gráfico 2), em que se

,Known%20as%20%22IMO%202020%22%2C%20the%20reduced%20limit%20is%20mandatory,million%20metri
c%20tonnes%20of%20SOx.

³⁵ PACIFIC GREEN. **Economic impacts of IMO 2020: what it means for consumers**. [S.l.] 2020. Disponível em: <http://bit.ly/Econ-impacts-IMO2020>. Acesso em: 18/03/2021.

³⁶ Original: “This will begin a ripple effect, which could become a wave by the time it reaches the consumer. Increased costs to shippers will be passed all the way down the value chain, eventually reflecting as higher prices on supermarket shelves.” In: PACIFIC GREEN. **Economic impacts of IMO 2020: what it means for consumers**. [S.l.] 2020. Disponível em: <http://bit.ly/Econ-impacts-IMO2020>. Acesso em: 18/03/2021.

³⁷ PACIFIC GREEN. **Economic impacts of IMO 2020: what it means for consumers**. [S.l.] 2020. Disponível em: <http://bit.ly/Econ-impacts-IMO2020>. Acesso em: 18/03/2021.



observa o valor de R\$ 4,56 para a gasolina e R\$ 3,73 do diesel-10, em Janeiro, acompanhando a queda nos próximos meses, conciliando as expectativas de Karavaytsev e Turkin.

Gráfico 1



Fonte: ClearLynx, Reuters.³⁸

Gráfico 2

Gráfico 1 - Preço médio da gasolina e do diesel-10 em Reais no território nacional (ago/16 a fev/20)



Fonte: ANP.³⁹

Ademais, o posicionamento desses estudos é confirmado pela pesquisa que se encontra no site da Agencia Nacional do Petróleo (ANP), que acompanha constantemente a oscilação dos preços internacionais.⁴⁰ Em sua planilha, observa-se que o preço do diesel-10 era de R\$ 3,86, em 18 de Janeiro de 2020, foi para R\$ 3,76 no fim de Fevereiro, atingindo R\$ 3,53, em Março, e R\$ 3,11 em Maio. A gasolina, que estava R\$ 4,40, em Novembro de 2019, foi para R\$ 4,55 em 22 de Dezembro, atingindo R\$ 4,59 em Janeiro de 2020, caindo lentamente até chegar a R\$ 4,40 em Março de 2020.

Essa, inclusive, é a realidade que se reflete pelo mercado internacional, conforme a declaração da Petrobrás, em 2016, segundo a qual se passou a adotar o acompanhamento dos preços internacionais:

A nova política terá como base dois fatores: a paridade com o mercado internacional - também conhecido como PPI e que inclui custos como frete de

³⁸ KARAVAYTSEV, A, TURKIN, B. **Assessing the impacto f IMO 2020 on grains and oilseeds freight costs. In UNCTAD transport and trade facilitation newsletter. N. 86, Segundo trimestre 2020.** Abr.2020. Disponível em: <https://unctad.org/en/pages/newsdetails.aspx?OriginalVersionID=2318> . Acesso em: 09/03/2021.

³⁹ PRAGMATISMO POLÍTIO. **Por que os petroleiros em greve estão vendendo botijões de gás por R\$ 30?** Fev. 2020. Disponível em: <https://www.pragmatismopolitico.com.br/2020/02/por-que-os-petroleiros-em-greve-estao-vendendo-botijoes-de-gas-por-r-30.html>. Acesso em: 09/03/2021.

⁴⁰ ANP. **Série histórica de levantamento de preços.** Disponível em: <http://www.anp.gov.br/precos-e-defesa-da-concorrenca/precos/levantamento-de-precos/serie-historica-levantamento-precos>. Acesso em: 09/03/2021.



navios, custos internos de transporte e taxas portuárias – mais uma margem que será praticada para remunerar riscos inerentes à operação, como, por exemplo, volatilidade da taxa de câmbio e dos preços sobre estadias em portos e lucro, além de tributos.⁴¹

Nessa linha de raciocínio, após a introdução das novas regras internacionais da OMI para a utilização de combustíveis mais limpos, constata-se que uma norma dessa natureza, direcionando os Estados, os agentes econômicos para o desenvolvimento sustentável e a preservação do meio ambiente, com a redução de gases de efeito estufa, gerou grandes efeitos econômicos, sentidos diretamente inclusive pelo consumidor final. Essa, portanto, é, até o presente, a Norma Internacional Ambiental para o meio marinho de efeito econômico mais sensível no dia a dia da população.

Seguindo-se essa lógica, passa-se à análise de como a Teoria Microeconômica pode ilustrar esses efeitos normativos sobre a economia, considerando as normas ambientais internacionais para o transporte marítimo e conservação do meio marinho.

7 ANÁLISE ECONÔMICO-JURÍDICA DOS EFEITOS DAS NORMAS AMBIENTAIS INTERNACIONAIS

Diante do exposto, observa-se que a introdução de normas na sociedade, inclusive, as de cunho ambiental, têm efeitos sobre a dinâmica da economia, podendo alcançar o âmbito global.

Com isso, nota-se que as medidas ambientais da OMI acabaram gerando custos para os agentes envolvidos na atividade marítima. A CLC, 69/92 afetou ao exigir compensação das vítimas, seguros ou garantidas financeiras, os Fundos de Compensação afetaram igualmente, na medida em que passaram a prever a obrigação de importadores contribuírem com a formação desses fundos de compensação. A MARPOL 73/78 influenciou nas decisões de mercado, ao exigir medidas preventivas contra poluição marinha, determinadas ações procedimentais dos navios, instalação de equipamentos. A Iniciativa OMI 2020 refletiu efeitos econômicos, ao exigir a utilização de determinado combustível, gerando escassez inicial no mercado e aumento da demanda. Todas essas medidas resultaram em impactos econômicos, oscilação de preços no

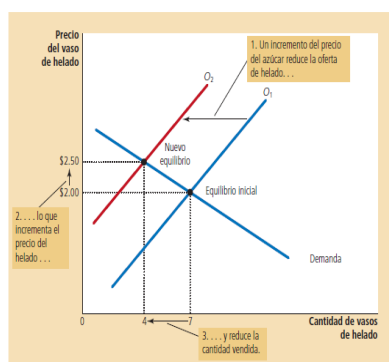
⁴¹ PETROBRAS. **Adotamos nova política de preços de diesel e gasolina**. Out. 2016. Disponível em: <https://petrobras.com.br/fatos-e-dados/adotamos-nova-politica-de-precos-de-diesel-e-gasolina.htm>. Acesso em: 09/03/2021.



mercado, com grandes elevações dos preços, conforme extraído dos Gráficos e documento relativos à Iniciativa OMI 2020.

Exemplo simples, porém, assaz ilustrativo, é o apresentado por Mankiw. Conforme se observa na Figura seguinte (Figura 1), a Curva de Oferta de um produto tende a deslocar-se para a esquerda e para cima, quando algum fato gera escassez da produção no mercado ou oneração dos custos operacionais ou de transação.

Figura 1: Curva de Oferta: Como um decréscimo da oferta afeta o equilíbrio.



Fonte: MANKIW, Gregory. *Principios de economia* ⁴².

Conforme explica Mankiw, o decréscimo da oferta afeta o equilíbrio de preços no mercado, assim “Um acontecimento que reduz a quantidade oferecida a qualquer nível de preço dado desloca a Curva da Oferta para a esquerda. O preço de equilíbrio aumenta e a quantidade de equilíbrio diminui.”⁴³ Com base em sua explicação sobre a Figura 1, exemplificativamente, o incremento no preço de determinado insumo, no caso, açúcar, faz com que os vendedores de dado produto, no caso, sorvete, dependente daquele insumo, ofereçam menor produção no mercado. Como na Figura 1, a Curva desloca-se de O_1 para O_2 , o que gera novo nível de equilíbrio, a preço mais alto. O preço do sorvete, assim, tende a aumentar de \$2,00 para \$2,50.⁴⁴

⁴² Exemplo trazido pelo Autor de aumento do preço de açúcar, que reduz a oferta, diminuindo a demanda por sorvetes.

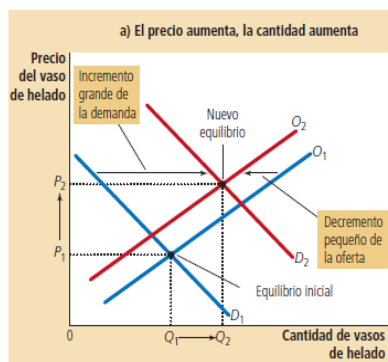
⁴³ MANKIW, N. GREGORY. *Principios de economia*. 6ª.ed. Cengage Learning: Santa Fé, 2012. P. 81.

⁴⁴ MANKIW, N. GREGORY. *Principios de economia*. 6ª.ed. Cengage Learning: Santa Fé, 2012. P. 81.



Pode-se transpor essa mesma Figura 1 para analisar as medidas ambientais internacionais enunciadas aqui. A Iniciativa OMI 2020, mais clara em seus efeitos, exigiu que os navios passassem a utilizar certo combustível, gerando alta na demanda e escassez do produto no mercado. De um lado, a demanda aumentando, de outro a escassez do combustível, provocou aumento dos preços, repassados ao longo da cadeia produtiva. Ilustra-se esse cenário, em que tanto Oferta como Demanda se deslocam, pela seguinte Figura (Figura 2):

Figura 2: Curva de Oferta x Demanda: novo ponto de equilíbrio



Fonte: MANKIW, Gregory. Princípios de economia⁴⁵.

Mankiw explica o exemplo da Figura 2, dizendo que se observa um incremento simultâneo da demanda e um decréscimo da oferta (escassez), de modo que o preço de equilíbrio aumenta de P_1 para P_2 , enquanto a quantidade de equilíbrio aumenta de Q_1 para Q_2 ,⁴⁶ como no caso dos combustíveis mais limpos exigidos pela Iniciativa OMI 2020.

Segundo a Análise Econômica do Direito, ainda sob a ótica *posneriana* da LaE, aponta-se para o fato de que custos transacionais são majorados segundo aumento das exigências normativas no âmbito internacional para que os players atuem. A questão é “modular” tais custos de forma a que possam ser suportados seja pelas empresas ou, em última análise, pelos consumidores (v.g. de frete internacional, ou, mesmo, dos produtos eventualmente comercializados na esfera do comércio exterior). Portanto, ainda do ponto de vista do que Gonçalves defende como PEES para a tomada de decisão dos Estados, ao aderirem a normas

⁴⁵ Exemplo trazido pelo Autor de uma redução na oferta de sorvete, por aumento dos preços, porém acréscimo da demanda, e um novo ponto de equilíbrio.

⁴⁶ MANKIW, N. GREGORY. **Princípios de economia**. 6ª.ed. Cengage Learning: Santa Fé, 2012. P. 82.



internacionais que oneram o comércio marítimo em nome da defesa ambiental, devem ser sopesados os custos transacionais para a defesa ambiental impostos para os players internacionais em função dos eventuais danos que possam ser causados ao meio ambiente. São interesses recíprocos, portanto, tanto a defesa ambiental como o acesso aos produtos transacionados pelo mar a melhores preços. Posner defende a eficiência de Kaldor-Hicks projetando duas perguntas básicas para a negociação dos interesses: Willingness to pay? Willingness to accept? Já, sob a orientação do PEES defende-se, para a tomada de decisão, a conjugação dos interesses ambientais e econômicos, segundo inclusão de todas as possíveis variáveis no cálculo econométrico para tomada de decisão, inclusive, levando-se em conta os eventuais reflexos causados para as gerações futuras de forma a obter-se o ótimo ponto de equilíbrio entre uma pesada e extremamente protetiva legislação, em detrimento de possíveis danos ao meio marítimo e o outro extremo em que se observam liberais e libertárias normas internacionais que (des)regulam a proteção ambiental em detrimento de grandes consequências ambientais. Conclui-se que a regulamentação ambiental internacional para o meio marinho introduzida pela OMI trouxe impactos importantes para a economia global, muitas vezes não percebidos, conforme a fala de Ban Ki Moon já, antes, relatada.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Escola *Law and Economics*, sob o ponto de vista *posneriano*, ensina que o Direito e a Economia devem ser estudados *pari passu* em momentos de tomada de decisões, mesmo jurídico-normativas no âmbito internacional. O Princípio da Eficiência Econômico-Social (PEES), a sua vez, aponta para a tomada de decisão racional-econômico-social, ao estipular o necessário cuidado entre a ponderação de direitos, inclusive, das presentes e futuras gerações e os efeitos econômico-sociais possíveis dessa decisão. Para além de um cálculo numérico, destaca a necessidade de ser procurado o nível de normatividade que, efetivamente, aponte para o ponto ótimo de forma a serem eficientemente utilizados os escassos recursos marítimos tão caros para a sobrevivência ambiental do Planeta e, ainda, permitida a manutenção adequada de normatividade que de condições efetivas para a manutenção do comércio internacional.



Destarte, no que tange à busca pelo desenvolvimento sustentável, a regulamentação ambiental internacional para o meio marinho, sob a égide da OMI, procura cumprir com a Agenda 2030 da ONU, ao promover os ODS n. 7, 13 e 14 sobre utilização de energias limpas e acessíveis, ação contra mudança climática e proteção da vida aquática.

Apesar disso, as regulamentações têm efeitos econômicos sensíveis no mercado internacional de países ou, mesmo em suas economias locais. A estipulação de deveres de compensação e contratação de seguros e garantias financeiras pelos proprietários de navios pela CLC 69/92; de manutenção de Fundos de Compensação pelos importadores de produtos oleosos; de aplicação de medidas para combate à poluição marinha pela Convenção de Montego Bay, 1982; de medidas de prevenção, ação operacional, de instalação de certos equipamentos pela MARPOL 73/78; de utilização de combustível com menor teor de óxidos de sulfúreo pela Iniciativa OMI 2020 acabam por engendrar grandes impactos aos agentes econômicos envolvidos. Observa-se que essas decisões normativas têm gerado alterações no mercado internacional (elevação de custos transacionais e, reflexivo deslocamento das Curvas de Oferta dos produtos transacionados no nível internacional para cima e para a esquerda), elevando custos operacionais dos agentes, custos esses repassados ao longo da cadeia produtiva, como se observou nos preços de combustível no Brasil, no início de 2020, apresentados pela ANP. Nesse sentido, ao tomarem-se decisões, todas essas questões de repasse de preços devem ser levadas em consideração, inclusive quando se deseja efetivar medidas de proteção ambiental. Os interesses econômicos e ambientais devem ser sopesados em busca de efetivo ponto ótimo de maximização da riqueza e do bem estar social como previsto pelo PEES.

9 REFERÊNCIAS

A CONCEPT of a Sustainable Maritime Transportation System. **OMI**. [S.l.] 2013. Disponível em: <http://www.imo.org/en/MediaCentre/HotTopics/SMD/Pages/default.aspx>. Acesso em 22 set. 2020.

ADOTAMOS nova política de preços de diesel e gasolina. **PETROBRAS**. [S.l.] Out. 2016. Disponível em: <https://petrobras.com.br/fatos-e-dados/adotamos-nova-politica-de-precos-de-diesel-e-gasolina.htm>. Acesso em: 09/03/2021.



BRIEF history about IMO. **OMI** [S.l] [2020?] Disponível em: <https://www.imo.org/en/About/HistoryOfIMO/Pages/Default.aspx>. Acesso em: 09/03/2021.

COHEN, George M. Posnerian jurisprudence and economic analysis of law: the view from the bench. In: **University of Pennsylvania Review**. Vol. 133. Pp. 1117-1166, 1985. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/190885473.pdf> . Acesso em: 09/03/2021.

COMISSION publishes information on CO2 emissions from maritime transport. **Comissão Europeia**. [S.l] Jul. 2019. Disponível em: https://ec.europa.eu/clima/news/commission-publishes-information-co2-emissions-maritime-transport_en. Acesso em: 09/03/2021.

ECONOMIC impacts of IMO 2020: what it means for consumers. **Pacific Green**. [S.l.] 2020. Disponível em: <http://bit.ly/Econ-impacts-IMO2020>. Acesso em: 09/03/2021.

GLOBAL limit on sulphur in ships' fuel oil reduced from 01 January 2020. **OMI**. [S.l] 2020. Disponível em: [https://www.imo.org/en/MediaCentre/PressBriefings/Pages/34-IMO-2020-sulphur-limit-.aspx#:~:text=from%203.50%25\).-,Known%20as%20%22IMO%202020%22%2C%20the%20reduced%20limit%20is%20mandator y,million%20metric%20tonnes%20of%20SOx](https://www.imo.org/en/MediaCentre/PressBriefings/Pages/34-IMO-2020-sulphur-limit-.aspx#:~:text=from%203.50%25).-,Known%20as%20%22IMO%202020%22%2C%20the%20reduced%20limit%20is%20mandator y,million%20metric%20tonnes%20of%20SOx). Acesso em: 09/03/2021.

GONÇALVES, E. N. Efeitos econômicos de políticas licitatórias e empreendedorismo socialmente responsável. In: **Economic Analysis of Law Review**. V. 4, n. 1, pp. 56-78. [S.l] Jan-jun, 2013. Disponível em <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/4%20EALR%2056>. Acesso em 09/03/2021.

GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. Princípio da Eficiência Econômico-Social no Direito Brasileiro: a tomada de decisão normativo-judicial. In: **Sequência**. Florianópolis (SC), v. 35, n. 68, 261-290, jun. 2014. ISSN 2177-7055. Doi: <http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2013v35n68p261>. Disponível em <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2013v35n68p261>. Acesso em 09/03/2021.

GONÇALVES. Everton das Neves. **A teoria de Posner e sua aplicabilidade à ordem constitucional econômica brasileira de 1988**. Dissertação de Mestrado. UFSC. Florianópolis, 1997. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/106450>. Acesso em 09/03/2021.

KARAVAYTSEV. A, TURKIN, B. Assessing the impact of IMO 2020 on grains and oilseeds freight costs. In: **UNCTAD transport and trade facilitation newsletter**. N. 86, Segundo trimestre 2020. Abr.2020. Disponível em: <https://unctad.org/en/pages/newsdetails.aspx?OriginalVersionID=2318> . Acesso em: 09/03/2021.



LLOYD, William Forster. **Two Lectures on the Checks to Population**. In Oxford, Inglaterra: Oxford University Press, 1833 e HARDIN, Garrett. The Tragedy of the Commons. In Science, vol. 162, Nº. 3859. (13 de dezembro de 1968), pp. 1243-1248.

MANKIW, N. GREGORY. **Princípios de economia**. 6ª.ed. Cengage Learning: Santa Fé, 2012.

MARITIME transport is ‘Backbone of Global Trade and the Global Economy’, Says Secretary-General in Message for International Day. **ONU**. [S.l.] 2016. Disponível em: <https://www.un.org/press/en/2016/sghsm18129.doc.htm>. Acesso em 09/03/2021.

MARPOL CCA-IMO. **Marinha do Brasil**. [S.l.] [201?]. Disponível em: <https://www.ccaimo.mar.mil.br/ccaimo/marpol>. Acesso em: 09/03/2021.

MARPOL. **OMI. Conferences**. [S.l.] [2020?] Disponível em: http://www.imo.org/en/KnowledgeCentre/ReferencesAndArchives/IMO_Conferences_and_Meetings/MARPOL/Pages/default.aspx. Acesso em: 09/03/2021.

MENEZES, Wagner. **O Direito do Mar**. Brasília: FUNAG, 2015.

OCEAN shipping and shipbuilding. **OCDE**. Disponível em: <https://www.oecd.org/ocean/topics/ocean-shipping/>. Acesso em: 09/03/2021.

ONU. **United Nations Convention on the Law of the Sea**. Montego Bay, 10 dec. 1982. Disponível em: https://treaties.un.org/pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXI-6&chapter=21&Temp=mtdsg3&clang=_en. Acesso em: 09/03/2021.

OS OBJETIVOS de Desenvolvimento Sustentável no Brasil. **ONU Brasil**. Brasília, [2021?]. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs>. Acesso em: 09/03/2021.

POR QUE os petroleiros em greve estão vendendo botijões de gás por R\$ 30? **Pragmatismo Político**. [S.l.] Fev. 2020. Disponível em: <https://www.pragmatismopolitico.com.br/2020/02/por-que-os-petroleiros-em-greve-estao-vendendo-botijo-es-de-gas-por-r-30.html>. Acesso em: 09/03/2021.

POSNER. Intellectual property: the Law and Economics approach. In: **Journal of Economic Perspectives**. Vol. 19, n. 2, pp. 57-73, 2005.

SÉRIE histórica de levantamento de preços. **ANP**. [S.l.] 2020. Disponível em: <http://www.anp.gov.br/precos-e-defesa-da-concorren-cia/precos/levantamento-de-precos/serie-historica-levantamento-precos>. Acesso em: 09/03/2021.

STATUS of Conventions. Ratifications by State. **Documento em planilha. OMI**. [S.l.] [2021?]. Disponível em: <https://www.imo.org/en/About/Conventions/Pages/StatusOfConventions.aspx>. Acesso em: 09/03/2021.



SUSTAINABLE freight transport in support of the 2030 Agenda for Sustainable Development Role of international shipping. **UNCTAD**. Genebra, nov. 2018. Disponível em: https://unctad.org/meetings/en/Presentation/MyEM6th_day01ppt_Benamara_en.pdf. Acesso em: 09/03/2021.

UNCTAD. **Review of maritime transport**. [S.l.] 2020. Disponível em: https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/rmt2019_en.pdf. Acesso em: 09/03/2021.

VIANNA, Godofredo Mendes. **Direito marítimo**. Vol. 1. Graduação 2016.2.

“O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001”.

“This study was financed in part by the Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Finance Code 001”.



INCLUSÃO DO SERVIÇO DE CAPATAZIA NO VALOR ADUANEIRO: A MUDANÇA DE POSICIONAMENTO DO STJ E IMPACTOS ECONÔMICOS NAS EMPRESAS

WHARFAGE INCLUSION IN CUSTOMS VALUE: THE CHANGE OF STJ POSITIONING AND ECONOMIC IMPACTS ON COMPANIES

Gabriel Ralile de Figueiredo Magalhães¹

Marcio André de Assis Brasil²

RESUMO: O comércio exterior é setor de suma importância para a economia global e brasileira. Contudo, diversos gargalos impedem uma maior competitividade do Brasil nesse meio, como uma infraestrutura ineficiente, riscos advindos do judiciário ou a conjunção desses e de outros fatores. Nesse aspecto, o recente caso de mudança de entendimento do Superior Tribunal de Justiça em prol da inclusão dos serviços de capatazia na base de cálculo do Imposto de Importação não só afrontou ao estabelecido pelo acordo GATT, mas também trouxe diversos impactos econômicos negativos às empresas. Visto isso, o presente artigo busca analisar esse tema, incluindo dita mudança de posicionamento como um dos gargalos existentes ao desenvolvimento do comércio exterior e agravando sua ineficiência. Para isso, analisa-se tanto os impactos econômicos trazidos, com base na decisão judicial, bem como se verifica duas estratégias passíveis de serem adotadas pelas empresas para mitigação desse problema: a via judicial e a utilização de estratégias internas às empresas, sobretudo pelos departamentos financeiros de controladoria. Por fim, conclui-se sobre a necessidade de, por um lado, defender a conformidade de interpretação das normas ao pré-estabelecido em acordos internacionais, e de outro, a importância que tem a atuação das próprias empresas para se adaptar aos eventos imprevisíveis que compõe o chamado “custo Brasil”.

PALAVRAS-CHAVE: Capatazia. Comércio Exterior. Direito Aduaneiro. Empresas.

ABSTRACT: International trade is an extremely important field for both global and Brazilian economy. However, several bottlenecks prevent Brazil from becoming more competitive in this sector, such as an inefficient infrastructure, judiciary risks, or the combination of these and other factors. In this respect, the recent case of a change in the STJ's positioning in favor of including wharfage services in the calculation of the Import Tax not only affronts the norms established by

¹ Bacharel em Relações Internacionais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro e MBA/E em Comércio Exterior pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Atualmente cursa Graduação em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro.

² Graduado em Engenharia Elétrica (Telecomunicações) na PUC-RJ. Mestre em Engenharia Elétrica (Telecomunicações) na Universidade Presbiteriana Mackenzie. MBA em Gestão Empresarial na FGV-RJ. Atualmente cursa Graduação em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro.



the GATT agreement, but also brings several negative economic impacts to companies. In view of this, the present article seeks to analyze this theme, including this change of positioning as one of the existing bottlenecks to the development of foreign trade in Brazil and the aggravation of its inefficiency. To do so, it is analyzed both the economic impacts of the STJ decision and strategies that can be adopted by companies to mitigate the problem, namely two: the judicial one and the use of internal strategies, especially in the financial department. Lastly, it is concluded that there is a need to defend the conformity of norms interpretation to international agreements, also being important the performance of companies themselves in order to adapt to the unpredictable events that makes up the so-called “Brazil cost”.

KEYWORDS: Companies. Custom Law. Foreign Trade. Wharfage.

1 INTRODUÇÃO

Ao longo da história humana, o comércio tem sido um dos elementos centrais para desenvolvimento e interação das sociedades. Por conta disso, ao longo do desenvolvimento do direito e das relações internacionais, a regulação da economia internacional tomou espaço relevante, culminando em uma série de rodadas de negociação e tratados que, por fim, resultariam na criação da Organização Mundial do Comércio (OMC).

Em meio a isso, definiu-se, para um comércio internacional mais justo e uniforme, diretrizes e regras para diversos temas, entre eles em relação às tarifas aduaneiras. Nesse campo, uma das questões abordadas foram os elementos que determinam a formação do valor aduaneiro. O Brasil, como membro da OMC e participante das negociações e tratado que a antecederam, também aderiu a essas normas, devendo, portanto, aplicá-las em seu âmbito jurídico interno.

Ocorre que, em decisão recente do Superior Tribunal de Justiça a respeito da temática da tarifa aduaneira (o Imposto de Importação no Brasil), mudou-se o posicionamento que anteriormente prezava pela exclusão do serviço de capatazia de sua base de cálculo, com isso adotando interpretação que vai de encontro ao estabelecido pelas normas internacionais. Deveras, para além da discussão sobre a aplicabilidade da interpretação, fato é que empresas que atuam com comércio exterior passam a sentir impactos econômicos adversos em decorrência dessa decisão.

Com base nisso, o objetivo do presente estudo é averiguar quais são esses impactos, bem como as possíveis estratégias a serem adotadas pelas empresas para a mitigação dos efeitos negativos. Para tal, o artigo está estruturado em quatro partes, ademais desta introdução. A



primeira parte faz um apanhado geral sobre a importância do comércio exterior para a economia brasileira, em especial o setor portuário, destacando-se os gargalos atualmente presentes. A segunda parte trata da questão da taxa de capatazia e a mudança de posicionamento do STJ, abordando o histórico do caso e o debate legal envolvido. Na terceira parte, aborda-se os impactos econômicos da decisão proferida, destacando-se a relação dessas com o cenário do comércio exterior e sistema portuário brasileiro, bem como apontando possíveis estratégias a serem adotadas pelas empresas. Por fim, a quarta e última parte traz as conclusões pertinentes.

A metodologia aplicada consiste, sobretudo, em uma pesquisa qualitativa utilizando-se da análise de leis, doutrina, artigos e outras fontes de informação, mas também se vale de um levantamento quantitativo para trazer dados complementares à análise.

2 IMPORTÂNCIA DO COMÉRCIO EXTERIOR E DO SETOR PORTUÁRIO PARA A ECONOMIA BRASILEIRA

O comércio exterior é um setor de suma importância tanto para economia brasileira, como global. Segundo o Banco Mundial (2021), cerca de 60% do Produto Interno Bruto (PIB) mundial advém do comércio, enquanto no Brasil esse valor é de 29%. Não é de se estranhar que, tanto no âmbito normativo como acadêmico, diversas iniciativas têm sido realizadas para o aprofundamento da regulação, incentivo e entendimento da economia internacional. De acordo com Gonçalves (1997, p.2):

O desenvolvimento do pensamento econômico a respeito do comércio internacional não pode ser sumariado aqui. Por ora, basta dizer, mesmo correndo o risco de uma simplificação exagerada, que os recentes desenvolvimentos e elaborações poderiam ser convenientemente classificados dentro dos seguintes grupos: teorias neofatoriais; teorias neotecnológicas; economias de escala; estrutura de mercado; e influências de demanda.

Nesse diapasão, cabe destaque as chamadas teorias neotecnológicas, sobretudo o modelo da “defasagem tecnológica” (GONÇALVES, 1997, p. 7-8):

De acordo com esse modelo, o processo de inovação tecnológica gera vantagens comparativas e influencia o padrão de comércio internacional do país. Por um lado, a criação de vantagens tecnológicas específicas em um dado país faz surgir o comércio; por outro, leva os produtores de fora do país (competidores em potencial), a responderem através da imitação à inovação. Consequentemente, o desempenho das



exportações basear-se-á nas diferenças de custos comparativos induzidos pela mudança tecnológica e dependerá do tempo em que durar a defasagem para a imitação.

Daí se observa a necessidade de inovação e desenvolvimento tecnológico, pontos que acabam por pesar, salvo setores específicos, contra o Brasil. Esse desenvolvimento tecnológico inclui, mas não se limita, a produtos, serviços e infraestrutura, inclusive aos serviços prestados em prol dos próprios agentes de comércio exterior. Ademais, outra corrente teórica que merece destaque é a que aborda as economias de escala e concorrência imperfeita (GONÇALVES, 1997, p. 8):

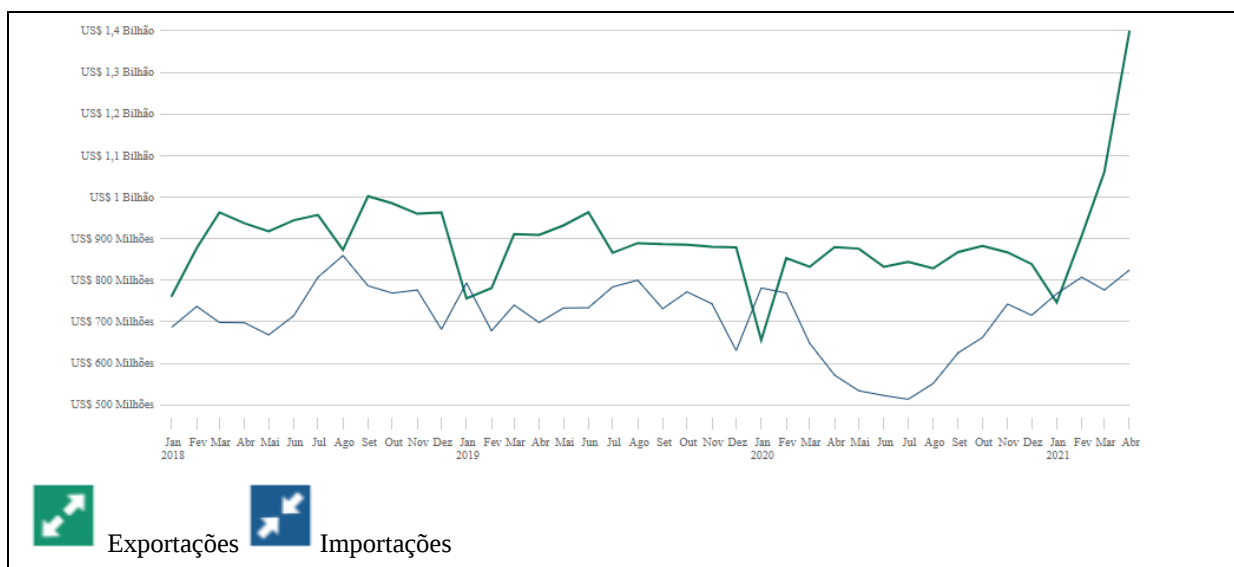
Na abordagem que trata do impacto das economias de escala sobre o comércio internacional, o argumento básico é bem simples: quando as funções de produção exibem retornos de escala crescentes, os padrões de comércio e o desempenho das exportações dependem do tamanho absoluto do mercado doméstico. Consequentemente, os países maiores terão vantagens comparativas em setores com economias de escala significativas. Neste sentido, as economias de escala podem ser importantes em produtos finais homogêneos e diferenciados, bem como em bens intermediários, através da especialização intrasetorial.

Parte da economia de escala, pode-se dizer, decorre dos processos e capacidade de inovação da empresa. Por outro lado, é possível pensar também que a importância da infraestrutura, arcabouço institucional e ambiente de negócios no qual se está inserido. No comércio exterior seria o caso de todo o aparato que viabiliza a produção, importação e exportação de bens e serviços, como é o caso do judiciário, a infraestrutura de portos e aeroportos, rodovias e hidrovias e a regulação estatal.

Visto isso, passa-se a colocar em números o comércio exterior brasileiro. De acordo com os dados do Ministério da Economia do Brasil (2021), o cenário de exportações e importações no Brasil teve a seguinte evolução nos últimos anos:



Gráfico 1 – Exportações e importações no Brasil (2018 – abr/2021): visualização dos Valores Totais em Média Diária



Fonte: Ministério da Economia (2021)

Como se observa, o Brasil ao longo do período selecionado manteve certa estabilidade em suas trocas comerciais, mantendo-se balança comercial positiva. Os dois grandes contrastes se concentram na queda de importações de fevereiro a agosto de 2020, mesmo período de início da crise internacional da COVID-19, e de janeiro a abril de 2021, indicando um grande aumento de exportações.

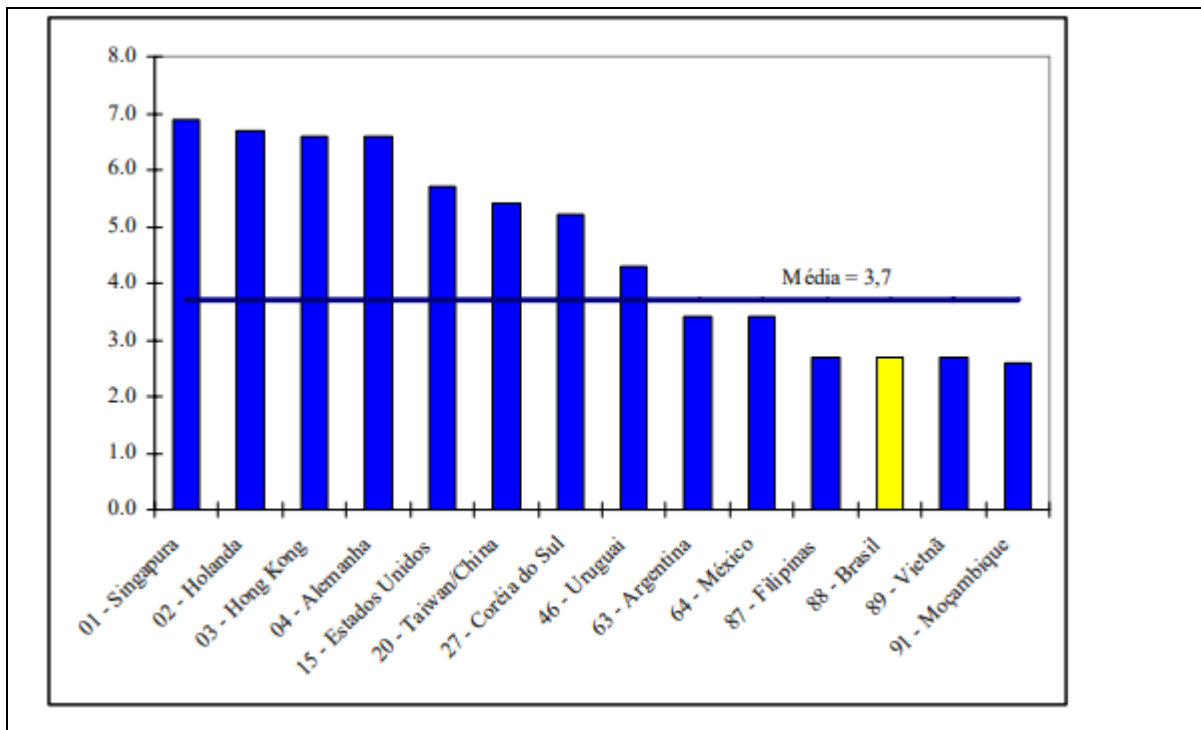
Contudo, apesar dos números e relevância na economia, o Brasil é responsável por participação mínima no comércio internacional se comparado a outros países, o que indica a necessidade de fomentar esse setor tão importante e estratégico para nós. Dessa forma, como assinalado, elementos como infraestrutura, regulação e o âmbito jurídico e fiscal de um país são alguns dos fatores essenciais para a criação de um ambiente favorável à maior inserção brasileira no mercado global.

Diante disso, figura central em nossa sistemática de comércio exterior e que perpassa todos esses fatores é a infraestrutura portuária, visto sua responsabilidade para o escoamento e entrada de produtos, além de sua importância para a formação de clusters. Lembra Constante *et al.* que (2014, p. 127):

Notteboom (2008) alega que, para além desses fatores tradicionais, outro fator chave está se tornando cada vez mais importante que é a excelência na cadeia logística, o que inclui o porto. Isto significa fornecer um melhor serviço e reduzir os custos para o cliente. Os esforços têm sido dirigidos a criar estruturas de custos competitivos, visando possibilitar a aplicação de taxas ou tarifas competitivas.

Entretanto, o sistema portuário brasileiro, apesar das reformas ao longo dos últimos anos, ainda está aquém de um sistema ótimo. De fato, a qualidade de infraestrutura portuária brasileira por muito tempo permaneceu abaixo da média:

Gráfico 2 – Índice de qualidade de infraestrutura portuária



Fonte: GCR (2006) apud SANTOS (2007, p. 14)

Assim sendo, o Brasil possui um custo constante para alavancar sua competitividade, o “custo Brasil”. Dessa forma, não se deve apenas tentar contorná-lo, mas também não o agravar. Situações assim podem ser produzidas por diversos meios, dentre eles o âmbito jurídico, imputando um impacto negativo às empresas brasileiras e ensejando que as mesmas se adaptem à situação.

3 A TAXA DE CAPATAZIA E A JURISPRUDÊNCIA DO STJ

Grosso modo, pode-se dizer que taxa de capatazia, em inglês mais conhecida como *Terminal Handling Charge* (THC), ou *wharfage*, é o valor cobrado pelo serviço de movimentação de mercadoria que é realizado nas instalações portuárias. De acordo com o artigo 40 da Lei nº 12.815/2013, a capatazia se define como (BRASIL, 2013):

O trabalho portuário de capatazia, estiva, conferência de carga, conserto de carga, bloco e vigilância de embarcações, nos portos organizados, será realizado por trabalhadores portuários com vínculo empregatício por prazo indeterminado e por trabalhadores portuários avulsos.

§ 1º Para os fins desta Lei, consideram-se:

I - capatazia: atividade de movimentação de mercadorias nas instalações dentro do porto, compreendendo o recebimento, conferência, transporte interno, abertura de volumes para a conferência aduaneira, manipulação, arrumação e entrega, bem como o carregamento e descarga de embarcações, quando efetuados por aparelhamento portuário;

Dessa forma, observa-se que, segundo a lei, o serviço compreende as atividades de “recebimento”, “conferência”, “transporte interno”, “abertura de volumes”, “manipulação”, “arrumação”, “entrega”, “carregamento e descarga de embarcações”, estas quando efetuadas por aparelhos portuários. Isto é, tarefas essenciais aos trâmites portuários e viabilização das operações de comércio exterior, sobretudo nas importações.

Por óbvio, ditas atividades são prestadas de forma onerosa, sendo esses valores, devido à complexidade e essencialidade dos serviços, bem elevados, o que se soma aos custos totais para aquisição de produtos e por conseguinte aumenta o preço final dos mesmos, diminuindo sua competitividade. Além disso, a capatazia é apenas mais um dos serviços que integram uma vasta lista necessária para a realização de uma operação de comércio exterior.

Além dos custos com essas atividades e o preço do produto em si, um outro aspecto essencial para calcular os gastos totais em uma operação é a tributação aplicável. Nesse aspecto, os principais tributos incidentes sobre o bem importado são o ICMS, IPI, PIS, COFINS e o Imposto de Importação (II). Esse último, por sua relevância com o tema da capatazia, merece destaque. De acordo com o Decreto-Lei nº 37/1966, a base de cálculo do imposto pode ser calculada de duas formas (BRASIL, 1966):

Art.2º - A base de cálculo do imposto é:

I - quando a alíquota for específica, a quantidade de mercadoria, expressa na unidade de medida indicada na tarifa;

II - quando a alíquota for "ad valorem", o valor aduaneiro apurado segundo as normas do art.7º do Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio - GATT.



Como se observa, dito dispositivo prevê aplicação de dois tipos de base de cálculo: a quantidade de mercadoria, quando no caso de alíquota específica; e o valor aduaneiro, quando no caso de alíquota “ad valorem”. No segundo caso, deve-se respeitar as normas estabelecidas pelo artigo 7 do Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio (GATT) e ao disposto no Acordo sobre a Implementação do Artigo VII do GATT 1994. Esses dispositivos elencam que, para determinação do valor aduaneiro, considerar-se-á o custo de transporte de mercadorias importadas até o porto ou local de importação, bem como os gastos relativos ao carregamento, descarregamento e manuseio associados ao transporte das mercadorias importadas até o porto ou local de importação e o seguro referente a essas atividades.

Destaca-se nessas hipóteses a frase “até o porto ou local de importação”. Assim, para integrar o valor aduaneiro considera-se, basicamente, o preço do produto somado ao frete, seguro e gastos associados ao transporte de mercadorias até referidos locais. Quando se tratando da capatazia, a polêmica está se ela estaria incluída ou não dentro dessas hipóteses. É de se notar que, como referido, o § 1º do artigo 40 da Lei nº 12.815/2013 define capatazia como “atividade de movimentação de mercadorias nas instalações dentro do porto” (BRASIL, 2013).

Note-se que o legislador utiliza a expressão “dentro do porto”, ou seja, fora dos limites do porto alfandegado. Por sua vez, o Acordo de Valoração Aduaneira estabelece que o valor aduaneiro inclui qualquer despesa com carga, descarga e manuseio das mercadorias importadas até o porto ou local de importação, o que não inclui o local de prestação de serviços de capatazia, assim a excluindo da hipótese de inclusão na composição do valor aduaneiro.

Dessa forma, qualquer interpretação que seja contrária ao estabelecido pelo Acordo de Valoração Aduaneira, assim desrespeitando um tratado internacional ratificado pelo Brasil, estaria indo em contra ao artigo 98 do Código Tributário Nacional (CTN) de que “tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha” (BRASIL, 1966).

Nesse aspecto, cabe ressaltar recente entendimento reforçado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), ao julgar o Recurso Especial nº 1.618.897 – RJ, que devem prevalecer os tratados

internacionais sobre as normas brasileiras internas, cabendo destacar o seguinte trecho da decisão (STJ, 2020):

A jurisprudência desta Corte Superior orienta que as disposições dos Tratados Internacionais Tributários prevalecem sobre as normas jurídicas de Direito Interno, em razão da sua especificidade, ressalvada a soberania da Carta Magna. Inteligência do art. 98 do CTN. Precedentes: REsp 1.272.897/PE, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe 9.12.2015, REsp. 1.161.467/RS, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJe 1.6.2012.

(...)

8. Nesse didático voto (REsp. 1.325.709/RJ, DJe 20.5.2014) que proferiu o douto Ministro GILMAR MENDES deixou consignado o rumo que deve seguir o intérprete dos Tratados Internacionais Tributários, ensinando que, pelas suas peculiaridades, esses pactos tocam em pontos sensíveis da soberania dos Estados, demandando – como disse – extenso e cuidadoso processo de negociação, com a participação de diplomatas e de funcionários das respectivas administrações tributárias, de modo a conciliar interesses e a permitir que esse instrumento atinja os objetivos de cada Nação, com o menor custo possível para a receita tributária de cada qual.

9. Nesse mesmo voto, o eminente Ministro pontuou que essa complexa cooperação internacional seria garantida essencialmente pelo *pacta sunt servanda*, assinalando que, nesse contexto, tanto quanto possível, o Estado Constitucional Cooperativo reivindicaria a manutenção da boa-fé e da segurança dos compromissos internacionais, ainda que diante da legislação infraconstitucional, notadamente no que se refere ao Direito Tributário, que envolve garantias fundamentais dos contribuintes e cujo descumprimento colocaria em risco os benefícios de cooperação cuidadosamente articulada no cenário internacional.

Contudo, ocorreu que, em 2003, a Receita Federal do Brasil (RFB), por meio da Instrução Normativa de nº 327 de 2003 (IN 327/03), indicou que deverão ser incluídos no valor aduaneiro os gastos relativos à carga, descarga e manuseio associados ao transporte das mercadorias importadas no território nacional, o que incluiria a capatazia. Com isso, muitos contribuintes e especialistas se opuseram a essa interpretação, bem como indicaram o ferimento do princípio da legalidade por tal inclusão ter sido feita por Instrução Normativa, socorrendo-se, então, ao judiciário. Por exemplo, a Confederação Nacional da Indústria (CNI), representante de diversos contribuintes, protocolou embargos de declaração no STJ onde apontou as seguintes omissões (CNI, 2020a):

Ausência do enfrentamento da inconstitucionalidade do art. 4º, §3º da IN/SRF 327/2003, por violação ao princípio da legalidade; ausência do enfrentamento da bitributação suscitada nos votos vencidos e da indicação das consequências jurídicas do julgado; e ausência da modulação dos efeitos da decisão, para que sejam exclusivamente prospectivos e somente atinjam os fatos geradores ocorridos após a publicação do acórdão que vier a julgar os embargos de declaração.

O caso foi tamanho que chegou ao STJ, e este que entendeu pela não inclusão da capatazia na composição do valor aduaneiro, chegando a preparar projeto de súmula que retiraria a despesa da base de cálculo do Imposto de Importação. Contudo, quando se pensava que dito assunto estava pacificado na justiça, decidiu a Primeira Seção do STJ, sob o rito dos recursos repetitivos, que os serviços de capatazia devem ser incluídos na base de cálculo do Imposto de Importação (Tema 1.014). Essa reviravolta se deu, sobretudo, com a entrada do ministro Francisco Falcão, que ocupou a vaga do ministro Humberto Martins, o qual acolhia a tese dos contribuintes, bem como o voto de desempate do ministro Maia Filho.

A decisão, por óbvio, não agradou os contribuintes, bem como diversas entidades de diferentes setores econômicos. Ainda, corroborando com a decisão negativa, o Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do ARE 1298840, decidiu se tratar de tema infraconstitucional, prevalecendo, portanto, o posicionamento do STJ.

4 IMPACTOS ECONÔMICOS SOBRE AS EMPRESAS BRASILEIRAS

Por certo, a mudança de posicionamento do STJ surtiu um impacto econômico negativo para as empresas que atuam no setor de comércio exterior. Segundo a Confederação Nacional da Indústria (CNI), a taxa de capatazia encarece as importações em cerca de 1,5% (OTTA, 2020), o que significa um prejuízo de crescimento em R\$ 19,7 bilhões em cinco anos (CNI, 2020b).

Esse impacto traz um efeito negativo para as empresas nacionais e, por consequência, à economia brasileira, visto que 39% das empresas exportadoras brasileiras são de micro ou pequeno porte, isto é, de pouco poder financeiro, sendo que grande parte inclui atividades de importação em sua estratégia de negócio (CNI, 2018).

Visando minar tais efeitos negativos, além de uma tentativa de reversão no judiciário, atualmente o Governo estuda retirar a taxa de capatazia da base de cálculo do Imposto de Importação através de uma lei (OTTA, 2020). Com isso, restaria superada a IN 327/03, bem como o embate no judiciário, sendo o impacto econômico no PIB no valor de R\$ 134,5 bilhões em 20 anos, ampliando também o fluxo de comércio exterior em R\$ 90 bilhões (CNI, 2020b).



Para visualizar melhor esse impacto financeiro, faz-se necessário realizar uma comparação entre uma simulação de operação de importação com e sem a taxa de capatazia na base de cálculo do Imposto de Importação (II):

Tabela 1 – Simulação de importação sem inclusão da taxa de capatazia na base de cálculo do II
(apenas tributos federais)

Valor da mercadoria no local de embarque	US\$ 10.000,00
Frete internacional	US\$ 250,00
Seguro do transporte internacional	US\$ 50,00
Valor aduaneiro	US\$ 10.300,00
Imposto de importação (alíquota de 10%)	US\$ 1.030,00
IPI (alíquota de 10%)	US\$ 1.133,00
PIS/Pasep (2,10%)	US\$ 216,30
Cofins (9,65%)	US\$ 993,95
Subtotal	US\$ 13.673,25

Fonte: Elaboração própria

Tabela 2 – Simulação de importação com inclusão da taxa de capatazia na base de cálculo do II
(apenas tributos federais)

Valor da mercadoria no local de embarque	US\$ 10.000,00
Frete internacional	US\$ 250,00
Capatazia	US\$ 100,00
Seguro do transporte internacional	US\$ 50,00
Valor aduaneiro	US\$ 10.400,00
Imposto de importação (alíquota de 10%)	US\$ 1.040,00
IPI (alíquota de 10%)	US\$ 1.144,00
PIS/Pasep (2,10%)	US\$ 218,40
Cofins (9,65%)	US\$ 1.003,60
Subtotal	US\$ 13.806,00

Fonte: Elaboração própria

Como se pode observar, apenas se considerando os tributos federais (isto é, excluindo-se o valor do ICMS da conta, este responsável por grande parte dos custos de importação), o



acréscimo da taxa de capatazia na base de cálculo do II representa um aumento de US\$ 132,75 no custo total (após conversão, um total de R\$ 727,93, o que representa um aumento de cerca de 0,97%). Dessa forma, essa simples inclusão tem um poder exponencial de elevar os custos de importação o que, considerando a competitividade no setor de comércio exterior, é extremamente prejudicial às empresas.

Além disso, um grande problema nessa inclusão está no fato do Imposto de Importação fazer parte da base de cálculo de outros impostos, como o IPI e ICMS. Sobre isso, cabe apontamento de Sacha Calmon Navarro Coelho de que é inaceitável usar um imposto na base de cálculo de outro, o que perverte o conceito de capacidade contributiva previsto na Constituição, sufoca empresas e aumenta o chamado custo Brasil (CONJUR, 2014):

Se juristas e juízes se conscientizarem de que a base de cálculo dos tributos deve refletir o fato eleito pelo legislador como expressivo da capacidade contributiva, não se poderia aceitar jamais que um imposto entrasse na base de cálculo de outro imposto, como ocorre no sistema tributário brasileiro.

Soma-se a isso o fato de que, de acordo com levantamento feito pela CNI, entende a maior parte das empresas exportadoras brasileiras (51,8%) que elevadas tarifas cobradas por portos e aeroportos são os principais entraves ao comércio exterior no País (CNI, 2018). Isso indica uma forte desvantagem em relação à competitividade no comércio exterior, uma vez que cerca de 95% do comércio exterior brasileiro se dá pela via marítima (MARINHA DO BRASIL, 2021). Em face a isso, Raul Antonio Cristóvão dos Santos, em sua dissertação de mestrado denominada “Eficiência portuária no Brasil”, com base na metodologia de Blonigen & Wilson (2006) e o estimador de Heckman (1979), traz a seguinte consideração (2007, p. 81):

Chamamos a atenção para a existência de economias de escala no transporte marítimo, isto é, a queda no custo decorrente do aumento do volume total transportado entre um porto e um país. Notamos também que as economias de escala podem vir a se tornar deseconomias de escala devido a congestionamento ou desequilíbrio no comércio.

Assim sendo, a competitividade das empresas brasileiras mantém relação com a competitividade de nossos portos, os custos atrelados às suas atividades, bem como os trâmites aduaneiros. Diante do congestionamento ou desequilíbrio no comércio, o setor que se qualifica como economia de escala acaba por vir a se tornar uma deseconomia de escala. Assim, qualquer incremento em custos, seja ele monetário ou de tempo, acaba sendo replicado ao longo da grande

cadeia que é uma operação de comércio exterior e sua inserção na estratégia de atuação das empresas. A inserção dos custos com capatazia no valor aduaneiro, portanto, para além de ir contra ao estabelecido pelo GATT, representa a inserção da má eficiência portuária, ilustrada pelos seus custos elevados, na esfera tributária, reforçando o chamado “custo Brasil”.

Para fins de comparação, temos o caso do sistema portuário espanhol, que estrutura sua aplicação tarifária em prol do atendimento da busca por uma coordenação do sistema de transporte de interesse geral, bem como do princípio da autossuficiência do sistema portuário, corroborando com a visão da tarifa como um fator de competitividade dos portos (NOTTEBOOM, 2008 *apud* CONSTANCE *et al*, 2014, p. 139). Dessa forma, a competitividade é aumentada pela eficiência do porto e a redução de custos que, ainda que propagados na cadeia de produção e ou logística, terão menor impacto.

Diante disso, decisões no mundo jurídico trazem grandes impactos econômicos quando versam sobre esse setor, sendo, portanto, âmbito de extrema relevância para se assegurar o fiel cumprimento da lei e garantir o equilíbrio da ordem econômica. Dessa forma, sob a visão dos negócios, o judiciário é fonte de garantia de direitos, mas, como em caso de mudança de entendimento em matérias de relevância, pode se tornar fato gerador de incremento de custos.

Visto isso, decorre dessas observações que o impacto econômico negativo da inclusão da capatazia na base de cálculo do II deve tentar se mitigado, principalmente, pelas próprias empresas, podendo-se apontar dois principais meios para isso. O primeiro, já elencado ao longo deste estudo, é a busca por uma solução pelo judiciário. De fato, um setor ou suporte jurídico para uma empresa é fundamental, tanto para solução e prevenção de diversos problemas, como para a defesa de seus interesses.

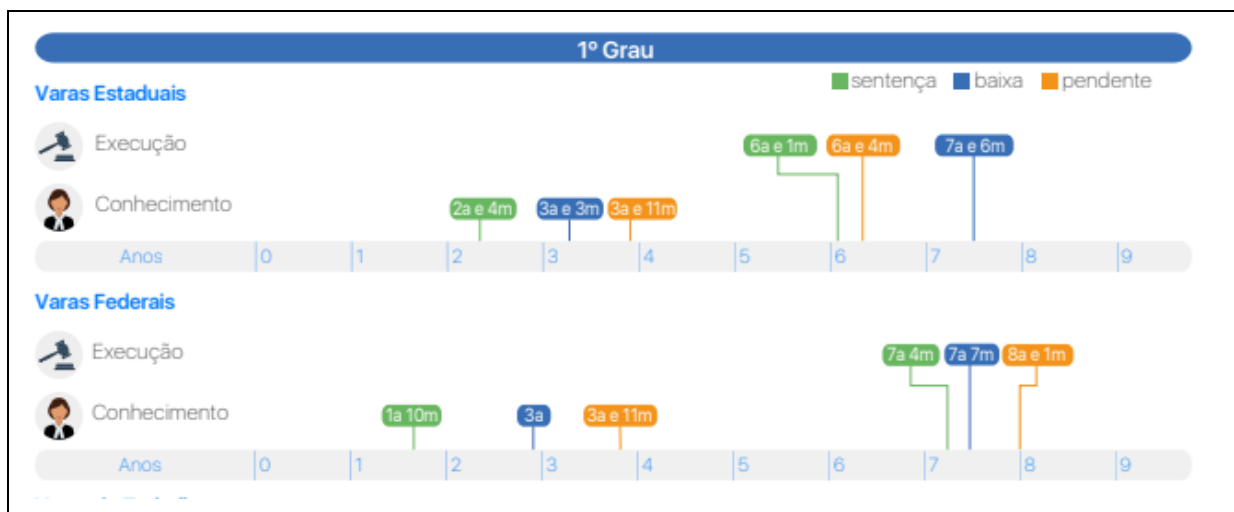
Contudo, apesar de vitórias no judiciário representarem ganhos expressivos ao longo prazo e implicarem em maior segurança para o negócio, os custos elevados e o longo tempo para a tramitação de um processo são barreiras constantes a essa estratégia, como se observa:

Gráfico 3 – Série histórica do tempo médio de duração dos processos

Fonte: CNJ (2019, p. 151)

Como se observa, o tempo médio de tramitação de um processo é de 4 anos e 10 meses no Brasil, tempo esse que conseguiu ser reduzido ao longo dos últimos anos, mas que continua extenso. Em relação a cada instância do judiciário temos o seguinte cenário:

Gráfico 4 – Série histórica do tempo médio de duração dos processos



Fonte: CNJ (2019, p. 149-150)

Ademais de um tempo demasiadamente longo para tramitação de ações em nosso judiciário, a estrutura em si não é barata. Os valores necessários para se movimentar o aparelho judiciário podem ser ilustrados por elevadas custas processuais:

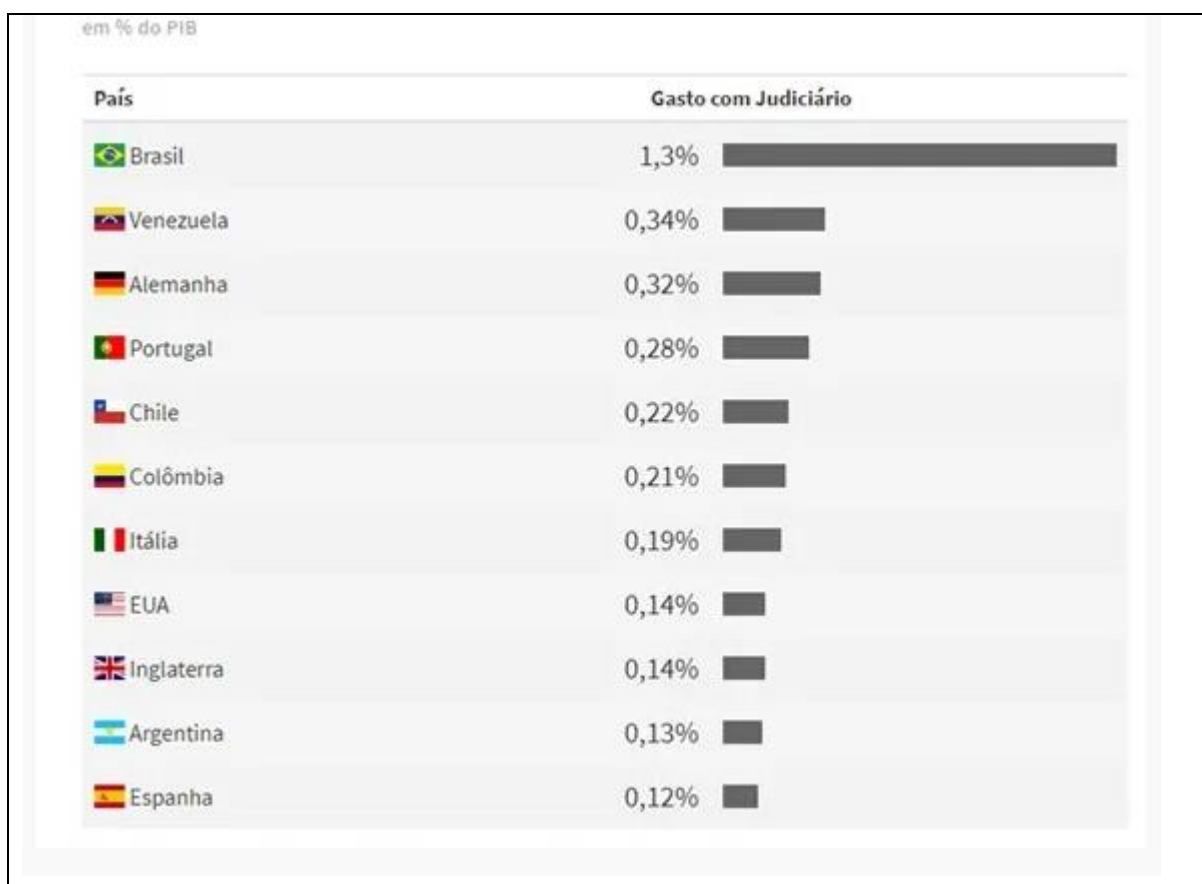
Tabela 3 – Valor das custas judiciais em Estados brasileiros selecionados

Estado	Custas Judiciais 2019 (valor da causa: R\$ 100 mil)
Piauí	R\$ 7.750,00
Paraíba	R\$ 6.567,35
Maranhão	R\$ 4.941,10
Bahia	R\$ 4.659,84
Rio de Janeiro	R\$ 2.768,80
São Paulo	R\$ 1.000,00
Rio Grande do Sul	R\$ 2.500,00
Média: R\$ 4.312,44	

Fonte: Migalhas (2019)

Não é de se espantar que, ao compararmos o Brasil aos demais países, vemos que nosso judiciário é um dos mais caros do mundo, chegando a custar cerca de nove vezes mais do que nos Estados Unidos e Inglaterra (INSTITUTO MILLENIUM, 2019):

Gráfico 5 – Gasto com o judiciário de países selecionado



Fonte: Instituto Millenium (2019)

Com base nisso, é visível que optar por uma estratégia no judiciário requer um dispêndio de recursos considerável, ficando, na maior parte das vezes, os casos de extrema relevância como a discussão da capatazia no STJ nas mãos de empresas ou entidades com maior poder aquisitivo.

Por sua vez, um caminho alternativo recai na própria estratégia das empresas para se adaptarem aos cenários e reduzirem custos, aqui se destacando o papel dos setores financeiro e de controladoria. De acordo com Mosimann e Fisch (2005, p. 205 *apud* SAGAZ; SAGAZ, 2007, p. 6), “a missão da controladoria é otimizar os resultados econômicos da empresa, para garantir sua



continuidade, por meio da integração dos esforços das diversas áreas”. Assim sendo, faz parte de sua missão a busca pela redução de custos, o que inclui, por óbvio, a redução tributária. Ainda, completa Nascimento e Reginato (2007, p. 237 *apud* SAGAZ; SAGAZ, 2007, p. 6):

Neste contexto, pode-se dizer que o impacto das legislações tributárias no resultado econômico da empresa tem influência em qualquer planejamento estratégico e na gestão tributária, pois frequentemente surgem novas leis, decretos, atos normativos, entre outros, que podem impactar as operações da empresa.

Em primeiro lugar, o conhecimento da lei tributária, principalmente em relação à sua aplicabilidade e existência de benefícios, é elemento essencial para uma controladoria eficiente. Essa não é uma tarefa fácil, uma vez que a própria realização do presente estudo já é indício da complexidade do tema no país. Sem dúvidas a utilização do regime especial de Drawback, para empresas exportadoras, ou a escolha pela importação de produtos oriundos de países com os quais o Brasil tenha firmado acordo pelo Mercosul para redução ou isenção do Imposto de Importação são estratégias válidas, mas nem sempre aplicáveis. Casos como empresas que importam para abastecimento ou distribuição interna e aquelas que trabalham com produtos de nações com as quais o Brasil não tem acordo, como os Estados Unidos e a China, não podem ser incluídos nessa estratégia. Assim sendo, recai-se novamente no impacto econômico negativo trazido pela inclusão da capatazia no valor aduaneiro.

Dessa forma, a gestão financeira de uma empresa pressupõe capacidade de adaptação frente a quaisquer riscos, inclusive os legais e operacionais. Antever possíveis cenários e seus impactos econômicos é parte imprescindível para a manutenção do objeto de uma empresa, não sendo diferente no comércio exterior. Incerteza é elemento chave nesse setor, sendo a mudança de posicionamento do STJ exemplo claro disso.

Por fim, visto esses pontos, resta claro que dois setores são essenciais para mitigar os impactos econômicos negativos de casos como a mudança de posicionamento do STJ: o judiciário e o financeiro. Não basta a busca pela mitigação de impactos por cada meio, mas também o diálogo entre as duas áreas. Com isso, o efeito negativo inerente da decisão proferida pelo tribunal, se não revertido, pode ser mitigado, ressaltando-se, então, a necessidade de constante adaptabilidade das empresas brasileiras.

5 CONCLUSÃO

A mudança de posicionamento do STJ quanto à inclusão do serviço de capatazia na base de cálculo do Imposto de Importação (valor aduaneiro) representou um impacto econômico negativo às empresas que operam no comércio exterior brasileiro, somando-se ao chamado “custo Brasil”. Não obstante, a insuficiência portuária brasileira, por mais que o setor venha avançando ao longo dos últimos anos, contribui para um maior prejuízo frente ao problema.

Visto que essa mudança é indevida por ir contra ao disposto pelo acordo GATT, muito se especula como contornar a situação. De fato, entende-se que a decisão proferida pelo STJ vai de encontro ao disposto pelo acordo internacional e, portanto, precisa ser revista. Contudo, por ora, é sabido que as empresas devem considerar o caso como mais um elemento adverso corriqueiro no cotidiano do comércio exterior, pois é bem sabido que o judiciário, por um lado, garante diversos direitos às empresas, mas por outro também representa elemento de risco e incerteza.

Para minar tais efeitos negativos, uma empresa deve considerar formular estratégias tanto no judiciário, como em seu setor de controladoria. O primeiro, por um lado, garante maior segurança e eficiência quando do resultado positivo, porém enseja custos elevados de tempo e dinheiro; por outro lado, o segundo permite maior flexibilidade de atuação da empresa, pois depende de sua adaptabilidade e capacidade técnica para superar obstáculos, contudo deixando a empresa mais exposta à imprevisibilidade de eventos como a mudança de posicionamento do STJ. Resta com isso um diálogo eficaz e eficiente entre os dois setores, conciliando ambas as estratégias para sanar desafios.

Assim, resta claro que as decisões no âmbito do judiciário, ainda que pareçam versar sobre temas ínfimos, têm capacidade de trazer grandes impactos econômicos, o que demonstra que a realidade fática dos negócios é elemento intrínseco ao mundo jurídico, negando qualquer caráter abstrato. Dessa forma, percebe-se que o arcabouço legal e seu entendimento perpassam o escopo da infraestrutura e quando não se está condizente ao estabelecido, como em relação a acordos internacionais, apenas aponta mais uma face do gargalo que vive o Brasil.

6 REFERÊNCIAS

BACELO, Joice. **Contribuinte perde no STF disputa sobre serviços portuários**. Valor Econômico, 2021. Disponível em: <<https://www.google.com/amp/s/valor.globo.com/google/amp/brasil/noticia/2021/03/20/contribuinte-perde-no-stf-disputa-sobre-servicos-portuarios.ghtml>>. Acesso em: 09 abr. 2021.

BANCO MUNDIAL. **Trade (% of GDP)**. 2021. Disponível em: <<https://data.worldbank.org/indicator/NE.TRD.GNFS.ZS>>. Acesso em 22 abr. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994**. 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d1355.htm>. Acesso em: 09 abr. 2021.

_____. **Decreto-Lei nº 37, de 18 de novembro de 1966**. 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0037.htm#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20imposto%20de,aduaneiros%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%A2ncias.&text=Art%201%C2%BA%20O%20imp%C3%B4sto%20de,sua%20entrada%20no%20territ%C3%B3rio%20nacional.>>. Acesso em: 09 abr. 2021.

_____. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966**. 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm>. Acesso em: 09 abr. 2021

_____. **Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013**. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12815.htm>. Acesso em: 09 abr. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça – STJ. **Recurso Especial nº 1.618.897/2020 – RJ**. Tributário. Recurso Especial. Prevalência dos tratados internacionais tributários sobre a norma de direito interno. Conceito de lucro. Incidência do imposto de renda. Empresa com sede na França e sem estabelecimento permanente instalado no Brasil. Convenção celebrada entre a República Federativa do Brasil e a França, promulgada pelo decreto 70.506/1972. Cobrança de tributo que deve ser efetuada no país de origem (França). Recurso especial da sociedade empresarial provido. Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. 2020. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1943709&num_registro=201602081105&data=20200526&formato=PDF>. Acesso em: 22 abr. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça – STJ. **Serviços de capatazia integram base de cálculo do Imposto de Importação**. 2020. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Servicos-de-capatazia-integram-base-de-calculo-do-Imposto-de-Importacao.aspx>>. Acesso em: 09 abr. 2021.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA – CNI. **CNI entra com embargos no STJ contra decisão que aumenta custo de importação para capatazia**. 2020. Disponível em: <<https://noticias.portaldaindustria.com.br/noticias/leis-e-normas/cni-entra-com-embargos-no-stj-contra-decisao-que-aumenta-custo-de-importacao-para-capatazia/>>. Acesso em: 09 abr. 2021.



CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA – CNI. **Desafios à Competitividade das Exportações Brasileiras**. 2018. Disponível em: <<http://desafioexport.org.br/desafios-a-competitividade-das-exportacoes-brasileiras-2018/>>. Acesso em: 09 abr. 2021.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA – CNI. **Fim da incidência de impostos sobre a capatazia adicional R\$ 134,5 bi ao PIB em 20 anos**. 2020. Disponível em: <<https://noticias.portaldaindustria.com.br/noticias/internacional/fim-da-incidencia-de-impostos-sobre-a-capatazia-adicional-r-1345-bi-ao-pib-em-20-anos/>>. Acesso em: 09 abr. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. **Justiça em números 2019**. 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2021.

CONSTANTE et al. **Tarifas Portuárias: Um estudo comparativo entre os sistemas portuário brasileiro e espanhol**. Revista APGS, Minas Gerais, 6 (3), p. 109-167, 2014. Disponível em: <<https://periodicos.ufv.br/apgs/article/view/4636>>. Acesso em: 23 abr. 2021.

CONSULTOR JURÍDICO – CONJUR. **É inaceitável usar um imposto na base de cálculo de outro, diz Sacha Calmon**. Revista Consultor Jurídico, 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-nov-12/inaceitavel-usar-imposto-base-outro-sacha-calmon>>. Acesso em: 22 abr. 2021.

GONÇALVES, Reinaldo. **A teoria do comércio internacional: uma resenha**. Economia Ensaios, Volume 12, N. 1, p. 3-20, dezembro 1997.

INSTITUTO MILLENIUM. **O custo excessivo das instâncias superiores do judiciário brasileiro**. 2019. Disponível em: <<https://www.institutomillennium.org.br/o-custo-excessivo-das-instancias-superiores-do-judiciario-brasileiro/>>. Acesso em: 22 abr. 2021.

MARINHA DO BRASIL. **Economia Azul**. 2021. Disponível em: <<https://www.marinha.mil.br/economia-azul/sobre>>. Acesso em: 22 abr. 2021.

MIGALHAS. **Piauí, Paraíba e Maranhão têm as custas judiciais mais caras do país**. 2019. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/quentes/316382/piaui--paraiba-e-maranhao-tem-as-custas-judiciais-mais-caras-do-pais>>. Acesso em 23 abr. 2021.

MINISTÉRIO DA ECONOMIA. **Balança Comercial Preliminar Parcial do Mês**. 2021. Disponível: <https://balanca.economia.gov.br/balanca/pg_principal_bc/principais_resultados.html>. Acesso em: 22 abr. 2021.

OTTA, Lu Aiko. **Governo estuda retirada de taxa de capatazia do Imposto de Importação**. Valor Econômico, 2020. Disponível em: <<https://www.sopesp.com.br/2020/12/15/governo-estuda-retirada-de-taxa-de-capatazia-do-imposto-de-importacao/#:~:text=Embora%20a%20regra%20atual%20esteja,maior%20seguran%C3%A7a%20jur%C3%ADdica%20aos%20importadores.>>. Acesso em: 09 abr. 2021.

SAGAZ, Carla Amarilho; SAGAZ, Fernando Rodrigo. **A participação da controladoria na gestão estratégica da tributação reduzindo os custos das importações**. XXVII congresso



Brasileiro de Custos, João Pessoa, p. 1- 13, 2007. Disponível: <<https://anaiscbc.emnuvens.com.br/anais/article/view/1560/1560>>. Acesso em: 23 abr. 2021.

SANTOS, Raul Antonio Cristóvão dos. **Eficiência portuária no Brasil**. Dissertação (Mestrado em Ciência Econômica) – Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, Universidade de São Paulo. São Paulo, p. 104, 2007.



CABOTAGEM DE CONTÊINERES: Análise da Estrutura de Mercado no Brasil¹

CONTAINER CABOTAGE: Analysis of the Market Structure in Brazil

Elizabete Thomas²

RESUMO: Em um contexto político de questionamento da política pública para a cabotagem brasileira de contêineres, o objetivo deste artigo é analisar a estrutura do mercado resultante de sua aplicação. São objetivos deste artigo: realizar breve análise histórica do tema da proteção do mercado de navegação no país (mais especificamente, a cabotagem de contêineres), identificar as empresas e a frota operante no setor e, por fim, analisar a estrutura de mercado resultante da política pública protecionista adotada, por meio de indicadores adequados (Índice Herfindahl-Hirshman), de forma a constatar se há concentração ou desconcentração de mercado e em que medida. O artigo se propõe a conhecer o atual estado da disciplina, de forma a possibilitar, em caso de alteração da política pública vigente, futuras comparações e análises.

PALAVRAS-CHAVE: Navegação; Cabotagem; Política Pública; Estrutura de Mercado.

ABSTRACT: In a political context where the public policy for the Brazilian container cabotage is being questioned, the objective of this paper is to analyze the resulting market structure from its application. The objectives of this paper are: to carry out a brief historical analysis of the protection of the navigation market in the country (more specifically, container cabotage), to identify the companies and the operating fleet in the sector and, finally, to analyze the resulting market structure from the adopted protectionist public policy, using appropriate indicators (such as the Herfindahl-Hirshman Index), in order to verify whether there is concentration or market deconcentration and to what extent. This paper proposes to study the current state of the discipline, in order to enable future comparisons and analyses, in case of a change of the current public policy.

KEYWORDS: Navigation; Cabotage; Public Policy; Market Structure.

¹ Esse artigo é baseado no Trabalho de Conclusão de Curso – TCC apresentado na Fundação Getúlio Vargas – FGV no curso de MBA Executivo em Economia e Gestão: Regulação em Transportes.

² Doutoranda em Economia na Universidade Católica de Brasília – UCB e Mestre em Administração pela Universidade Federal da Bahia - UFBA. É Especialista em Regulação de Serviços de Transportes Aquaviários na Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ. Esse artigo não representa a opinião da Instituição na qual trabalha, mas, tão somente, a opinião da autora.



1 INTRODUÇÃO

A política pública de proteção nacional à navegação costeira é instituto que remonta à formação dos Estados modernos. Recentemente, Thomas & Vedan (2019) reuniram estudos sobre a temática, realizaram análise comparada do Direito aplicado em diversos países e situaram o Brasil em relação ao tema. Concluíram os autores que, ao longo dos anos, “a defesa da navegação marítima costeira modificou-se, mas subsistiu”, apesar de ter sido recorrentemente colocada à prova (THOMAS & VEDAN, 2019, p. 14). No Brasil, de acordo com a Lei no 9.432/1997, navegação de cabotagem é definida como aquela realizada entre portos ou pontos do território brasileiro, utilizando-se a via marítima ou esta e as vias navegáveis interiores (BRASIL, 1997, art. 2º, inc. IX).

O presente trabalho insere-se em um contexto em que a política pública para o setor de navegação, cujo marco é a supramencionada Lei nº 9.432/1997, está sendo questionada. De um lado, o Ministério da Economia propôs, inicialmente, a abertura irrestrita deste mercado. Ao longo do ano de 2019, o Ministério da Infraestrutura, por seu turno, esforçou-se no sentido de evidenciar a relevância de que o mercado fosse apenas flexibilizado, uma vez que a abertura irrestrita colocaria o país em posição de dependência do fluxo de embarcações estrangeiras.

Ao longo dos anos 2018 e 2019, o Tribunal de Contas da União (TCU) realizou auditoria operacional para avaliar os obstáculos ao desenvolvimento deste tipo de navegação no país, sob a égide da norma de regência, com o intuito de estimular o incremento de sua participação na matriz de transportes nacional. A auditoria centrou-se no transporte realizado por contêineres. O objetivo do órgão de controle, após a auditoria, é que o mercado de transportes de cargas na costa brasileira por meio de contêineres seja fomentado, de modo a tornar a estrutura de mercado mais aberta àqueles que dele desejam participar. O fomento à competição e a defesa da concorrência levariam, inexoravelmente, à redução dos preços dos fretes. Em seu estudo, o TCU desconsiderou que, internacionalmente, este segmento da economia está estruturado de forma similar: as principais companhias de navegação estão oligopolizadas em 3 (três) alianças, que concentram cerca de 80% da movimentação mundial de contêineres. Essas alianças são a 2M Alliance, a Ocean Alliance e a “The” Alliance³.

³ Para mais informações sobre essas alianças, ver CADE (2018)



Este artigo propõe-se a analisar a atual estrutura de mercado deste segmento da economia nacional, qual seja: a cabotagem de contêineres. Essa estrutura de mercado é resultado da aplicação da Lei nº 9.432/1997, que ordena o transporte aquaviário brasileiro. Caso haja, de fato, alteração na política pública vigente, este trabalho possibilitará averiguar o impacto da abertura de mercado em sua estrutura, se houve concentração ou desconcentração do mercado e em que medida. Seu objetivo é analisar a atual estrutura do mercado brasileiro de cabotagem por contêineres resultante da aplicação de lei de regência para o setor, pretendendo conhecer o atual estado da disciplina, de forma a possibilitar, em caso de alteração da política pública vigente, futuras comparações e análises.

Este artigo tem como ponto de partida a análise histórica dos marcos legais do setor de navegação no Brasil. Com suporte em uma perspectiva histórica, será possível investigar o status quo do tema, levando-se em consideração não apenas os normativos vigentes, mas, também, os estudos mais recentes sobre a temática, sejam eles provenientes do próprio governo ou não.

Posteriormente, faz-se necessário conhecer o setor sobre o qual se trabalha. A identificação das empresas atuantes foi feita por meio de pesquisa nas informações disponibilizadas no sítio eletrônico da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ). Os dados disponibilizados por essa Agência Regulatória, por meio do Estatístico Aquaviário, Sistema de Informações Gerenciais (SIG) e por meio do próprio Portal, foram vastamente utilizados. As informações disponibilizadas pelas empresas identificadas em seus sítios eletrônicos também foram empregadas. Observa-se, pois, que este artigo fez extenso uso de dados secundários.

Para a análise da capacidade de transporte de cada empresa identificada, não foi utilizada a quantidade de embarcações que cada empresa possui, mas a tonelage de porte bruto (TPB) de sua frota (em inglês, *Deadweight Tonnage* – DWT). A tonelage de porte bruto é a soma de todos os pesos variáveis que uma embarcação é capaz de embarcar em segurança. É o somatório dos pesos de combustível, água, mantimentos, consumíveis, tripulantes, passageiros, bagagem e carga embarcados. O índice também pode ser definido como a diferença entre o deslocamento bruto e o líquido transportado em carga, combustível e equipagem. O deslocamento bruto (*gross displacement*) é o peso total que pode ser deslocado pela embarcação, ou seja, o peso da



embarcação (casco, motor e equipamentos), equipagem (tripulação e seus pertences), combustível e carga. O deslocamento líquido (*net displacement*) é o peso total deslocado somente pela embarcação (caso, motor e equipamentos).

Quando da análise propriamente dita da estrutura de mercado, optou-se pela utilização do Índice *Herfindahl-Hirschmann*, amplamente empregado em estudos econômicos sobre concentração de mercado. Escolheu-se esse índice em função de vários fatores, dentre os quais sua fácil manipulação e sua funcionalidade para mercados com poucos *players*. Alguns índices não são passíveis de serem usados para este caso concreto, uma vez que consideram, por exemplo, a participação relativa das três maiores empresas atuantes no setor e, neste caso, temos ao todo, apenas, três companhias. O cálculo do Índice *Herfindahl-Hirschmann* será apresentado mais adiante.

2 NAVEGAÇÃO DE CABOTAGEM: AVANÇOS E RETROCESSOS NO BRASIL

A Lei nº 9.432, de 8 de janeiro de 1997, que dispõe sobre a ordenação do transporte aquaviário, define a navegação de cabotagem, como “a realizada entre portos ou pontos do território brasileiro, utilizando a via marítima ou esta e as vias navegáveis interiores” (BRASIL, 1997, art. 2º, inc. IX). Esse tipo de navegação, no entanto, é anterior à própria formação do Estado brasileiro e tem origem quando da ocupação litorânea do território por Portugal, com a priorização dos espaços costeiros. Segundo Fonseca (2012, p. 03),

o transporte através da navegação de cabotagem foi um dos principais modais utilizados até a primeira metade do século XX, quando as malhas ferroviárias voltadas predominantemente para a interiorização do território, e, sobretudo as malhas rodoviárias ainda estavam em formação. A matriz de transporte que se consolida no Brasil a partir de então deixa o modal aquaviário em uma posição marginal em relação aos principais modais terrestres (...).

Até meados do século XX, a navegação costeira foi o eixo do sistema de viação do Brasil. Entre os anos 1500 (início do período dos descobrimentos) e 1808 (chegada da família real portuguesa ao Brasil), a navegação de cabotagem era a única forma de interligar os portos brasileiros para a realização das atividades comerciais internas (CNT, 2013). Os portugueses, apesar das constantes invasões estrangeiras, detinham o monopólio da navegação e do comércio.



Neste período, a navegação de cabotagem perdia espaço apenas para a navegação de longo curso (comércio de exportação e importação), que era preponderante.

A chegada da família real portuguesa e a Carta Régia de 28 de janeiro de 1808 marcaram o fim do monopólio português na costa brasileira (BRASIL, 1808). Uma vez que, a esta época, não havia ligações terrestres importantes e eficazes, o território comunicava-se, predominantemente, pelo Atlântico e pelos rios. Iniciou-se um período de comércio internacional marítimo relativamente livre, com a expansão da frota de embarcações construídas no Brasil e avanços e retrocessos até o estabelecimento de um projeto nacional para o setor.

Em 1822, quando da Independência do Brasil, o país herdou um aparelhamento naval em boas condições. O Império, no entanto, enfrentou problemas relativos à falta de regularidade entre pontos e portos do território, o que resultou em problemas internos de gestão. Deste problema, surgiu a necessidade de implementação, pelo governo imperial, da navegação de cabotagem regular oficial para o transporte de correspondências e de pessoas para vários lugares do território nacional. Seguiu-se à concessão de linhas regulares às empresas que possuíam navios à vapor, fato que contribuiu para a modernização da frota mercante.

Em relação ao problema da falta de regularidade entre os portos nacionais, Octaviano Martins (2013, p. 50) ensina que o abastecimento do comércio interior demanda regularidade e, por isso, seus fluxos não podem se submeter, unicamente, às decisões e interesses da iniciativa privada. Uma vez que os critérios da iniciativa privada são guiados pelo lucro e pela rentabilidade econômica, a autora conclui que “a atividade da navegação enseja o intervencionismo estatal”. Este intervencionismo estatal seria capaz de garantir a regularidade necessária ao abastecimento interno e o alcance dos interesses nacionais.

Percebe-se, pois, que, passados meio século, este debate ainda é atual. Ciclicamente, discute-se o grau de intervenção do Estado na economia e, neste caso concreto, de intervenção no setor de navegação nacional. Ao longo do período do Império, uma das formas de intervenção estatal era por meio da concessão de linhas de navegação regulares. Tais concessões não persistem mais, mas outras formas de intervencionismo se fazem presentes, como a reserva de mercado às embarcações de bandeira brasileira.



É, portanto, ao longo do período do Império que, de acordo com Fonseca (2012, p. 41), “o desenvolvimento da navegação mercante e da indústria naval nacional passa a se vincular de forma mais intensa devido às políticas públicas do Estado”. Se, por um lado, a presença do Estado no setor torna-se inexorável, por outro lado, este setor começa a ser vinculado ao da construção naval. Esse trinômio Estado- navegação-construção naval será, ao longo dos anos, objeto de muitos debates e questionamentos. Este trinômio é o eixo da Lei no 9.432/1997 e da política pública atualmente em vigor para o setor.

Para Octaviano Martins (2013, p. 56), no entanto, os mercados de navegação e de construção naval são distintos. Para a autora, a indústria da navegação (ou “indústria *shipping*”) é segmentada em dois mercados: o mercado de fretes (*freight market*), que se relaciona ao transporte e à armação de navios (a navegação propriamente dita) e o mercado de construção naval e comercialização de navios (compra e venda, construção, reparação naval, e descomissionamento). Desde cedo, no entanto, existiu a vinculação entre o desenvolvimento da marinha mercante e da indústria naval nacionais, ambos sob uma espécie de tutela do Estado. Até hoje, tal vinculação permanece.

Desde os anos iniciais da formação do Estado brasileiro, a questão da liberalização ou da proteção do setor fez-se presente. O Decreto nº 60, de 8 de outubro de 1833, autorizou o governo a contratar empresas nacionais e estrangeiras para navegarem no país, fato que suscitou debates (BRASIL, 1833). Nos quase 200 anos que se seguiram, o debate permaneceu, e os sucessivos governos adotaram políticas públicas diversas, evidenciando a falta de uma verdadeira política pública de Estado para o setor e a existência de diferentes políticas de governo.

O período do Brasil Imperial foi marcado por uma sucessão de decretos que pouco impactaram o setor de prestação de serviços de navegação ou da indústria naval. A navegação de longo curso permaneceu sendo realizada por embarcações estrangeiras. Na navegação de cabotagem, as empresas nacionais concorriam com as estrangeiras (a abertura da navegação de cabotagem aos estrangeiros sempre esteve na pauta do governo imperial). Um dos principais marcos deste período foi a criação da Companhia de Navegação Costeira, em 1882. No setor de infraestrutura portuária, pouco foi investido.



Após a Proclamação da República, em 15 de novembro de 1889, foi fundada a Companhia de Navegação Lloyd Brasileiro, em 1890, que viria a se tornar a principal armadora nacional. Por quase um século, o Lloyd tornar-se-ia sinônimo de marinha mercante nacional. A Constituição de 1891, art. 13, restabeleceu o privilégio dos nacionais na cabotagem, ato que marca a volta da intervenção estatal na navegação. *In verbis*:

Art. 13. O direito da União e dos Estados de legislares sobre viação férrea e navegação interior será regulado por lei federal.

Paragrapho único. A navegação de cabotagem será feita por navios nacionais (BRASIL, 1891).

Do excerto acima, observa-se que, à época, não se falava de modal rodoviário, inexistindo a política rodoviarista característica dos anos seguintes. Esta política de Estado terá início no Governo Vargas (1930 - 1945). Tampouco existia, concretamente, uma política estruturada para o transporte aquaviário pela costa e pelas vias interiores. Esse transporte ocorria antes por falta de opções do que pela existência de políticas públicas para fomentá-lo.

Até a década de 1930, a navegação de cabotagem esteve dentre os principais modais utilizados para o transporte de cargas no país, apesar das inúmeras dificuldades enfrentadas pelo setor aquaviário. Possivelmente o modal somente ocupava ainda essa posição devido à falta de opções para a realização dos fluxos em alguns casos, mas na impossibilidade da indústria naval atender as demandas da marinha mercante nacional no contexto da Crise de 1929, o modal começa enfrentar seus maiores desafios (FONSECA, 2012, p.46)

Os anos 1930 marcaram o início de intensas políticas públicas pautadas na urbanização e na industrialização. Neste bojo, estava a modernização dos transportes como um todo. Iniciou-se o período de formação das malhas rodoviárias brasileiras com foco na interiorização do país. Nos anos 1940, o setor aquaviário nacional estava relativamente bem estruturado: contava-se com 130 embarcações de carga, 11 empresas e 53 portos (entre portos organizados, não organizados e portos naturais) (SILVA apud FONSECA, 2012, p. 48). O Lloyd Brasileiro, por exemplo, possuía 61 embarcações atuando na cabotagem e no longo curso e 11 linhas regulares de cabotagem estabelecidas que abrangiam toda a costa nacional. A Companhia Nacional de Navegação Costeira, por seu turno, possuía 23 embarcações e 4 linhas regulares nacional. São outras empresas atuantes à época: Companhia Comércio e Navegação - CCN, Companhia Carbonífera Rio-Grandense, Empresa Nacional de Navegação Hoepcke - ENNH, Rodolfo Sousa & Cia, Sociedade Paulista de Navegação Matarazzo LTDA., Sociedade de Navegação Paraná-

Santa Catarina, Sociedade Madeireira LTDA, e Navegação do Rio Amazonas. A navegação privada era atuante, e o Brasil era líder no setor marítimo na América do sul.

Nos anos que se seguiram, diversos planos estatais foram lançados com o objetivo de reaparelhar o Lloyd Brasileiro. Os governos Dutra, Vargas, Kubitschek e Goulart fomentaram a marinha mercante brasileira e a indústria naval ao passo que investiram maciçamente em rodovias, fato que contribuiu à diminuição da demanda e da importância do modal aquaviário no país. Em 1957, a cabotagem já operava quase sem capacidade de competir com outros modais (FONSECA, 2012, p.55).

Em 1969, durante o Governo Costa e Silva, o Decreto nº 64.125 criou a Superintendência Nacional da Marinha Mercante (Sunaman), que modificou, mais uma vez, o papel do Estado, com a centralização e o fortalecimento das políticas públicas para o setor (BRASIL, 1969). Após décadas de avanços e retrocessos, a frota nacional cresceu como nunca, principalmente à vinculada à navegação de longo curso, “atingindo 1% da frota mundial e ampliando a participação dos navios de bandeira brasileira de 35% para 50% nos fluxos do comércio exterior que perpassavam pelo país” (FONSECA, 2012, p.58). Neste período, denominado por alguns como “áureo”, a indústria naval brasileira ocupou a segunda posição no mundo, atrás somente do Japão.

A década de 1970 foi marcada pela prosperidade do setor aquaviário, voltado quase exclusivamente à navegação de longo curso, que era a mais lucrativa. Estimulou-se a formação de grandes companhias, por meio de processos de centralização e de concentração de capital. Neste período, por exemplo, surgiu a Companhia Libra de Navegação, fruto da fusão de treze pequenas companhias de cabotagem, com o objetivo de atender à demanda dos fretes nacionais. Concomitantemente, consolidou-se o modal rodoviário para o transporte de cargas no país com os vultuosos investimentos públicos no setor.

Após este período, a partir do final dos anos 1970, houve a desaceleração da economia brasileira, a queda nos investimentos, a crise fiscal e financeira mundiais, com a consequente diminuição do poder de ação do Estado sobre o setor naval. Houve novas tentativas de reaquecer o setor, mas ficou evidente que o modal rodoviário demandava menos recursos e alcançava resultados em prazos mais curtos.



No final da década de 1980 o retrocesso para o setor naval foi enorme, a indústria naval operava com uma capacidade ociosa de 60%, a participação de navios com bandeira brasileira no comércio exterior que perpassava pelo país voltou aos 35% em 1989 (levando-se em conta as embarcações afretadas), e as empresas estatais do setor ingressaram em um processo de apatia extrema sem grandes perspectivas devido ao contexto político e econômico pelo qual o país se encontrava (GOULART FILHO, 2010), e um processo contínuo de recessão que levou a extinção e o sucateamento dos principais estaleiros e armadores nacionais (FONSECA, 2012, p. 60)

Destaque-se que o período áureo da navegação brasileira, além de breve, ocorreu em um contexto de alto intervencionismo estatal, muito distinto do atual. Dificilmente essas condições seriam passíveis de serem reproduzidas em um contexto no qual as iniciativas econômicas são deixadas aos agentes econômicos privados, e o Estado possui o papel apenas de regular e fiscalizar o setor. De lá para cá, o papel do Estado mudou substancialmente.

2.1 A retomada do discurso da (proteção da) cabotagem

O ano de 1989 é marco do início das políticas de privatização no país e da abertura da economia em relação ao mercado internacional. Os cenários político e econômico mudaram e, conseqüentemente, fazia-se necessária a modernização de vários setores nos quais predominava o intervencionismo estatal. No mesmo ano, a Sunaman foi extinta e criou-se, em seu lugar, a Secretaria de Transportes Aquáticos – STA.

A extinção da Sunaman é um marco final de um período marcado por inúmeras ações públicas para o setor naval durante praticamente todos os governos após 1939. Depois do auge que ocorreu por volta de 1970, o setor naval entra em declínio no contexto da crise internacional e a presença estatal no setor, tão reforçada por décadas, passa a navegar rumo ao seu desmonte (FONSECA, 2012, p. 61)

A Lei nº 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, estabeleceu um novo regime jurídico de exploração dos portos organizados e das instalações portuárias. Ela ficou conhecida como “lei de modernização dos portos”, pois objetivava diminuir entraves e melhorar a eficiência portuária, por meio da diminuição do papel do Estado e do incremento da participação da iniciativa privada. Apesar de ser uma lei focada em aspectos relacionados ao porto e à sua área, a lei em questão criou novo ambiente para o setor como um todo. A maior inserção do capital internacional em território brasileiro culminou no ingresso de grandes companhias estrangeiras e na progressiva desregulamentação da navegação.

É no bojo deste processo de abertura que se iniciam as discussões em torno do Projeto de Lei nº 1.125/1995, cujo objetivo era o de “aumentar a competitividade da marinha mercante nacional e reduzir o custo do transporte aquaviário sem expor a frota nacional à concorrência desequilibrada com as empresas estrangeiras” (THOMAS & VEDAN, 2019, p. 22). A Lei nº 9.432/1997 que culminou do referido projeto de lei, apesar de estabelecer reservas ao mercado, avançou na liberalização em muitos pontos.

No mesmo ano, em 1997, sob o Programa Nacional de Desestatização, a Companhia de Navegação Lloyd Brasileiro foi extinta. Ademais, o novo marco normativo possibilitou que o interesse de grandes armadores internacionais se firmasse internamente, uma vez que os requisitos para se tornar empresa brasileira de navegação - EBN⁴ foram alterados: não era mais necessário que determinado percentual do capital da empresa fosse nacional, mas tão somente que a sua sede fosse no Brasil. A inserção do capital estrangeiro contribuiu à concentração de mercado e sua consequente oligopolização. Atualmente, questiona-se a validade da restrição de acesso ao mercado aos navios estrangeiros, uma vez que as próprias EBN aqui constituídas possuem capital, majoritariamente, internacional.

3 DA ORGANIZAÇÃO NACIONAL DO MERCADO DE TRANSPORTE DE CONTÊINERES

Atualmente, quarenta e duas empresas brasileiras de navegação (EBN) são outorgadas para operar na navegação de cabotagem⁵. Destas, uma possui outorga apenas para fins de financiamento junto ao Fundo da Marinha Mercante (FMM), dezesseis estão autorizadas a operar exclusivamente embarcações de porte bruto inferior a 500 TPB⁶ e vinte e cinco estão outorgadas a operar na navegação de cabotagem propriamente dita.

⁴ Empresa Brasileira de Navegação – EBN: “pessoa jurídica constituída segundo as leis brasileiras, com sede no País, que tenha por objeto o transporte aquaviário, autorizada a operar pelo órgão competente” (BRASIL, 1997, art. 2o, inc. V).

⁵ Dados do Portal da Antaq. Disponível em: www.antaq.gov.br. Acesso em: 07 fev 2020.

⁶ Tonelagem de Porte Bruto – TPB. Em inglês, Deadweight Tonnage – DWT.



Tabela 01 – Empresas outorgadas a operar na cabotagem*

	Empresa	Frota	
		Embarcação	TPB
01	Aliança Navegação e Logística LTDA.	09 porta-contêineres	470.722,00
02	Chibatão – Navegação e Comércio LTDA.	69 balsas 23 empurradores / rebocadores 01 barcaça	141.039,14
03	Cia de Navegação Norsul	01 químico 01 graneleiro 06 empurradores / rebocadores 12 barcaças	164.134,64
04	Empresa de Navegação Elcano S.A.	02 químicos 02 graneleiros 02 petroleiros 02 gases liquefeitos	230.239,50
05	Equipemorm Serviços Marítimos LTDA.	02 balsas 01 rebocador/empurrador	1.636,83
06	Flumar Transportes de Químicos e Gases LTDA.	03 químicos	80.000,00
07	Grega Shipping Navegação LTDA.	03 balsas 02 rebocadores / empurradores	2.540,27
08	Hidrovias do Brasil – Cabotagem LTDA.	02 graneleiros 02 rebocadores / empurradores	165.830,22
09	Locar Guindastes e Transportes Intermodais S.A.	04 balsas 05 barcaças 13 rebocadores / empurradores	36.052,65
10	Log-In Logística Intermodal S.A.	02 porta-contêineres	62.660,60
11	Log-In Marítima Cabotagem LTDA.	01 porta-contêiner	36.861,00
12	Log-In Navegação LTDA.	02 porta-contêineres	77.315,30
13	Lyra Navegação Marítima LTDA.	02 graneleiros	71.596,00
14	Marfort Serviços Marítimos LTDA.	04 balsas 02 barcaças 03 rebocadores / empurradores	2.971,83
15	Martin Leme Serviços Marítimos LTDA.	02 balsas 03 barcaças 03 rebocadores / empurradores 02 chatas 11 lanchas	5.235,03
16	Mercosul Line Navegação e Logística LTDA.	04 porta-contêineres	140.161,50
17	Norsulcargo Navegação S.A.	02 carga-geral	49.680,00
18	Norsulmax Navegação S.A.	01 graneleiro	75.011,80
19	Petrobras Transportes S.A. – TRANSPETRO	29 petroleiros	2.406.675,73
20	Petróleo Brasileiro S.A. – PETROBRAS	02 petroleiros 08 lanchas	230.042,13
	Empresa	Frota	
		Embarcação	TPB
21	Posidonia Shipping & Trading LTDA.	02 balsas 01 rebocador / empurrador	5.852,02
22	Sea Partners Navegação e Logística LTDA.	04 barcaças 01 balsa 02 botes 01 rebocador / empurrador	44.318,88

23	Superpesa Cia de Transportes Especiais e Intermodais	02 balsas 06 barcas 01 cábreá	34.752,00
24	Tranship Transportes Marítimos LTDA.	03 balsas 01 barca 06 carga geral 19 rebocadores / empurradores	41.458,99
25	Zemax Log Soluções Marítimas S.A.	06 barcas 03 rebocadores / empurradores	9.452,89
	TOTAL	317	4.586.240,95

* Excluídas as empresas outorgadas a operar exclusivamente embarcações de porte bruto inferior a 500 TPB e para fins de financiamento junto ao Fundo da Marinha Mercante – FMM.

Fonte: Portal da Antaq, disponível em: www.antaq.gov. Acesso em: 07 fev 2020.

Das vinte e cinco EBN outorgadas a operar na navegação de cabotagem, apenas cinco possuem embarcações contêineras em sua frota: Aliança Navegação e Logística LTDA., Log-In Logística Intermodal S/A, Log-In Navegação LTDA., Log-In Marítima Cabotagem LTDA. e Mercosul Line Navegação e Logística LTDA. Como Log-In Logística Intermodal S/A, Log-In Navegação LTDA. e Log-In Marítima Cabotagem LTDA pertencem ao mesmo grupo e foram apartadas por questões estratégicas da empresa, estas serão consideradas como 1 (uma) só, doravante denominadas apenas de “Grupo Log-In”. Das 317 embarcações operantes na cabotagem brasileira, apenas 18 são porta-contêineres, que representam 17,18% da TPB disponível nesta navegação.

Faz-se interessante observar aqui, portanto, que, apesar de relevante, o escopo da auditoria realizada pelo TCU anteriormente mencionada é pequeno: engloba apenas 6% das embarcações, 17,18% da TPB e 20% das empresas que operam na navegação de cabotagem. O setor de transporte de mercadorias em contêineres, ademais, possui suas especificidades. Dessa forma, é inviável fazer qualquer generalização a partir dos achados de sua análise para toda a navegação de cabotagem.

A abertura progressiva do mercado que atualmente se propõe tem como objetivo aumentar o número de embarcações disponíveis e, com isso, aumentar a participação deste modal na matriz de transportes nacional. Novamente, retoma-se o debate entre abertura da navegação costeira a embarcações estrangeiras ou reserva de mercado aos nacionais, discussão está presente desde os tempos imperiais.



3.1 Aliança Navegação e Logística Ltda.

A Aliança Navegação e Logística LTDA. (doravante “Aliança”) foi fundada em 1950 e, atualmente, é a EBN que possui a maior frota de embarcações do tipo porta-contêiner operando na costa brasileira. Em 1998, a Aliança foi adquirida pelo Grupo Oetker, proprietário da empresa de navegação Hamburg Süd⁷. A internacionalização do seu capital foi possível com o advento da Lei nº 9.432/1997, que flexibilizou o conceito de empresa brasileira de navegação, conforme explicitado anteriormente. Apesar disto, as empresas permaneceram comercialmente independentes e, desde 1º de dezembro de 2017, ambas passaram a pertencer à A.P. Moller – Maersk⁸. A frota da empresa é composta pelos seguintes porta-contêineres:

Tabela 02 - Frota de Contêineres da EBN Aliança Navegação e Logística LTDA. Fev./2020

Nome da Embarcação	TPB	Ano de Construção	Estaleiro de Construção
Américo Vespúcio	52.039,00	2013	Shanghai Shipyard (China)
Bartolomeu Dias	57.818,00	2014	Shanghai Shipyard (China)
Fernão de Magalhães	52.072,00	2013	Shanghai Shipyard (China)
Pedro Álvares Cabral	52.019,00	2013	Shanghai Shipyard (China)
Sebastião Caboto	52.065,00	2012*	Shanghai Shipyard (China)
Vicente Pinzón	57.881,00	2014	Shanghai Shipyard (China)
João de Solis (REB)**	52.161,00	2017	Jiangsu Yangzijiang (China)
Aliança Leblon (REB)	23.229,00	2005	Informação não identificada
Monte Sarmiento (REB)	71.438,00	2005	DSME Okpo (Coreia do Sul)
TOTAL	470.722,00	-	-

* Dados divergentes entre o Portal da ANTAQ (2012) e o site da EBN (2013)

** REB significa Registro Especial Brasileiro. Para “REB”, vide item 4.

Fonte: Portal da ANTAQ, site da Aliança Navegação e Logística LTDA. Acesso em: 07 fev. 2020.

Observa-se que, apesar de haver a vinculação entre serviço de navegação e indústria naval na política pública nacional, os contêineres da Aliança foram construídos em estaleiros estrangeiros. De fato, atualmente, os maiores estaleiros do mundo estão concentrados na Coreia do Sul, na China e no Japão, respectivamente. A Aliança, em seu plano de negócios, optou, portanto, por importar embarcações asiáticas, pagando altos tributos referente à nacionalização. Para este caso em específico, a vinculação proposta não obteve resultados positivos.

⁷ A Hamburg Südamerikanische Dampfschiffahrts-Gesellschaft A/S & CO KG é uma empresa alemã fundada em 1871.

⁸ A A.P. Møller – Maersk Gruppen é um conglomerado dinamarquês fundado em 1904.



3.2 Grupo Log-In

O Grupo Log-In, por sua vez, foi fundado em 2008 e, hoje, é composto por 3 (três) empresas. São elas: Log-In Logística Intermodal S/A, Log-In Navegação LTDA. e Log-In Marítima Cabotagem LTDA. A EBN subdividiu-se estrategicamente com o fito de viabilizar a incorporação de novas embarcações em sua frota. Estas EBN, uma vez que fazem parte do mesmo grupo, são tratadas, neste artigo, de forma conjunta. Atualmente, a frota da empresa de porta-contêineres é composta por:

Tabela 03: Frota de Contêineres das EBN do Grupo Log-In. Fev./2019

Nome da Embarcação	TPB	Ano de Construção	Estaleiro de Construção
Log-In Jacarandá	38.674,60	2011	Estaleiro Ilha S/A (Eisa)
Log-In Jatobá	38.715,30	2009	Estaleiro Ilha S/A (Eisa)
Log-In Pantanal (REB)*	23.986,00	2007	Aker MTW GmbH / Wismar (Alemanha)
Log-In Resiliente (REB)*	38.600,00	2017	Gdynia Shipping (Polônia)
Log-In Polaris	36.861,00	2019	Guangzhou Wenchong Shipyard (China)
TOTAL	176.836,9		

* Para “REB”, vide item 4.

Fonte: Portal da ANTAQ. Acesso em: 07 fev. 2020.

As embarcações Log-In Jacarandá e Log-In Jatobá foram as primeiras embarcações contêineras construídas no Brasil, ambas pelo Estaleiro Ilha S/A (Eisa). O Grupo Log-In, nos últimos anos, alterou sua frota de forma significativa, de maneira a adaptar-se às circunstâncias do mercado. Em 2017, a empresa adquiriu a embarcação Log-In Resiliente com capacidade nominal de 2.700 TEU⁹ para substituir a embarcação alienada Log-In Amazônia de 1.700 TEU. Segundo a própria empresa, “além de expandir a capacidade, a substituição visa obter maior eficiência operacional, diluição do custo fixo e padronização da frota” (LOG-IN, 2017).

É com isso, pois, que se preocupa a teoria da LaE aplicada para a regulação do meio marítimo: o estudo dos possíveis efeitos econômico-jurídicos (consequencialismo) de uma norma regulando a conduta de agentes públicos e privados, bem como, os reflexos para a sociedade como um todo e para a condução da economia.

⁹ A sigla TEU (*Twenty Foot Equivalent*) é uma unidade de transporte de um contêiner padrão de 20 pés. Estes módulos padronizados de contêiner de 20 pés recebem o nome de TEU. Assim, 1 (um) contêiner de 20 pés é 1 (um) TEU. Por seu turno, 1 (um) contêiner de 40 (quarenta) pés é 1 (um) contêiner de 2 (dois) TEUs.



No mesmo ano, a Log-in rescindiu contrato firmado com o Estaleiro Ilha S/A (Eisa) para a construção dos cascos EI-506, EI-507 e EI-508, uma vez que o estaleiro entrou em recuperação judicial (LOG-IN, 2018). De forma a não prejudicar a prestação de seus serviços e a continuar ampliando a sua frota, a EBN iniciou negociação de compra de nova embarcação com o estaleiro chinês *Guangzhou Wenchong Shipyard*, ao mesmo tempo em que iniciou gestões junto à ANTAQ para o afretamento por tempo de embarcação estrangeira para operar na cabotagem. Tal afretamento fazia-se necessário, pela ótica da empresa, para suprimir a lacuna deixada pelo descumprimento contratual do estaleiro Eisa. Após a devida comprovação de interesse público perante a Agência Reguladora, o Acórdão nº 30-ANTAQ, de 23 de maio de 2019, concedeu 12 (doze) meses à Log- In Logística Intermodal S/A para o afretamento por tempo de embarcação estrangeira para operar na cabotagem.

Em junho de 2019, o estaleiro chinês *Guangzhou Wenchong Shipyard* transferiu a posse da recém-construída embarcação com capacidade para 2.700 TEU para o armador e, no mês subsequente, iniciou-se a viagem ao Brasil. Desde a contratação da construção das novas embarcações com o estaleiro Eisa até a chegada da nova embarcação Log-In Polaris ao Brasil, passaram-se doze anos (Grupo Log-In e Eisa firmaram contrato em 30 de novembro de 2007). Esse lapso temporal evidencia a dificuldade enfrentada pelas EBN que atuam no nicho de transporte por meio de contêineres em aumentar a sua frota, privilegiando os estaleiros nacionais. Dentre os obstáculos estão não apenas as questões relacionadas aos estaleiros (a morosidade nas entregas, o risco de insolvência, dentre outros), mas também a burocracia regulatória para a internalização de embarcações construídas externamente.

3.3 Mercosul Line Navegação e Logística Ltda.

A Mercosul Line Navegação e Logística LTDA. (Mercosul Line), por sua vez, foi criada em 1996 e, a partir de 8 de dezembro de 2017, tornou-se parte do grupo francês CMA CGM¹⁰. Sua frota de porta- contêineres é composta por:

¹⁰ CMA CGM S.A. é uma sociedade anônima francesa criada em 1978.



Tabela 04: Frota de Contêineres da EBN Mercosul Line Navegação e Logística LTDA.

Fev./2020

Nome da Embarcação	TPB	Ano de Construção	Estaleiro de Construção
MERCOSUL Santos	35.221,00	2008	PS Werften Stralsund (Alemanha)
MERCOSUL Suape	35.221,00	2008	Volkswerft Stralsund GmbH (Alemanha)
MERCOSUL Itajaí	35.586,50	2015	<i>Informação não identificada</i>
MERCOSUL Guarani (REB)*	34.133,00	2002	Wadan Yards MTW GmbH (Alemanha)
TOTAL	140.161,5		

* Para “REB”, vide item 4.

Fonte: Portal da ANTAQ. Acesso em 07 fev. 2020.

Observa-se que, como no caso da Aliança, nenhuma embarcação pertencente à frota da empresa foi construída em estaleiro nacional.

4 DO PAPEL DO AFRETAMENTO DE EMBARCAÇÕES ESTRANGEIRAS NO MERCADO DE TRANSPORTE DE CONTEINERES

A Lei nº 9.432/1997, em seu art. 11, instituiu o Registro Especial Brasileiro (REB), o qual foi regulamentado pelo Decreto nº 2.256/1997. O Decreto, por sua vez, prevê que, cumpridos os requisitos dispostos em seu art. 2º, parágrafo único, uma EBN pode afretar embarcação estrangeira e arvorar nela a bandeira brasileira. Assim sendo, nas tabelas anteriores, as embarcações que possuem a notação “(REB)” são, na verdade, embarcações originalmente estrangeiras, afretadas a casco nu¹¹ pelas EBN, mas que arvoram, por prazo determinado, a bandeira brasileira.

O fretamento de embarcações é instituto antigo, que remonta ao início da época das grandes navegações. Fretar significa tomar a frete, alugar um veículo de transporte, uma embarcação. Quem afreta toma a embarcação para si, e quem freta cede a embarcação em troca da devida compensação financeira.

O afretamento de embarcações é importante às EBN, pois lhes permite testar potenciais mercados e rotas e fidelizar clientes, antes de realizar o investimento de capital necessário à aquisição de uma embarcação. Hodiernamente, as embarcações contêineiras são cada vez

¹¹ Afretamento a casco nu: contrato em virtude do qual o afretador tem a posse, o uso e o controle da embarcação, por tempodeterminado, incluindo o direito de designar o comandante e a tripulação. (BRASIL, 1997, art. 2º, inc. I).



maiores, e a empresa de navegação só estará disposta a realizar o investimento necessário em sua aquisição quando tiver carga a ser transportada em volume suficiente que ajude a amortizar o custo de capital. Além disso, o afretamento permite que as EBN ajustem suas frotas às oscilações de mercado.

Para a cabotagem, de acordo com a Lei nº 9.432/1997 e o Decreto nº 2.256/1997, as empresas podem afretar embarcações estrangeiras a casco nu com o objetivo de inscrição no REB (e arvorar bandeira brasileira) de forma limitada ao dobro da tonelagem de porte bruto das embarcações de tipo semelhante por ela encomendadas a estaleiro brasileiro instalado no país, com contrato de construção em eficácia, adicionado de metade de porte bruto das embarcações brasileiras de sua propriedade, ressalvado o direito ao afretamento de pelo menos uma embarcação de porte equivalente.

Todas as EBN que operam com porta-contêineres na navegação de cabotagem no Brasil utilizam- se no instituto do REB para expandir a sua frota operante e a sua oferta de serviços. Com este dado, pode- se concluir, intuitivamente, que as empresas ora operantes já utilizam grande parte de sua capacidade disponível para ofertar seus serviços no modal aquaviário, necessitando, portanto, trazer novas embarcações sob a figura do REB. Como essas embarcações arvoram a bandeira brasileira e operam com regularidade em águas jurisdicionais brasileiras, por escolha metodológica, elas serão computadas na frota das EBN.

5 ANÁLISE DE ESTRUTURA DE MERCADO

Alguns índices são utilizados para analisar a concentração das estruturas de mercado. A análise de concentração do mercado permite avaliar, de maneira agregada, quão concentrado é determinado mercado e avaliar, individualmente, a importância relativa de cada agente. Diferentes tipos de *market share* podem levar a distintas conclusões a respeito do que ocorre em termos concorrenciais.



5.1 Índice Herfindahl-Hirschman – HHI

O índice HHI é utilizado para medir o poder de mercado das empresas e o seu exercício. Ele é calculado da seguinte forma:

$$H = \sum_{i=1}^N q_i^2$$

onde q_i representa a participação de mercado da firma i , e N é o número de firmas que participam do mercado. O índice HHI é, portanto, calculado com base no somatório do quadrado das participações de mercado de todas as empresas de um dado setor.

Para o caso da cabotagem de contêineres no Brasil, a capacidade de transporte no setor em termos de tonelagem de porte bruto será a variável que irá compor a mensuração do *market share*.

Abaixo, é possível observar as empresas brasileiras de navegação outorgadas pela ANTAQ para operar na navegação de cabotagem, sua respectiva frota contêineira e sua tonelagem de porte bruto. Como será possível observar, a incorporação de embarcações afretadas a casco nu com suspensão de bandeira no cômputo da frota das EBN possui baixa significância no que concerne à concentração de poder de mercado.

Tabela 05 – Empresas brasileiras de navegação – EBN outorgadas a operar na navegação de cabotagem no Brasil – Frota própria e Registro especial brasileiro (REB)

EBNs	Embarcação	TPB	Total	Participação no Mercado (%)
Aliança Navegação e Logística LTDA.	Américo Vespúcio	52.039,00	470.722,00	58,48
	Bartolomeu Dias	57.818,00		
	Fernão de Magalhães	52.072,00		
	Pedro Álvares Cabral	52.019,00		
	Sebastião Caboto	52.065,00		
	Vicente Pinzón	57.881,00		
	João de Solis (REB)	52.161,00		
	Aliança Leblon (REB)	23.229,00		
	Monte Sarmiento (REB)	71.438,00		



Grupo Log-In	Log-In Jacarandá	38.674,60	176.836,90	21,97
	Log-In Jatobá	38.715,30		
	Log-In Polaris	36.861,00		
	LOG-IN Pantanal (REB)	23.986,00		
	LOG-IN Resiliente (REB)	38.600,00		
Mercosul Line Navegação e Logística LTDA.	Mercosul Itajaí	35.586,50	157.362,5	19,55
	Mercosul Santos	35.221,00		
	Mercosul Suape	35.221,00		
	MERCOSUL Guarani (REB)	34.133,00		
	CMA CGM Ventania (REB)	17.201,00		
TOTAL			804.921,40	100

Fonte: elaboração da autora (2021)

Com a aplicação do índice HHI para o caso concreto, ter-se-á:

Tabela 06 - Aplicação do índice HHI – participação das empresas que possuem embarcações do tipo porta-contêineres no mercado de cabotagem no Brasil – cálculo com base na frota própria e no Registro especial brasileiro (REB)

EBNs	Participação no Mercado (Frota Própria) (%)	HHI (Frota Própria)	Participação no Mercado (Frota Própria + REB) (%)	HHI (Frota Própria + REB)
Aliança Navegação e Logística LTDA.	59,52	3.542,67	58,48	3.419,97
Grupo Log-In	21	440,80	21,97	482,66
Mercosul Line Navegação e Logística LTDA.	19,48	379,64	19,55	382,20
Total	100	4.363,12	100	4.284,83

Fonte: elaboração da autora (2021)

O índice HHI varia de 0 (zero) a 10.000. Quanto mais próximo de 10.000, mais concentrado é o mercado. Por outro lado, quanto mais próximo de 0 (zero), mais próxima a estrutura de mercado está do modelo de concorrência perfeita. Por este índice, o mercado pode ser classificado em três níveis:

- (i) Não concentrado – se $HHI < 1500$ pontos;
- (ii) Moderadamente concentrado – se $1500 < HHI < 2500$;
- (iii) Altamente concentrado – se $HHI > 2500$.

No Brasil, no mercado de navegação de cabotagem para o transporte de contêineres, observa-se um tripólio assimétrico. Um tripólio é um oligopólio no qual apenas 3 (três) empresas competem entre si e há impedimento para a entrada de novas empresas. O índice HHI para o caso em questão indicou um mercado altamente concentrado, no qual 1 (uma) empresa - a Aliança Navegação e Logística LTDA.- detém quase 60% da capacidade de transporte do setor (oferta de transporte), e as demais – Grupo Log-In e Mercosul Line Navegação e Logística LTDA., cerca de 40% do mercado.

5.2 Barreiras à entrada

A Lei nº 9.432/1997 definiu empresa brasileira de navegação como a “pessoa jurídica constituída segundo as leis brasileiras, com sede no País, que tenha por objeto o transporte aquaviário, autorizada a operar pelo órgão competente” (BRASIL, 1997, art. 2º, inc. V). A Resolução Normativa nº 05-ANTAQ, de 23 de fevereiro de 2016, por seu turno, define que, para a obtenção da outorga para operar como empresa brasileira de navegação, a requerente deve atender aos requisitos técnicos, econômicos e jurídicos estabelecidos na norma, quais sejam:

Art. 5º-A. empresa requerente, estabelecida na forma do art. 3º desta Norma, deverá atender aos seguintes requisitos técnicos, alternativamente:

- I - ser proprietária de pelo menos uma embarcação de bandeira brasileira que não esteja fretada a casco nu a terceiros, adequada à navegação pretendida e em condição de operação comercial; ou
- II - apresentar contrato de afretamento de embarcação de propriedade de pessoa física residente e domiciliada no País ou de pessoa jurídica brasileira, a casco nu, adequada à navegação pretendida e em condição de operação comercial, por prazo igual ou superior a 1 (um) ano, celebrado com o proprietário da embarcação. (ANTAQ, 2016).

Em síntese, para obter a outorga para operar como EBN, a requerente deve possuir embarcação adequada à navegação pretendida. No setor, debate-se se essa exigência é um requisito técnico para operar ou, de fato, uma barreira à entrada. Na literatura econômica,



conceitua-se barreira à entrada como a “condição que impede a entrada de novos concorrentes” (PINDYCK & RUBINFELD, 2002, p. 344). Embarcações são ativos fixos que demandam altos investimentos e longo prazo à sua amortização no mercado de navegação. Desta forma, sua aquisição não é trivial, principalmente quando a lei de regência atrelou a prestação do serviço de navegação à indústria naval brasileira.

A recente experiência do Grupo Log-In evidenciou a atual fragilidade da vinculação entre esses dois mercados: o de prestação de serviços e o de construção naval. Esta vinculação, como demonstrado, remete aos tempos do Império, e, atualmente, precisa ser repensada. O subsídio à indústria naval – na forma de exigência de propriedade de embarcação de bandeira brasileira para ser outorgada para operar como EBN – dificulta o acesso de novos entrantes no setor. Para este nicho de mercado (cabotagem de contêineres), essa política não funcionou, fato que é possível observar quando da comparação dos porta-contêineres operantes na costa brasileira que foram construídos em estaleiros nacionais e que foram importados.

Das doze embarcações identificadas¹², apenas duas foram construídas em estaleiro nacional: Log-In Jacarandá e Log-In Jatobá. Apesar disso, o estaleiro que as construiu – o Estaleiro Ilha S/A – entrou com pedido de recuperação judicial e não conseguiu fazer a entrega de outros três cascos contratados. As demais embarcações contêineiras foram construídas em estaleiros estrangeiros. Todas as seis embarcações da Aliança foram adquiridas de estaleiros chineses, a terceira e mais recente embarcação do Grupo Log-In (a Log-In Polaris) é proveniente de estaleiro chinês, duas das embarcações da Mercosul Line são originárias da Alemanha e a terceira não teve sua origem identificada. Faz-se necessário ressaltar que, por ora, analisamos apenas a construção de porta-contêineres pelos estaleiros nacionais. A construção de outros tipos de embarcações, como as balsas, as graneleiras e os navios-taque, dentre outras, necessitam de análise à parte.

Diante do tripólio assimétrico característico do mercado brasileiro, faz-se imprescindível pensar em formas de diminuir as barreiras à entrada, de forma a aumentar a oferta de serviço, diminuir o poder de mercado dos atuais players na determinação do preço do frete e, conseqüentemente, aumentar a participação deste modal na matriz de transportes nacional.

¹² Aqui, foram excluídas as embarcações que estão em REB, ou seja, que estão provisoriamente arvorando a bandeira brasileira.



6 CONCLUSÃO

O artigo que se apresenta é relevante na medida em que a atual política pública para o setor de cabotagem está sendo questionada por parcela da sociedade e do próprio governo. Qualquer análise deve ser precedida do diagnóstico preciso do objeto do qual se fala. Desta forma, a análise *ex-post* da política pública implementada pela Lei nº 9.432/1997 deve ser precedida da investigação acerca da estrutura de mercado resultante de sua implementação.

Como observado, em alguns aspectos, a Lei nº 9.432/1997 representou, à sua época, a flexibilização do setor à entrada de capital estrangeiro e de embarcações estrangeiras na figura do Registro Especial Brasileiro. No entanto, com a mudança progressiva do papel do Estado na economia e com a internacionalização dos mercados, questiona-se, na atualidade, se um passo a mais rumo à abertura deve ser dado. Esse embate, atualmente, é enfrentado pelo Ministério da Economia (à favor da abertura irrestrita do mercado) e pelo Ministério da Infraestrutura (à favor da flexibilização progressiva em algumas áreas). Caso, no futuro próximo, haja, efetivamente, mudança na política pública adotada, será possível comparar as alterações resultantes na estrutura de mercado.

Este artigo, portanto, apresenta o *status quo* do mercado, ou seja, a estrutura de mercado resultante da aplicação da Lei de regência do setor. Após uma breve análise história das políticas públicas de cabotagem no país que remontam ao período imperial brasileiro, e com base nos dados secundários disponíveis, identificou-se as empresas atuantes na cabotagem nacional e, posteriormente, foram delimitadas aquelas que operam com embarcações contêineiras. A frota foi analisada com base em sua tonelagem de porte bruto.

Em seguida, aplicou-se o Índice Herfindahl-Hirschmann – HHI com o objetivo de identificar se o mercado em questão é concentrado ou aproxima-se do modelo de competição perfeita. Desta aplicação, concluiu-se que, hodiernamente, o mercado de cabotagem de contêineres é altamente concentrado, com apenas uma empresa brasileira de navegação detendo quase 60% da capacidade de transporte. As duas outras empresas - Grupo Log-In e Mercosul Line - detém os demais 40%. Para tal configuração, cunhou-se o termo tripólio assimétrico, no qual apenas três empresas competem entre si e há impedimento para a entrada de novas empresas.



Observou-se que o mercado em questão possui barreiras a novos entrantes (na figura das próprias embarcações, que são ativos de alto valor), uma vez que há a vinculação das políticas públicas adotadas para o setor de navegação e de indústria naval. Como consequência, há poucas empresas atuando na cabotagem brasileira e sua frota é composta, majoritariamente, por embarcações importadas, sobretudo de estaleiros chineses. O instituto do afretamento de embarcações estrangeiras a casco nu com suspensão de bandeira para fins de REB pouco contribuiu para a desconcentração do mercado.

Conhecer a estrutura de mercado é fundamental se há o intuito de fomentá-lo de forma a aumentar a sua participação na matriz de transportes nacional. Não se pode deixar de considerar, no entanto, as especificidades de cada segmento da economia. Neste caso, internacionalmente, o transporte de contêineres é oligopolizado, e o mercado brasileiro não é exceção a esta tendência mundial. Desta forma, há de se considerar que, possivelmente, haverá entraves ao estímulo à competição.

7 REFERÊNCIAS

- ALIANÇA - ALIANÇA NAVEGAÇÃO E LOGÍSTICA LTDA. Portal. Disponível em: <https://www.alianca.com.br/alianca/en/alianca/index.html>. Acesso em 05 out. 2019.
- ANTAQ – AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS. Portal. Disponível em: <http://portal.antaq.gov.br/>. Acesso em: 05 out. 2019 e 07 fev. 2020.
- _____. Resolução Normativa no 01, de 13 de fevereiro de 2015. **Aprova a norma que estabelece os procedimentos e critérios para o afretamento de embarcação por empresa brasileira de navegação nas navegações de apoio portuário, apoio marítimo, cabotagem e longo curso.** Disponível em: <http://sophia.antaq.gov.br/terminal/acervo/detalhe/15199?guid=1583026824232&returnUrl=%2fterminal%2fresultado%2flistarlegislacao%3fguid%3d1583026824232%26quantidadePaginas%3d1%26codigoRegistro%3d15199%2315199&i=1>. Acesso em: 20 fev. 2020.
- _____. Resolução Normativa no 05, de 23 de fevereiro de 2016. **Aprova a norma para outorga de autorização à pessoa jurídica, constituída nos termos da legislação brasileira e com sede e administração no país, que tenha por objeto operar nas navegações de apoio marítimo, apoio portuário, cabotagem ou longo curso.** Disponível em: <http://sophia.antaq.gov.br/terminal/Resultado/ListarLegislacao?guid=1583027021487>. Acesso em: 29 fev. 2020.
- _____. **Acórdão nº 30**, de 23 de maio de 2019. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, no 99, p. 36, 24 mai. 2019.



BRASIL. Decreto no 60, de 08 de outubro de 1833. Autoriza o Governo a contractar com quaisquer companhias, nacionais ou estrangeiras, o exclusivo da navegação por barcos de vapor nos rios e bahias do Império. Lex: Collecção das Leis do Império do Brasil de 1833, Rio de Janeiro, parte primeira, p. 119, 1872.

_____. **Carta Régia de 28 de janeiro de 1808.** Abre os portos do Brazil ao commercio directo estrangeiro com excepção dos gêneros estancados.

Disponível em:

https://www2.camara.leg.br/legin/fed/carreg_sn/antioresa1824/cartaregia-35757-28-janeiro-1808-539177-publicacaooriginal-37144-pe.html. Acesso em: 29 fev. 2020.

_____. **Constituição de 1891.** Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1824-1899/constituicao-35081-24-fevereiro-1891-532699-publicacaooriginal-15017-pl.html>. Acesso em: 29 fev. 2020.

_____. **Decreto no 64.125, de 19 de fevereiro de 1969.** Altera o nome da Comissão de Marinha Mercante criada pelo Decreto-lei no 3.100, de 7 de março de 1941. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1960-1969/decreto-64125-19-fevereiro-1969-405451-republicacao-13415-pe.html>. Acesso em: 20 fev. 2020.

_____. **Lei nº 8.630, de 25 de janeiro de 1993.** Dispõe sobre o regime jurídico da exploração dos portos organizados e das instalações portuárias e dá outras providências. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8630.htm. Acesso em: 29 fev. 2020.

_____. **Projeto de Lei nº 1.125 de 1995.** Dispõe sobre a ordenação do transporte aquaviário e dá outras providências. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=9A1DF61F45AA9CDFB24A99B933D5C994.proposicoesWebExterno1?codteor=1133263&filename=Dossie+-PL+1125/1995. Acesso em: 29 fev. 2020.

_____. **Lei nº 9.432, de 8 de janeiro de 1997.** Dispõe sobre a ordenação dos transportes aquaviários e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9432.htm. Acesso em: 29 fev. 2020.

BRASIL. Decreto no 2.256, de 17 de junho de 1997. Regulamenta o Registro Especial Brasileiro – REB, para embarcações de que trata a Lei no 9.432, de 08 de janeiro de 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1997/D2256.htm. Acesso em: 29 fev. 2020.

CADE – CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Cadernos do Cade:** Mercado de transporte marítimo de contêineres. Departamento de Estudos Econômicos (DEE). Brasília, dezembro, 2018.

CNT – CONFEDERAÇÃO NACIONAL DE TRANSPORTES. **Pesquisa do transporte aquaviário – cabotagem.** Brasília, 2013.

FONSECA, F.O. **A circulação através da navegação de cabotagem no Brasil:** um sistema de fluxos e fixos aquaviários voltados para a fluidez territorial. Dissertação (Mestrado em Geografia Humana). Departamento de Geografia da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

LOG-IN – LOG-IN LOGÍSTICA INTERMODAL S.A. **Resultados 3T17**, de 9 de novembro de 2017. Disponível em:

https://www.valor.com.br/sites/default/files/upload_element/release_log_in_logistica_2.pdf.

Acesso em 29 fev. 2020.



_____. **Resultados 4T17/2017**, de 15 de março de 2018.
Disponível em: http://ri.loginlogistica.com.br/wp-content/uploads/sites/16/2018/03/LogIn_Press-Release-Resultados-4T17-and-2017.pdf. Acesso em 29 fev. 2020.

_____. Portal. Disponível em: <https://www.loginlogistica.com.br/>. Acesso em 07 fev. 2020.

MERCOSUL LINE. MERCOSUL LINE NAVEGAÇÃO E LOGÍSTICA LTDA. **Portal**. Disponível em: <http://www.mercosul-line.com.br/index>. Acesso em 07 fev. 2020.

MARTINS, Eliane M. Octaviano. **Curso de Direito Marítimo. Volume I – Teoria Geral**. Barueri, Manole, 2013PINDYCK & RUBINFELD, 2002.

TCU – TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Obstáculos ao desenvolvimento da cabotagem: auditoria operacional**. Secretaria Geral de Controle Externo (Segecex); Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Portuária e Ferroviária. Brasília, março, 2019.

THOMAS & VEDAN. **A Cabotagem Brasileira no Contexto Mundial: uma análise compreensiva da Lei nº 9.432/1997 e de seus desdobramentos**. In: MARTINS, Eliane M. Octaviano (org.). **Direito Marítimo, Portuário e Aduaneiro: temas contemporâneos**. Volume 3. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2019.



PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE E DA PARTICIPAÇÃO SOCIAL NOS PROCESSOS DE REVISÃO TARIFÁRIA DOS PORTOS ORGANIZADOS BRASILEIROS

TRANSPARENCY, PORT TARIFFS AND NEW RATES APPROVAL: A REVIEWS OF BRAZILIAN PROCEDURE

Sandro José Monteiro¹

RESUMO: Este trabalho avalia os procedimentos regulados pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários - ANTAQ nos eventos de revisão tarifária das administrações portuárias a partir do advento da edição da Resolução Normativa ANTAQ nº 32, de 2019. O texto contextualiza o cabimento de sigilo concorrencial e comercial dos documentos enviados pelas administrações portuárias nesse âmbito, bem como a dispensabilidade de procedimento prévio de audiência e consulta pública aos atos decisórios relacionados. A hipótese é que os mecanismos de participação social já previstos nos demais normativos da Agência Reguladora são suficientes para atender aos princípios da transparência, publicidade e da participação social.

PALAVRAS-CHAVE: Tarifas, Portos, Revisão Tarifária, Regulação Econômica, Transparência.

ABSTRACT: This work evaluates the national procedures to regulate tariff of Brazilian's port administrations. The text contextualizes the documents confidentiality sent by the port administrations, as well as the dispensability of a previous public hearing procedure to decide about the new tariff level. The hypothesis is there are others mechanisms for social participation, and those are sufficient to meet the principles of transparency and accountability.

KEYWORDS: Tariffs, Ports, Economic Regulation.

1 INTRODUÇÃO

A revogada Lei nº 8.630, de 1993, a antiga Lei de Modernização dos Portos, o primeiro marco regulatório do setor após a promulgação da Constituição Federal de 1988, foi criada

¹ Mestre em Engenharia Elétrica pela USP. Especialista em regulação de transporte na Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ.



muito antes da Agência Nacional de Transporte Aquaviário (ANTAQ) que passou a existir de fato somente em fevereiro de 2002, após a publicação do Decreto nº 4.122, de 2002.

Na revogada Lei nº 8.630, de 1993, havia o art. 30 e art. 51, concedendo amplos poderes deliberativos ao Conselho de Autoridade Portuária (CAP), a saber:

Art. 30. Será instituído, em cada porto organizado ou no âmbito de cada concessão, um Conselho de Autoridade Portuária.

§ 1º Compete ao Conselho de Autoridade Portuária:

(...)

VIII - homologar os valores das tarifas portuárias;

IX - manifestar-se sobre os programas de obras, aquisições e melhoramentos da infra-estrutura portuária;

(...)

§ 2º Compete, ainda, ao Conselho de Autoridade Portuária estabelecer normas visando o aumento da produtividade e **a redução dos custos das operações portuárias**, especialmente as de contêineres e do sistema roll-on-roll-off.

(...)

Art. 51. As administrações dos portos organizados devem adotar estruturas de **tarifas adequadas** aos respectivos sistemas operacionais, em substituição ao modelo tarifário previsto no Decreto nº 24.508, de 29 de junho de 1934, e suas alterações.

Parágrafo único. As novas estruturas tarifárias **deverão ser submetidas à apreciação dos respectivos Conselhos de Autoridade Portuária**, dentro do prazo de sessenta dias. (grifo nosso)

O CAP é um órgão externo das administrações portuárias, isto é, as entidades públicas gestoras dos portos organizados. Cada porto público possui um CAP. No Marco Regulatório de 1993, detinham um *mix* de papel consultivo e deliberativo. Na verdade, eram entendidos, *a priori*, como um mecanismo de governança mais participativo, visando representação múltiplas e paritárias dos interesses locais, seja dos empresários, dos trabalhadores e das autoridades municipais (*stakeholders*). Tinha como objetivo aumentar a transparência e a responsabilização (*accountability*) da gestão pública nos portos. Ou seja, um instrumento de relacionamento do governo federal com a sociedade, já que os portos públicos são explorados pela União. Era a onda do *New Public Management* (NEW), alinhada à Reforma Administrativa de Bresser-Pereira, por um controle mais social do que governamental, baseado em resultados e na

satisfação do “cliente”. Buscava-se uma horizontalidade nas relações do poder público com a sociedade.

Contudo, rapidamente os CAPs se tornaram uma potencial fonte de desalinhamento estratégico, pois o poder deliberativo ganhou força de veto às ações estruturantes não compatíveis com as demandas dos componentes de cada CAP. Os CAPs não necessariamente estavam engajados com o bem comum, certas vezes agindo para privatizar os benefícios e socializar o ônus com o poder público. Nem sempre o fortalecimento do CAP coincidiu com o aumento do desempenho e eficiência das administrações portuárias.

Dentro do arranjo institucional setorial, a partir da criação da ANTAQ, em 2002, a instituição CAP perdeu muito do seu sentido de existência em termos do seu papel original de prestação de contas e controle externo. Em 2007, a partir da criação da Secretaria Especial de Portos da Presidência da República, com *status* de Ministério (atual Secretaria Nacional de Portos, do Ministério da Infraestrutura), inclusive a função de supervisão, coordenação, planejamento e intermediação de interesses e conflitos foi novamente concentrada no aparelho burocrático, tipicamente (e com sucesso) como é realizado nas demais políticas públicas de infraestrutura econômica.

Contudo, a situação perdurou até 2013, quando foi reformulado o marco setorial pelo art. 20 da Lei nº 12.815, de 2013, a chamada Nova Lei dos Portos, tornando o CAP apenas consultivo:

Art. 20. Será instituído em cada porto organizado um conselho de autoridade portuária, órgão consultivo da administração do porto.

Nesse intervalo (2002 a 2013), cabia à ANTAQ aprovar as tarifas portuárias mediante proposta de cada Administração Portuária, porém, podia o CAP não homologar os valores (ou homologar valores em outro patamar abaixo, aquele que entendesse “adequado”), de modo que a decisão regulatória nunca era certa de ser cumprida na prática.

Vinte anos desse estado de coisas explicam (parcialmente) hoje a virtual incapacidade dos portos em expandir com recursos próprios a infraestrutura portuária e a sua inegável



dependência de receitas patrimoniais. Essa, aliás, é a opinião do Tribunal de Contas da União, quando emitiu o seu Acórdão Plenário nº 1.904/2009. A partir da Lei nº 12.815, de 2013, coube a ANTAQ não somente aprovar, mas também promover os reajustes e revisões tarifárias, isto é, um papel proativo.

Nesse contexto, a Resolução Normativa ANTAQ nº 32, de 2019 (RN 32/2019), tratando da normatização de procedimentos de revisão e reajuste das tarifas portuárias, dispensou o dispositivo de consulta ou audiência pública prévia à decisão da ANTAQ ou da administração portuária. A legislação não obriga a participação da sociedade nesse processo decisório, em nenhuma das etapas.

A RN 32/2019 optou por uma abordagem concentradora dos controles na própria Agência, entendendo que a administração portuária, no século XXI, está dentro de um contexto globalizado de concorrência entre portos, isto é, já existem pressões naturais do lado da demanda suficientes ao incentivo à eficiência de preços. O gestor do porto público deve enviar uma série de informações sobre custos operacionais, a produtividade e o valor agregado do serviço para os usuários, informando ainda a rentabilidade esperada para os investimentos que serão necessários. Caso discorde com o resultado final do processo de revisão tarifária, a administração portuária pode adotar instrumentos previstos na própria norma, tais como o deferimento, caracterizado com uma postergação da adoção dos preços, seja em tempo, seja em percentual.

Entretanto, existem *stakeholders* que ainda sustentam o retorno do poder de veto do CAP ou mesmo que a administração portuária ou a ANTAQ submetam o resultado final do processo de revisão tarifária primeiramente à sociedade antes da homologação. É que discutiremos agora.

Logo, este trabalho visa identificar o nível de compatibilidade jurídica dos procedimentos de revisão e reajuste dos portos organizados levados à cabo pela Agência Reguladora Federal do setor de transporte aquaviário com os princípios da publicidade e da participação social, avaliando as normas e leis existentes, bem como as práticas usuais do Regulador.



2 A TARIFA PORTUÁRIA

Define-se Tarifa Portuária como o preço-público ofertado pelas administrações portuárias brasileiras pelos fornecimentos dentro do respectivo porto organizado sob sua gestão comercial. Consta de uma tabela de preços, chamada, dentro do jargão setorial, de tabela tarifária. É concretizada mediante requisição, usualmente verbal, ou seja, sob demanda, sem qualquer espécie de contrato individual entre as partes. A requisição verbal é viabilizada pela existência do Regulamento do Porto, que é uma espécie de contrato de adesão, que disciplina o funcionamento normal das operações.

É também considerada um preço público, não uma taxa² (espécie de tributo). Nesse escopo, o setor portuário muito se preocupa com o nome da coisa (ex.: tarifa, tarifa de serviço, preço público, preço privado etc.) sem de fato se deter na essência. Por essa razão, as constantes incorreções técnicas dos legisladores e administradores públicos não determinam o regime a ser aplicado: o nome não define o regime jurídico regulador da exação, ou melhor, o rótulo não determina o conteúdo; é o conteúdo que vale (BALEIRO, 2015).

No setor portuário, o preço-público tem origem em um contrato firmado entre uma pessoa jurídica e a União, para que esse obtenha o direito (e o dever) de explorar uma área e prestar um serviço, geralmente um serviço público ou uma atividade privada, ainda que de interesse público ou parte significativa de uma infraestrutura essencial a outras atividades econômicas essas sim com potencial de afetar a sobrevivência ou a qualidade de vida humana.

Naturalmente, em nosso caso, o valor da transação é assumido voluntariamente ou facultado por quem tem a intenção de usar um serviço disponibilizado, não se tratando, portanto, de obrigação compulsória proveniente da legislação. Logo, afastada a natureza de tributo ou de taxa (taxa no sentido estrito, pois me permito utilizar a palavra no sentido usual do jargão setorial, que é oposto à definição doutrinária) das cobranças portuárias.

Em outros termos, a tarifa portuária é devida somente por aquele que se aproveita economicamente do serviço prestado, exatamente por não ser compulsória. Como tal tarifa não

² Súmula 545 do STF: Preços de serviços públicos e taxas não se confundem, porque estas, diferentemente daqueles, são compulsórias e têm a sua cobrança condicionada a prévia autorização orçamentária, em relação à lei que as instituiu.



está sujeita ao contexto tributário, portanto, não há que se falar em lei prévia para sua instituição nem imunidade recíproca entre os entes federados e tão pouco nas vedações previstas no arts. 150 a 156 da Constituição de 1988, embora muitos dos princípios gerais (generalidade, cumulatividade, universalidade e progressividade, por exemplo) e outros conceitos (como, o do sujeito passivo e ativo, além da substituição) que ali constam sejam aplicados (e aplicáveis) à prática portuária, em virtude, principalmente, do contexto histórico dos portos e a sua ligação intrínseca com a aduana e a arrecadação de impostos de importação ou exportação.

Não associamos as tarifas portuárias ao conceito tradicional de taxa. No contexto portuário, tarifa, ou preço, ao contrário da taxa, sempre se refere a um serviço efetivamente prestado e usufruído a qualquer título, isto é, depende de uma contraprestação efetiva. É serviço específico e divisível, prestado ao usuário mediante remuneração justa e razoável, pagamento de tarifa ou de preço.

O requisito da divisibilidade defendido por Hely Lopes MEIRELLES (2002) endossa a visão clássica, assumida pelos normativos da Agência, que existem serviços *ut singuli* e os *ut universi*. Divisível (*ut singuli*) é o serviço com usuário determinado, que pode ser dividido em unidades autônomas de beneficiários. Nessa linha, divisível é aquele serviço de interesse imediato do indivíduo, pois, se o benefício é da coletividade, deveria ser remunerado de outra maneira.

Outra, e mais importante, diferença é que, nas tarifas, tem-se a prática de um serviço privativo do Estado, logo, o controle estatal do valor dos preços cobrados poderá ser muito mais rígido, já que, em sendo o serviço privativo do Poder Público, ele, necessariamente, deverá ser acessível a todos.

Daí decorre, inclusive, o princípio da modicidade das tarifas. Para aumentar o valor das tarifas, o concessionário terá que obter, antes, a necessária aquiescência do Poder que delegou a atividade, podendo resultar também, mais modernamente, num controle mais flexível pela Administração, que se limitará a fixar tetos máximos de aumento de preços ou a invalidar aumentos abusivos.



Logicamente, as tarifas portuárias não se submetem também ao princípio da anterioridade, pois estão estreitamente vinculadas à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, requerendo uma maior flexibilidade quanto a sua alteração para atender à dinâmica e constante alteração dos fatos na evolução contratual.

Veja que as tarifas portuárias poderão apresentar, em sede do primeiro momento de análise, uma aparente natureza contratual, em razão dessa sua ligação com a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Porém, também sofre forte regulação do poder público. Tudo isso reduz a margem de liberdade negocial entre as partes envolvidas na concessão, seja entre concessionário e usuário, ou entre aquele e o poder concedente. Por essa razão, muito embora as cobranças "façam parte da equação econômico-financeira das concessões, elas podem vir a ser alteradas unilateralmente pelo poder concedente, assumindo, por este prisma, caráter regulamentar, e não contratual" (CÂMARA, 2009).

Daí, passamos pelo fato de que, nas tarifas portuárias *stricto sensu* (aquelas das administrações portuárias), tem-se a prática de um serviço privativo do Estado por particulares, o controle estatal do valor dos preços cobrados poderá ser muito mais rígido, já que, em sendo o serviço privativo do Poder Público, ele, necessariamente, deverá ser acessível a todos. Nas demais modalidades de exploração portuária, o princípio da modicidade do valor é mitigado, já que a atividade exercida não precisa ser acessível a todos, o que resulta num controle mais flexível pelas Agências, que se limitarão, quando tanto, a fixar tetos máximos de aumento de preços ou a impedir (ou até mesmo invalidar) aumentos abusivos – não sendo necessário ao autorizado ou arrendatário, igualmente, a requisitar qualquer permissão prévia para promover o aumento do valor do serviço prestado.

3 REGULAÇÃO E EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO

3.1 Do Direito à Revisão e Reajuste Tarifário

Parece-nos claro que a administração portuária (do porto organizado) tem, como pessoa jurídica outorgada a prestar, de forma delegada, serviço público, direito ao reequilíbrio econômico-financeiro e ao equilíbrio de suas contas, demonstrado o nexo causal.



Logo, ao submeter o seu pleito à ANTAQ (seja de revisão ou reajuste tarifário), dispensável legalmente qualquer consulta prévia ou *a posteriori* dos usuários do porto. É direito da pessoa jurídica, basta preencher os requisitos, como veremos mais à frente neste documento.

Apesar de inexistir qualquer previsão legal de consulta prévia ao mercado regulado, tal feito não significa liberdade total ao gestor portuário, ao contrário.

E por qual razão? Está na doutrina da economia industrial: a regulação tarifária por uma Agência externa substitui o mercado. Pois, se a confrontação natural ou forçada entre oferta e demanda em monopólios naturais sempre produzisse incremento de eficiência, menores distorções e discriminações de preços, ou mesmo otimização de variáveis essenciais (como a quantidade), seria desnecessária a intervenção regulatória e não teria o legislador incumbido o Regulador da tarefa excepcional numa ordem constitucional capitalista.

No sentido estrito, Regulação é a troca da competição natural entre as firmas por uma submissão às ordens governamentais. É reconhecida como mecanismo legítimo e eficaz de assegurar o bom desempenho de setores sujeitos às falhas de mercado, como, por exemplo, o oligopólio, as externalidades negativas, a assimetria de informações e a presença de bens públicos. Nesse âmbito, a regulação desempenha função primordial ao buscar reproduzir as condições de perfeita competição para que os consumidores tenham acesso aos produtos e serviços com a qualidade que obteriam em um ambiente competitivo. No sentido estrito, as funções da Regulação são as de incentivar os investimentos necessários para a expansão da infraestrutura, promover o bem-estar de consumidores e usuários e propiciar a eficiência econômica.

No contexto da Constituição de 1988, definitivamente **a regulação tornou-se a forma de atuação estatal mais coerente com o Estado de Direito e com a democracia**, e que mais se coaduna com os princípios da subsidiariedade estatal e eficiência, norteadores da Ordem Econômica. Não há se questionar a legitimidade do papel da Agência nos reequilíbrios econômico-financeiros. A ANTAQ é órgão de controle federal, de natureza e regime jurídico administrativo especial. Não é órgão ordinário, nem cartório. Possui poder fiscalizatório, ouvidor, normativo, sancionador, informativo, corretivo e informativo.



O direito a reequilíbrio econômico-financeiro é material constitucional. Vejamos:

Art. 37

(...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, **mantidas as condições efetivas da proposta**, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (grifamos)

Ao prever que devem ser *mantidas as condições efetivas da proposta*, o constituinte englobou a noção de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro na medida em que *as condições de pagamento deverão ser respeitadas segundo as condições reais e concretas da prestação de serviço*.

Regulamentando o dispositivo constitucional acima, a Lei 8.666, de 1993 – tratando das licitações e os contratos – igualmente garante o equilíbrio econômico financeiro em diversos dispositivos legais, quais sejam: artigo 57, §1º - garantia de equilíbrio econômico financeiro nos casos de prorrogação de contrato; artigo 58, §§ 1º e 2º - modificação unilateral de contrato pela Administração, assim como a alínea d, inciso II, artigo 65, e §§ 5º e 6º, nos quais nos deteremos com maior dedicação.

Aliás, a recomposição econômico-financeira poderá se dar através de 3 (três) institutos: revisão, reajuste e repactuação.

Ocorrerá reajuste quando houver a atualização do valor inicial avençado, em face de alterações nos níveis gerais de preços que repercutem nos valores contratados, ou seja, é a atualização do valor do contrato pela variação dos preços dos insumos. A Lei do Plano Real – nº Lei 10.192, de 2001 – determina que o reajuste ocorrerá anualmente, contado a partir da data limite para apresentação da proposta ou do orçamento.

A revisão encontra assento no art. 65 da mesma lei, alínea “d” do inciso II e §§ 5º e 6º:

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

(...)



II - por acordo das partes:

(...)

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.

Uma vez verificado o rompimento do equilíbrio econômico-financeiro, o particular deve provocar a Administração para adoção das providências adequadas. Inexiste discricionariedade, porém, a Administração pode recusar o restabelecimento da equação mediante invocação da ausência dos pressupostos necessários. Poderá invocar:

- ausência de elevação dos encargos do particular;
- ocorrência de evento antes da formulação das propostas;
- ausência de vínculo de causalidade entre o evento ocorrido e a majoração dos encargos do contratado;
- culpa do contratado pela majoração dos seus encargos (o que inclui a previsibilidade da ocorrência do evento).

Não é suficiente alegar que o contratado possuiria margens de lucro suficientemente elevadas para arcar com o prejuízo. Nem caberia argumentar que o contratado, em ocasiões anteriores, obteve grandes vantagens em contratações administrativas ou que, diante de eventos semelhantes, não pleiteou a recomposição. Todos esses argumentos são impertinentes.

A jurisprudência produzida pelo Tribunal de Contas da União é no mesmo sentido (vide Acórdão TCU 1309/2006):

10.3 Revisão de preços (ou reequilíbrio ou recomposição) é o instituto previsto no Inciso II, item “d”, §§ 5º e 6º, todos do art. 65 da Lei n. 8.666/93. Tem por objeto o restabelecimento da relação entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração pactuados inicialmente, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis bem como nos casos de força maior, caso fortuito, fato do príncipe ou fato da Administração.

10.4. O direito à revisão independe de previsão em edital ou contrato ou de transcurso de prazos. As alterações de preços estão autorizadas sempre que ocorrerem fatos imprevisíveis que desequilibrem significativamente as condições



originalmente pactuadas e devem retratar a variação efetiva dos custos de produção. (grifo nosso)

3.2 Dos procedimentos regulados pela RN 32/2019

Ao submeter seu pleito, a administração portuária fará por meio de um formulário e de um rito padronizado, onde todas as variáveis devem ser justificadas e todas as alocações serão previamente conhecidas e analisadas pelo Regulador, incluindo subsídios e políticas comerciais.

O Regulador, diante disso e não convencido da razoabilidade da proposta, recusará preliminarmente o projeto para que seja reformulado pelo gestor local ou melhor justificado, fixando prazo para tal resposta. Vencido o prazo sem argumentação ou pedido de extensão, o projeto será arquivado.

Durante a análise técnica, as partes interessadas externas poderão peticionar ao Regulador, apresentando fatos e circunstâncias, porém, sem conhecer a análise intermediária da ANTAQ ou elementos das versões de proposta apresentada para a ANTAQ.

Havendo concordância da área técnica da ANTAQ, será elaborado Parecer Técnico final, onde constarão os fundamentos da recomendação pela aprovação, os cálculos resumidos, bem como análise de impacto da proposta na sua versão derradeira.

O processo devidamente instruído será encaminhado para o Diretor-Relator, que então poderá pautar em Reunião da Diretoria ou solicitar diligências, lembrando que a pauta da Reunião da Diretoria é conhecida previamente ao evento pelo público externo.

Uma vez aprovado pela Diretoria, será comunicado o Poder Concedente e o Ministério da Economia, cabendo a manifestação dessas autoridades no período de até 15 (quinze) dias úteis. Após a aprovação pela Diretoria, abre-se também a janela recursal, para todas as partes interessadas.

Findo o período de 15 (quinze) dias úteis, não existindo recursos a serem conhecidos ou manifestação das autoridades ministeriais supracitadas, a decisão da Diretoria será homologada na íntegra mediante Resolução, a ser publicada no Diário Oficial da União.



Novo prazo recursal inicia-se imediatamente após a emissão da Resolução homologatória da revisão ou reajuste, de modo que as decisões dessa natureza são reversíveis e não são automaticamente aplicáveis.

A administração portuária será intimada a dar cumprimento à Resolução homologatória, em prazo a constar na própria Resolução (até cinco dias para reajuste e dez dias na revisão, podendo variar para mais dias).

4 RESPEITO AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

4.1 Existência de oportunidades tempestivas e eficazes para manifestação de juízo contrário.

Há diversas oportunidades de manifestação das partes interessadas e do respeito ao princípio do contraditório, começando logo após o processo ser pautado para Reunião da Diretoria.

A garantia de participação social na ANTAQ é assunto tratado de forma séria. O tema foi regulamentado internamente pela Resolução Normativa ANTAQ nº 33/2019 (RN 33/2019). Diz assim o seu art. 3º:

Art. 3º O processo de participação social no âmbito da ANTAQ possui como mecanismos participativos as Audiências Públicas, as Consultas Públicas, as Reuniões Participativas, as Tomadas de Subsídio e as Consultas Internas e tem como objetivos:

I - colher sugestões e contribuições para subsidiar o processo decisório da ANTAQ e a edição de atos normativos;

II - propiciar à sociedade civil e aos agentes regulados a possibilidade de encaminhar sugestões e contribuições;

III - identificar, de forma ampla, os aspectos relevantes à matéria sob análise regulatória;

IV - ampliar a legitimidade dos atos normativos e decisórios emitidos pela ANTAQ; e

V - dar publicidade à ação da ANTAQ.

Ademais, a transparência de pautas e resultados das reuniões deliberativas da Diretoria da ANTAQ está garantida na Lei das Agências Reguladoras, a Lei nº 13.848, de 2019, a saber³:

³ Lembrando que todas as reuniões são transmitidas ao vivo pela Internet, acessando dentro do sítio eletrônico da Agência



Art. 8º As reuniões deliberativas do conselho diretor ou da diretoria colegiada da agência reguladora serão públicas e gravadas em meio eletrônico

§ 1º A pauta de reunião deliberativa deverá ser divulgada no sítio da agência na internet com antecedência mínima de 3 (três) dias úteis.

§ 2º Somente poderá ser deliberada matéria que conste da pauta de reunião divulgada na forma do § 1º.

§ 3º A gravação de cada reunião deliberativa deve ser disponibilizada aos interessados na sede da agência e no respectivo sítio na internet em até 15 (quinze) dias úteis após o encerramento da reunião.

§ 4º A ata de cada reunião deliberativa deve ser disponibilizada aos interessados na sede da agência e no respectivo sítio na internet em até 5 (cinco) dias úteis após sua aprovação.

Argumentações contrárias são vencidas definitivamente pelo art. 20, VII da RN 33/2019. A RN 33/2019 é clara, e concorda com a RN 32/2019: atos de efeito concreto que disciplinam situação específica dispensam a realização de Audiência Pública. Vejamos:

Art. 20. Não será obrigatória a realização de Audiência Pública para os seguintes casos, dentre outros:

I - propostas de alterações formais em normas vigentes;

II - propostas de alterações em norma que não restrinja direitos de agentes econômicos ou de usuários dos serviços de transporte;

III - consolidação de normas;

IV - pesquisas e estudos preliminares visando embasar os planos de outorga;

V - edição ou alteração de normas que se limitem a aplicar determinações legais e contratuais;

VI - edição ou alteração de normas que afetem exclusivamente a organização interna da ANTAQ; e

VII - atos normativos de efeitos concretos, voltados a disciplinar situação específica e que tenham destinatários individualizados.

Por esse normativo, no processo de revisão e reajuste de tarifas cabe nem mesmo o instituto da Consulta Pública, pois não há interesse geral no reequilíbrio econômico-financeiro de uma dada administração portuária. A zona de influência de cada porto organizado é relativamente pequena, não é "geral". Vejamos o art. 29 da RN 33/2019:

Art. 29. Quando a matéria em causa envolver assunto de interesse geral que deva ser submetido à participação da sociedade, a ANTAQ poderá realizar Consultas Públicas para recebimento de contribuições.



Contudo, a setorial técnica da Agência não está impedida de realizar Reunião Participativa, instituto muito mais adequado e conveniente ao caso, pois poderá ser restrita aos diretamente interessados na matéria, sem os formalismos excessivos das Audiências Públicas, com grande agilidade. Vejamos:

Art. 33. Para auxiliar o processo decisório, a ANTAQ poderá realizar, a qualquer momento, Reuniões Participativas em sessões presenciais abertas ao público ou, a seu critério, restritas a convidados, para obter manifestações e contribuições orais ou escritas sobre matéria específica, inclusive mediante apresentação de estudos, laudos, pareceres e outros documentos referentes a temas em discussão na Agência.

§ 1º As Reuniões Participativas restritas a convidados serão orientadas a agentes identificados pela ANTAQ como importantes para o desenvolvimento das matérias em discussão.

§ 2º As Reuniões Participativas poderão ser convocadas por iniciativa dos Diretores, das Superintendências ou das Gerências da ANTAQ, que definirão, a seu critério, a data do evento.

Art. 34. As Reuniões Participativas serão realizadas presencialmente.

Parágrafo Único. Poderão ser realizadas sessões presenciais mediante utilização de tecnologias de informação e comunicação, tendo-se em conta a redução dos custos e o aumento da participação de interessados.

Confirma-se que a RN 33/2019 já está alinhada à Lei das Agências Reguladoras, a Lei nº 13.848/2019, a saber:

Art. 9º Serão objeto de consulta pública, previamente à tomada de decisão pelo conselho diretor ou pela diretoria colegiada, as minutas e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados.

§ 1º A consulta pública é o instrumento de apoio à tomada de decisão por meio do qual a sociedade é consultada previamente, por meio do envio de críticas, sugestões e contribuições por quaisquer interessados, sobre proposta de norma regulatória aplicável ao setor de atuação da agência reguladora.

Art. 10. A agência reguladora, por decisão colegiada, poderá convocar audiência pública para formação de juízo e tomada de decisão sobre matéria considerada relevante.

(...)

Art. 11. A agência reguladora poderá estabelecer, em regimento interno, outros meios de participação de interessados em suas decisões, diretamente ou por meio de organizações e associações legalmente reconhecidas, aplicando-se o § 5º do art. 9º às contribuições recebidas.

Verifica-se mais uma vez que a Audiência ou Consulta Pública, quando não vinculada a atos normativos, é de caráter discricionário da autoridade pública. Não é ato vinculado.

4.2 Da inexistência de obrigação legal para abertura de Audiência Pública nos processos de reajuste ou revisão tarifária. Do trânsito em julgado da matéria.

A possibilidade ou não obrigatoriedade de Audiência Pública nos processos de revisão tarifária dos portos foi debatida amplamente com o setor aquaviário, por cerca de 2 (dois) anos.

Tal debate foi suscitado primeiramente dentro da Consulta Pública preliminar à proposta inicial da ANTAQ, como vimos no Processo ANTAQ SEI 50300.008077/2016-97. Veja trecho da decisão de 29 de setembro de 2016:

RESOLUÇÃO Nº 5009-ANTAQ

Art. 1º Realizar CONSULTA PÚBLICA, no período de 5 de outubro de 2016 à 19 de janeiro de 2017, visando o recebimento de contribuições na forma abaixo especificada, com o seguinte objetivo, tópicos temáticos e forma de participação:

I. Objetivo:

Coletar opiniões e manifestações de interesse geral sobre os tópicos a seguir relacionados, obtendo contribuições e sugestões que subsidiarão a continuidade do projeto de elaboração de um normativo, cuja finalidade será regulamentar a estrutura tarifária padronizada dos portos organizados e instituir novos critérios de cálculo dessas tarifas, constituindo um novo regime tarifário das Autoridades Portuárias a partir do biênio 2017-2018.

II. Tópicos temáticos da Consulta:

(...)

- Obrigatoriedade ou não de audiência pública para aprovação de revisões tarifárias (eventual dispensa para os reajustes anuais); (grifo nosso);

A matéria constou também no parágrafo 58 da Nota Técnica nº 4/2017/GT-PORT-057-16-DG, no Processo ANTAQ SEI 50300.005642/2017-45, que submeteu a proposta de minuta normativa da Resolução Normativa nº 32, de 2019 a uma Audiência Pública. A proposta original da ANTAQ, na primeira versão da minuta da RN 32/2019, foi pela dispensa da obrigatoriedade. A minuta foi posteriormente confirmada, pois os agentes regulados não advogaram por esse passo processual.

O resultado final pela desobrigação apoia-se na Lei de criação da própria Agência, partindo da premissa óbvia que revisões tarifárias (outro nome para reequilíbrio econômico-financeiro) não são atos normativos nem decisões relativas à "pendência" entre regulados. Pendências são litígios, disputas - não sendo esse obviamente o caso.



Vejamos o art. 68 da Lei nº 10.233, de 2011:

Art. 66. O processo decisório da ANTT e da ANTAQ obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade.

(...)

Art. 68. As iniciativas de projetos de lei, as alterações de normas administrativas e as decisões das Diretorias Colegiadas para resolução de pendências que afetem os direitos de agentes econômicos ou de usuários de serviços de transporte serão precedidas de audiência pública. (Redação dada pela Lei nº 13.848, de 2019)

Alinhavando os elementos essenciais dos atos administrativos (competência, forma, objeto, motivo e finalidade) e respeitando os princípios básicos da administração pública (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade), restará válida a deliberação da Diretoria.

Quanto ao novo princípio, aquele da Emenda Constitucional nº 19, o da "eficiência", parece-nos que a audiência pública trabalha contra ele, ao delongar e desacelerar os trabalhos da Agência, inserindo, pelo menos, 90 (noventa) dias na instrução processual, sem garantias que o procedimento irá aperfeiçoar a decisão ou levar a um consenso maior na hinterlândia, condição que é plenamente incompatível com a agilidade requerida, principalmente nesta Era da Informação. Ao introduzir 90 (noventa) dias na instrução processual, o perigo é das condições de desequilíbrio se agravarem, e que todos os cálculos e análises sejam perdidos em função da sua desatualização.

De sorte que Audiências Públicas nos processos de revisão tarifária dos portos cria formalismo excessivo, não essencial à legalidade do procedimento que, provavelmente, irá apenas onerar a administração pública, seja em tempo, seja em recursos financeiros ou materiais, emperrando a administração pública, distorcendo as prioridades.

Ademais, o procedimento aprovatório está explícito e expresso na Lei: a ANTAQ aprova após ouvir a autoridade ministerial. Vejamos:

Lei nº 10.233/2011

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

(...)

VII - promover as revisões e os reajustes das tarifas portuárias, assegurada a comunicação prévia, com antecedência mínima de 15 (quinze) dias úteis, ao poder concedente e ao Ministério da Fazenda; (Redação dada pela Lei nº 12.815, de 2013)



Por essa razão não cabe comparação com os demais setores regulados, como o de energia elétrica. A ANTAQ, nesse aspecto, é *sui generis*, pois já não detém plena autonomia para decidir a respeito. Já está sujeita ao poder revisional ou de veto do Poder Concedente.

Ainda no campo das competências legais, a regulação econômica é o *métier* da Agência, possuindo todos os instrumentos e ferramentas para deliberar sobre como serão transferidos aos usuários os custos e como serão compartilhados os ganhos. Pode, inclusive, regulamentar o tratamento confidencial das informações econômico-financeiras das administrações portuárias. É o que está translúcido no art. 4º do Decreto nº 4.122/2002:

Art. 4º No exercício de seu poder normativo caberá à ANTAQ disciplinar, dentre outros aspectos, a outorga, a prestação, a comercialização e o uso dos serviços, bem como:

(...)

IV - definir os termos em que serão compartilhados com os usuários os ganhos econômicos do concessionário decorrentes da modernização, expansão ou racionalização da prestação dos serviços, bem como de novas receitas alternativas;

V - definir a forma pela qual serão transferidos aos usuários os ganhos econômicos que não decorram da eficiência empresarial daqueles que, sob qualquer regime, explorem atividade regulada pela ANTAQ, tais como diminuição de tributos ou encargos legais, ou novas regras sobre os serviços;

VI - estabelecer os mecanismos para acompanhamento das tarifas e dos preços, de forma a garantir sua publicidade;

VII - disciplinar as condições de revisão de tarifa decorrente da oneração causada por novas regras sobre os serviços, em especial pelo aumento de encargos legais ou tributos, salvo o imposto sobre a renda;

(...)

XI - regulamentar o tratamento confidencial das informações técnicas, operacionais, econômico-financeiras e contábeis solicitadas às empresas prestadoras dos serviços;

5 MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE. TRATAMENTO CONFIDENCIAL DAS INFORMAÇÕES

5.1 Do sigilo comercial e concorrencial

Como sabemos, as administrações portuárias têm fins lucrativos e enfrentam grande concorrência, seja dos outros portos organizados seja dos portos privados. Atualmente, há mais de uma centena de terminais autorizados no país capazes de competir com o porto organizado, e, para esses, não há qualquer necessidade de prestar contas, *a priori*, sobre sua estratégia



comercial ou econômico-financeira, pois os compromissos com o Poder Público são baixos (sequer há pacto de investimentos).

Por outro lado, no processo de revisão tarifária, a administração portuária se desnuda ao regulador. Custos e receitas, operacionais e não operacionais, passados e projetados, priorização e ordenação de investimentos, contratos privados, extratos bancários, demanda que pretende atrair, salários, empréstimos e juros etc.

Logo, os demais setores reguladores, como o setor de distribuição de energia elétrica, não são *benchmarking* nesse aspecto da revisão, pois as administrações portuárias não detêm mercado cativo e a publicização de informações sigilosas dessa natureza é capaz de produzir grande prejuízo. É direito da administração portuária concorrer em igualdade com os demais portos, públicos e privados, e a ANTAQ está aqui para garantir a lealdade dessa disputa.

A restrição é apoiada pelo Decreto nº 7.724, de 2012, nos seguintes trechos:

Art. 5º (...)

§ 2º Não se sujeitam ao disposto neste Decreto as informações relativas à atividade empresarial de pessoas físicas ou jurídicas de direito privado obtidas pelo Banco Central do Brasil, pelas agências reguladoras ou por outros órgãos ou entidades no exercício de atividade de controle, **regulação e supervisão da atividade econômica cuja divulgação possa representar vantagem competitiva a outros agentes econômicos.**

Art. 6º O acesso à informação disciplinado neste Decreto não se aplica:

I - às hipóteses de sigilo previstas na legislação, como fiscal, bancário, de operações e serviços no mercado de capitais, comercial, profissional, industrial e segredo de justiça.

Ademais, ao contrário dos documentos enviados pelas administrações portuárias, os documentos produzidos pela ANTAQ são tidos como preparatórios, logo, devem ser publicizados após a deliberação final da Diretoria.

Os documentos enviados pelo regulado só poderão ser publicizados, a qualquer tempo, com autorização expressa do titular de direitos pessoais. Vejamos o mesmo Decreto:

Art. 55. As informações pessoais relativas à intimidade, vida privada, honra e imagem detidas pelos órgãos e entidades:

I - terão acesso restrito a agentes públicos legalmente autorizados e a pessoa a que se referirem, independentemente de classificação de sigilo, pelo prazo máximo de cem anos a contar da data de sua produção; e



II - poderão ter sua divulgação ou acesso por terceiros autorizados por previsão legal ou consentimento expresso da pessoa a que se referirem.

5.2 Dispensa de Análise de Impacto Regulatório

Nem a Lei das Agências Reguladoras, tão pouco a Lei da Liberdade Econômica, exigem Análise de Impacto Regulatório (AIR) nos casos em tela.

Da Lei das Agências Reguladoras, a Lei nº 13.848, de 2019, retiramos o seguinte trecho, *in verbis*:

Art. 6º A adoção e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados serão, nos termos de regulamento, precedidas da realização de Análise de Impacto Regulatório (AIR), que conterá informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo.

§ 1º Regulamento disporá sobre o conteúdo e a metodologia da AIR, sobre os quesitos mínimos a serem objeto de exame, bem como sobre os casos em que será obrigatória sua realização e aqueles em que poderá ser dispensada.

(...)

§ 5º Nos casos em que não for realizada a AIR, deverá ser disponibilizada, no mínimo, nota técnica ou documento equivalente que tenha fundamentado a proposta de decisão.

Veja que a Lei das Agências Reguladoras é pontual ao prever a AIR para "atos normativos", ou seja, não para decisões acerca de reequilíbrio econômico-financeiro das empresas. A RN 32/2019 cumpre o §5º do art. 6º, sendo disponibilizada Nota Técnica com os fundamentos da proposta de decisão, incluindo nela pontual análise de impacto, quando couber.

Ademais, a Lei da Liberdade Econômica, a Lei nº 13.874, de 2019, é clara também no aspecto do escopo da AIR: atos normativos de interesse geral. Veja o art. 5º:

Art. 5º As propostas de edição e de alteração de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados, editadas por órgão ou entidade da administração pública federal, incluídas as autarquias e as fundações públicas, serão precedidas da realização de análise de impacto regulatório, que conterá informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo para verificar a razoabilidade do seu impacto econômico.

Parágrafo único. Regulamento disporá sobre a data de início da exigência de que trata o caput deste artigo e sobre o conteúdo, a metodologia da análise de impacto regulatório, os quesitos mínimos a serem objeto de exame, as hipóteses em que será obrigatória sua realização e as hipóteses em que poderá ser dispensada.

6 CONCLUSÃO

Este trabalho demonstrou que os procedimentos adotados pela ANTAQ em relação à revisão ou reajuste tarifário das administrações portuárias são adequados, pois são amparados em todos os princípios e previsões legais ora existentes, e vem evoluindo em termos de transparência e publicidade. Os procedimentos de revisão e reajuste nos portos ocorrem sem qualquer prejuízo ao direito de petição e de informações aos usuários dos portos, tendo em vista os diversos mecanismos recursais e os já consagrados instrumentos de participação social disponíveis.

A Agência Reguladora garante os princípios constitucionais da Administração Pública, respeitado o sigilo legal, assim como os da motivação e fundamentação dos atos, avaliando os impactos de suas medidas, principalmente quando da definição de tarifas.

Além de não ser obrigatória, desnecessária qualquer audiência pública nos processos de reequilíbrio, de modo que tal procedimento poderia agravar ainda mais os desequilíbrios e ampliar a falta de competitividade de alguns portos organizados, sem qualquer garantia de aumento do consenso ou de aprimoramento da decisão do Regulador.

Demonstrada, por fim, a existência de oportunidades eficazes e tempestivas de manifestação de juízo contrário às deliberações da ANTAQ, de modo que não há qualquer prejuízo à participação dos interessados.

7 REFERÊNCIAS

ANTAQ. Nota Técnica nº 4/2017/GT-PORT-057-16-DG. **Proposta de Norma dispondo sobre a Estrutura Tarifária Padronizada das Administrações Portuárias**. 2017.

_____. **Resolução Normativa nº 32-ANTAQ**, de 03 de maio de 2019 - Aprova a norma que dispõe sobre a estrutura tarifária padronizada das administrações portuárias e os procedimentos para reajuste e revisão de tarifas.

BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. 13. ed. atual. por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2015. MEIRELES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 27ª edição, atualizada por Eurico de Andrade Azevedo. São Paulo, Editora Malheiros, 2002.



BRASIL. **Lei nº 10.233, de 05 de junho de 2001.** Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF.

_____. **Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013** - Dispõe sobre a exploração direta e indireta pela União de portos e instalações portuárias e sobre as atividades desempenhadas pelos operadores portuários.

_____. **Lei nº 8.630, de 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). Diário Oficial da União, Brasília, DF. Publicada no D.O.U de 26.02.1993.

CÂMARA, Jacintho Arruda. **Tarifa nas Concessões.** São Paulo: Malheiros, 2009. pg. 48.

KLIJN, E. H. (2012). **New public management and governance: a comparison of two paradigms to deal with modern complex problems.** 2012. In Levi-Faur, D. (Ed), The Oxford Handbook of Governance, (201 – 214), Oxford: Oxford University Press.

MEIRELES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 27ª edição, atualizada por Eurico de Andrade Azevedo. São Paulo, Editora Malheiros, 2002.

MONTEIRO, Sandro José. MELLO, Fabiane. **Princípios da Regulação Tarifária do Setor Portuário: uma abordagem segundo os normativos da Agência.** in: VII Congresso Internacional de Desempenho Portuários - CIDESPORT 2020. Disponível em: <https://2020.cidesport.com.br/wp-content/uploads/2020/11/anais.cidesport.2020.pdf> . Acesso em 30/11/2020.

MONTEIRO, Sandro José. **Modelo quantitativo de equilíbrio geral da regulação tarifária das administrações portuárias.** in: Revista Reflexões 3ª edição - Jan/2021. ANTAQ. Disponível em: <https://www.gov.br/antag/pt-br/assuntos/instalacoes-portuarias/portos/ArtigoRevista.pdf>. Acesso em 07/05/2021.

SECCHI, L. **Modelos organizacionais e reformas da administração pública.** 2009. Revista de Administração Pública, 43 (2), 347 – 369.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). **Acórdão Plenário nº 1904/2009. Auditoria Operacional dos Portos.** Disponível em: Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultaPagina=S&item0=20757>



A APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PORTUÁRIOS DE ARMAZENAGEM E MOVIMENTAÇÃO DE CARGAS

THE APPLICABILITY OF THE CONSUMER PROTECTION CODE IN THE PROVISION OF PORT SERVICES OF STORAGE AND HANDLING LOADS

Eliane Maria Octaviano Martins¹

Gabriel Leonardo Alves²

RESUMO: Este artigo aborda a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor na prestação de serviços portuários de armazenagem e movimentação de cargas, prestados por arrendatários e autorizatários aos usuários, esses entendidos como exportadores e importadores. Não há dúvidas, de acordo com a doutrina, de que os serviços portuários são considerados serviço público, ainda que delegado às pessoas jurídicas de direito privado e por elas explorados e prestados. Também, conforme o entendimento doutrinário, é pacífica a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor na prestação de serviços públicos, quando há o pagamento de remuneração específica. A relação jurídica ou a relação de consumo existente entre os arrendatários ou autorizatários e os exportadores e importadores é verificada com o contrato de prestação de serviços portuários. De um lado, os exportadores e importadores reúnem, além das qualidades de usuários, as qualidades de consumidores porque pagam pela utilização dos portos e terminais portuários, bem como pela prestação do serviço. Noutro lado, os arrendatários e autorizatários também reúnem as qualidades suficientes de fornecedores/prestadores de serviços portuários que, por sua vez, cobram valores dos consumidores para o fornecimento desse serviço público.

¹ Pós-Doutorado pela Western Michigan University (EUA/2019). Doutorado pela Universidade de São Paulo (USP/2005), Mestrado pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (UNESP/2000). Professora do programa de mestrado em Direito do Centro Universitário FIEO. Autora do Curso de Direito Marítimo volumes I, II e III e organizadora do Vade Mecum de Direito Marítimo, todos pela Editora Manole. Diretora acadêmica e professora dos cursos de pós-graduação na Maritime Law Academy (MLAW). Colaboradora do Ministério da Educação. Membro do Conselho Executivo do IEAMAR/UNESP. Presidente da Câmara Arbitral Marítima do Rio de Janeiro (CAMRJ). Tem experiência e atua principalmente nos seguintes temas: Direito Marítimo, Direito Internacional Privado, Direito Civil, Direito Contratual, Direito dos Seguros, Avarias Marítimas, Contratos Marítimos, Direito do Mar, Direito da Navegação e Direito do Comércio Internacional, defesa comercial e da Concorrência.

² Bacharel em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí - Univali - 2018/I. Advogado aprovado no XXIV Exame de Ordem Unificado, inscrito na OAB/SC sob o nº. 54.145. Idealizador, fundador e proprietário do único e primeiro escritório de advocacia especializado em Direito Marítimo e Portuário na cidade de Navegantes (SC), Gabriel Leonardo Advogados. Atuante nas áreas do Direito Marítimo e Portuário. Pós-graduação em Direito Marítimo e Portuário pela Maritime Law Academy (cursando). Membro da Comissão de Direito Marítimo e Portuário da OAB/SC. Definiu como linhas de pesquisa, os ramos do Direito Marítimo e Portuário. E-mail: gabrielleonardo@edu.univali.br.



Portanto, resta evidente a possibilidade de aplicação do Código de Defesa do Consumidor nas relações de prestação de serviços portuários de armazenagem e movimentação de cargas, prestados por arrendatários e autorizatários aos exportadores e importadores.

PALAVRAS-CHAVE: Serviços portuários. Serviço público. Código de Defesa do Consumidor. Exportadores e importadores. Arrendatários e autorizatários.

ABSTRAC: This paper discusses the applicability of the Consumer Protection Code in the provision of port services of storage and handling loads, provided by lessees and authorized to users, these understood as exporters and importers. There is no questions, according to the doctrine, that port services are considered a public service, even if delegated to legal entities of private law, and exploited and provided by them. Also, according to the doctrinal understanding, the applicability of the Consumer Protection Code in the provision of public is pacified when there is the payment of specific remuneration. The legal relationship or the existing consumer relationship between lessees or authorized and exporters and importers is verified with the contract for the provision of port services. On the one hand, exporters and importers bring together, in addition to the qualities of users, the qualities of consumers because they pay for the use of ports and port terminals, as well as for the provision of the service. Elsewhere, lessees and authorized also gather the sufficient qualities of suppliers/providers of port services, which, in turn, charge consumers for the provision of this public service. Therefore, it remains clear the possibility of applying the Consumer Protection Code in the relations of providing port services of storage and handling loads, provided by lessess and authorized to exporters and importers.

KEYWORDS: Port services. Public services. Consumer Protection Code. Exporters and importers. Lessees and authorized.

1 INTRODUÇÃO

É através dos portos que cargas entram e saem do nosso território. Com efeito, para que a atividade portuária seja empreendida, a presença de alguns atores é imprescindível, entre os quais, os prestadores de serviços portuários, aqui entendidos como arrendatários e autorizatários, a depender do contrato firmado com a Administração Pública, e os usuários, aqui conceituados, também a depender do procedimento, se de exportação ou importação, como exportadores e importadores.

Os prestadores dos serviços portuários, isto é, os arrendatários e autorizatários, são empresas que, na grande maioria dos casos, recebem investimento estrangeiro de grandes transportadores marítimos, que acaba por desencadear o fenômeno da verticalização (CASTRO JÚNIOR; RODRIGUES, 2019).



Por outro lado, os usuários, embora também sejam pessoas jurídicas, não são entes dotados de tamanho poderio econômico, tecnológico e técnico, além do poder político que detêm os prestadores dos serviços portuários. É daí que surge o desequilíbrio contratual na prestação desses serviços, entre prestadores e usuários, que merece ser reajustado ou pela regulação setorial ou pela legislação, a fim de promover um desenvolvimento econômico saudável e eficaz.

Precipuamente, há existência de um contrato de prestação de serviços (relação jurídica), cujo objeto é a prestação de serviços portuários, seja de armazenagem e/ou movimentação de cargas, cujas condições e preços são pré-estabelecidos pelo prestador de serviço, com o aval da agência reguladora, Antaq.

Em sua essência, a atividade portuária é considerada serviço público ou de interesse público (CASTRO JÚNIOR; RODRIGUES, 2019).

A relação de consumo é derivada de uma relação jurídica, desde que presentes o prestador ou fornecedor e o consumidor. Ressalta-se que o Código de Defesa do Consumidor não traz qualquer vedação às pessoas jurídicas, independentemente de sua estrutura societária e porte, para enquadrá-las como consumidoras (NUNES, 2012).

Portanto, propõe-se o presente estudo, com o intuito de verificar a existência de relação de consumo entre prestadores de serviços portuários, entendidos como arrendatários e autorizatários, e os usuários, qualificados como exportadores e importadores.

Para o desenvolvimento da pesquisa foi utilizado o método dedutivo, com auxílio da revisão bibliográfica, partindo da premissa de ser aplicável o Código de Defesa do Consumidor na prestação de serviços públicos, e sendo assim considerado o serviço portuário, logo, também se aplica na prestação dos serviços portuários.

Para tanto, o presente trabalho é concebido em três tópicos. O primeiro discorre sobre o serviço portuário como serviço público, perpassando pelo conceito doutrinário de serviço público para, após, conceituar o serviço portuário. O segundo tópico se detém na análise de quem são os usuários e prestadores dos serviços públicos, interessando para o presente trabalho os exportadores e importadores que movimentam suas cargas nos portos e terminais portuários dos arrendatários e autorizatários. Por fim, o último e terceiro tópico se volta para a conceituação de

consumidor e fornecedor/prestador de serviço, para ao final demonstrar a existência da relação de consumo entre os prestadores e os usuários de serviços portuários.

2 O SERVIÇO PORTUÁRIO COMO SERVIÇO PÚBLICO

Neste primeiro Tópico, será explanada a conceituação e o enquadramento do serviço portuário como serviço público, utilizando-se a definição trazida pela doutrina, com o intuito de buscar o ponto de intersecção entre ambos os serviços.

Para isso, o primeiro tópico abordará o serviço público e seu conceito a partir da perspectiva doutrinária

Encerra-se o tópico com a abordagem do tema serviço portuário, também através da lente doutrinária, em especial, com a definição de serviço público portuário e serviço de interesse público no setor portuário.

2.1 Serviço Público

Frisa-se de antemão, que a conceituação doutrinária de serviço público não é estanque e tampouco será possível defini-la neste breve trabalho, cujo objetivo é ter um apanhado geral, mas dentro de linhas lógicas, e buscar sua relação com o serviço portuário na perspectiva da relação de consumo.

Para Carvalho Filho (2016) o serviço público pode ser entendido como o exercício da atividade estatal pelo próprio Estado ou por meio dos seus delegados, regulado pelo direito público, a fim de satisfazer as necessidades primárias e secundárias da sociedade.

Contribuindo com a conceituação, Di Pietro (2014) afirma que as atividades consideradas como serviço público derivam da própria lei. Esse entendimento é melhor elucidado com a transcrição do texto a seguir:

[...] é o Estado, por meio da lei, que escolhe quais as atividades que, em determinado momento, são consideradas serviços públicos; no direito brasileiro, a própria Constituição faz essa indicação nos artigos 21, incisos X, XI, XII, XV e XXIII, e 25, § 2º, alterados, respectivamente, pelas Emendas Constitucionais 8 e 5, de 1995; isto exclui a possibilidade de distinguir, mediante critérios objetivos, o serviço público da atividade privada; esta permanecerá como tal enquanto o Estado não a assumir como própria. (DI PIETRO, 2014, p. 106).



Nesse norte, o artigo 21, inciso XII, alínea “f”, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, distribui competência à União para explorar diretamente ou mediante autorização, concessão e permissão, os portos marítimos, fluviais e lacustres (BRASIL, 1988).

Portanto, de acordo com os entendimentos acima transcritos, pode-se chegar ao conceito de serviço público como sendo aquele prestado diretamente pelo Estado ou por seus delegados, cujas atividades derivam da lei, incluindo a portuária.

No tópico subsequente, será melhor abordado o conceito e como se desenvolve o serviço portuário.

2.2 Serviço Portuário

Do mesmo modo, o conceito de serviço portuário também não encontra acolhimento apurado na doutrina, ante a ausência de escritos relacionados ao tema.

É certo que o serviço portuário pode ser traduzido como operação portuária, embora essa tradução possa não ser fiel à representação global do significado. Importa ao presente trabalho, os serviços portuários relativos à armazenagem e movimentação de cargas e mercadorias.

Nesse sentido, o Ministério do Trabalho e Emprego (2001) conceitua o serviço portuário ou a operação portuária como um complexo de atividades interligadas na movimentação de mercadorias.

Segundo essa linha de raciocínio, para Castro Júnior e Rodrigues (2019) o serviço portuário pode ser dividido em: serviço público portuário e serviço de interesse público no setor portuário.

O primeiro pode ser entendido da seguinte forma:

Serviço público portuário é a prestação de serviço ao usuário, atribuída ao Estado, executada por intermediário de concessão ou arrendamento, de forma centralizada, descentralizada ou delegada ao particular, respeitando os direitos e garantias do usuário e da função pública dos serviços, especialmente aqueles prestados através de autorizatários. (CASTRO JÚNIOR; RODRIGUES, 2019, p. 100)

Já o segundo, tendo em vista que o legislador quis que a exploração dos serviços públicos ocorresse das mais variadas formas, no setor portuário em específico foi criado o arrendamento portuário (CASTRO JÚNIOR; RODRIGUES, 2019).

Para melhor esclarecer, transcreve-se o seguinte excerto doutrinário:



Desta maneira, o particular presta serviço portuário em área privada, fora do porto organizado, e com recursos próprios. Não obstante, a prestação do serviço possui natureza de interesse público, haja vista que o setor portuário é atividade econômica nacional, com previsão constitucional, logo, devem ser respeitados os ditames do interesse público e do usuário. (CASTRO JÚNIOR; RODRIGUES, 2019, p. 101)

Ainda sobre os serviços portuários, esses são prestados dentro das instalações portuárias (CASTRO JÚNIOR; RODRIGUES, 2019). Ademais, sobre o tema, o artigo 2º, inciso III, da Lei nº. 12.815/2013, assim verbaliza:

III - instalação portuária: instalação localizada dentro ou fora da área do porto organizado e utilizada em movimentação de passageiros, em movimentação ou armazenagem de mercadorias, destinadas ou provenientes de transporte aquaviário. (BRASIL, 2013, artigo 2º.)

Por fim, é importante considerar a seguinte sentença: “[...] não há como tolerar decisões judiciais que afastam o caráter público dos serviços prestados por terminais privados [...]”. (CASTRO JÚNIOR; RODRIGUES, 2019, p. 96).

Assim, nesse primeiro tópico, é possível concluir que o serviço portuário é um serviço público quando prestado pelo próprio Estado ou concedido ao particular, mediante contrato administrativo de arrendamento, ou então de interesse público nos contratos de autorização, fornecido para a movimentação ou armazenagem de mercadorias destinadas ou provenientes do transporte aquaviário.

No próximo tópico, será melhor delineado os usuários e os prestadores de serviço portuário.

3 OS USUÁRIOS E OS PRESTADORES DE SERVIÇOS PORTUÁRIOS

Neste tópico, será melhor abordado e analisado os usuários e os prestadores de serviços portuários.

Primeiramente, será retratado o conceito de usuários dos serviços públicos e, conseqüentemente, dos serviços portuários.

Para o presente trabalho são considerados como usuários dos serviços portuários, os exportadores e importadores, que serão estudados no primeiro tópico deste tópico.



No segundo item, passar-se-á à análise dos prestadores de serviços portuários, interessando para o estudo, os arrendatários e autorizatários.

3.1 Conceito de Usuário

O usuário é a peça central na prestação do serviço portuário, pois, sem ele, não haveria a necessidade desse tipo de serviço.

Nesse sentido, como bem asseveram Castro Júnior e Rodrigues (2019, p. 70) “O usuário é a figura mais relevante nos serviços públicos, razão de existir deles, porque o aparato estatal é desenvolvido com objetivo de proporcionar ao usuário adequada prestação do serviço”.

Embora este não seja o método mais eficiente de se obter um conceito no ramo da Ciência Jurídica, toma-se de empréstimo o conceito de usuário de serviços públicos apresentado pela Lei nº. 13.460/2017, que em seu artigo 2º, inciso I, assim diz: “[...] usuário – pessoa física ou jurídica que se beneficia ou utiliza, efetiva ou potencialmente, de serviço público”. (BRASIL, 2017).

De arremate e para o que significa ao presente trabalho, apresenta-se o conceito de usuário de serviço portuário como sendo “a pessoa jurídica que utiliza tal conjunto de serviços para movimentar as suas cargas, em sua atividade comercial ou não comercial”. (CASTRO JÚNIOR; RODRIGUES, 2019 apud CASTRO JÚNIOR, 2015).

Superado o tema de conceituação de usuário, passar-se-á, na sequência, para análise mais detalhada, dividindo os usuários em importadores e exportadores, tendo em vista que são esses atores que movimentam as suas cargas em portos arrendados ou em terminais portuários autorizados.

3.1.1 Importadores e Exportadores

Como afirmado anteriormente, para o presente trabalho, os usuários dos serviços portuários serão divididos em exportadores e importadores, uma vez que são esses atores que, realmente, movimentam suas cargas em portos e terminais portuários.

Assim, de acordo com o artigo 31, inciso I, do Decreto-Lei nº. 37/1966, o importador é “[...] qualquer pessoa que promova a entrada de mercadoria estrangeira no Território Nacional”. (BRASIL, 1966).

Com efeito, a entrada das mercadorias em Território Nacional só pode ser efetuada pela transposição da fronteira nacional, utilizando-se portos, aeroportos e fronteiras terrestres. Importa para o presente trabalho, os portos.

Ademais, o artigo 5º do Decreto-Lei nº. 1.578/1977, conceitua o exportador como “[...] qualquer pessoa que promova a saída do produto do território nacional”. (BRASIL, 1977).

Tanto para o importador ingressar sua mercadoria em território nacional, quanto para o exportador enviar sua mercadoria para o exterior, necessária se faz a utilização de um porto ou terminal portuário quando for empregado o transporte marítimo na operação.

Assim sendo, e com base no todo até aqui explanado, pode-se considerar como usuários dos serviços portuários, em especial dos serviços de movimentação e armazenagem de mercadorias, os exportadores e importadores que utilizam o modal marítimo e, consequentemente, os portos e terminais portuários para movimentar suas cargas.

Ultrapassado o tema exportadores e importadores como usuários dos serviços portuários, a seguir, será analisado o outro lado da prestação dos serviços, isto é, os prestadores de serviços portuários.

3.2 Prestadores de Serviços Portuários

Neste tópico serão abordados os prestadores de serviços portuários, aqui divididos de acordo com a proposta do trabalho, em arrendatários e autorizatários, a depender do contrato firmado com a Administração Pública.

3.2.1 Arrendatários e autorizatários

Como alhures demonstrado, os serviços portuários podem ser considerados serviço público ou de interesse público.

Serão considerados serviços públicos portuários quando prestados pelo próprio Estado ou então cedidos ao particular.

Quando cedidos ao particular, aparece a figura do contrato de arrendamento, assim entendido como “[...] a cessão onerosa da área de infraestrutura públicas localizadas dentro do porto organizado, para exploração por prazo determinado” (CASTRO JÚNIOR; RODRIGUES, 2019, p. 100).



Ainda de acordo com Castro Júnior e Rodrigues (2019) o arrendamento é diferente da concessão, uma vez que no arrendamento a administração da infraestrutura, nesse caso dentro do porto organizado, continua a cargo da União ou do concessionário.

Para melhor compreensão, se extrai o conceito de arrendatários de instalações portuárias, proferido pelo escol doutrinador:

Nesta espécie, entes privados, executores de administração associada de interesses públicos de natureza econômica por parceria, celebram um contrato público de arrendamento com a União, ou com outra entidade, dela concessionária, pelo qual se assegura o direito de construir, reformar, ampliar, melhorar, subarrendar e explorar uma instalação portuária, sendo, por isso, denominados de arrendatários de instalações portuárias. (MOREIRA NETO, 2014, p. 387)

Em complemento, pode-se entender que o arrendamento portuário é uma delegação de um serviço público, eis que é composto por uma outorga de exploração de serviço essencial, concomitantemente com a exploração e utilização de bem público (MOREIRA NETO, 2014).

Portanto, compreende-se como arrendatário portuário, o particular que celebra um contrato de arrendamento com a Administração Pública, com a intenção de explorar as instalações portuárias, para movimentar e armazenar as mercadorias dos usuários.

Ainda nesse contexto, o arrendatário não está afastado de observar seus deveres inerentes ao serviço público, uma vez que a sua exploração pelo particular, não afasta a observância dos princípios consagrados ao serviço público. (CASTRO JÚNIOR; RODRIGUES, 2019).

Por fim, ainda se extrai da doutrina, as seguintes obrigações dos arrendatários frente aos usuários:

Além disso, o arrendatário se submete a uma série de obrigações típicas de serviço público, como não discriminar o usuário, continuidade, eficiência, generalidade e modicidade tarifária, fortalecendo a segurança jurídica e o ambiente competitivo em torno do contrato, corrigindo vícios no modelo privado e aumentando a possibilidade da efetividade da Constituição que elegeu a atividade portuária como serviço público. (CASTRO JÚNIOR; RODRIGUES, 2019, p. 69)

No que concerne ao serviço de interesse público no setor portuário, emerge-se o contrato de autorização.



Nesse quadrante, a doutrina apresenta as seguintes informações a respeito do contrato de autorização portuária:

Trata-se do exercício de *atividade econômica em sentido* estrito, que, tendo em vista a sua relevância, sofre influxos da regulação estatal, malgrado o consentimento do Estado para a exploração dessa infraestrutura portuária privada seja levado a efeito por meio de um ato administrativo de autorização. (MOREIRA NETO, 2014, p. 392).

Seguindo essa mesma linha de raciocínio, Castro Júnior e Rodrigues (2019) pontuam que a autorização entrega ao ente privado a execução de uma atividade legalmente designada ao Estado e que, embora seja exercida por um particular, está sujeita aos ônus e bônus decorrentes do seu caráter público.

Com efeito, o exercício da atividade portuária mediante contrato de autorização, se perfectibiliza através de Terminais de Uso Privado – TUP's – para exploração de movimentação e armazenagem de mercadorias provenientes do transporte aquaviário (CASTRO JÚNIOR; RODRIGUES, 2019).

Encerra-se o presente tópico com as elucidações necessárias relativas aos usuários e prestadores de serviços na seara portuária.

No próximo e derradeiro tópico, analisar-se-á a existência de relação de consumo na prestação dos serviços portuários.

4 DA RELAÇÃO DE CONSUMO NO SERVIÇO PORTUÁRIO

Neste tópico será examinada a existência da relação de consumo na prestação de serviços portuários, e a consequente aplicação do Código de Defesa do Consumidor, partindo da premissa de sua aplicabilidade nos serviços públicos.

O primeiro tópico será destinado ao estudo do consumidor. O segundo, por sua vez, se dedicará ao fornecedor/prestador de serviço. E, por fim, buscar-se-á o liame consumerista na seara dos serviços portuários.

4.1 O Consumidor

Conforme amplamente difundido no presente trabalho, para o estudo entende-se a classificação dos usuários dos serviços portuários em exportadores e importadores.

Consoante ao que foi analisado em tópico específico, os exportadores e importadores são empresas que movimentam e armazenam suas mercadorias, com a contratação dos arrendatários e autorizatários portuários que, conseqüentemente, detêm função pública de exploração da atividade portuária para movimentar e armazenar cargas.

Para Lisboa (2012) o consumidor é aquele que utiliza como destinatário final o serviço prestado pelo fornecedor.

Para Nunes (2012, p. 121) o conceito de consumidor cabe nestas linhas: “consumidor é a pessoa física, a pessoa natural e também a pessoa jurídica. Quanto a esta última, como a norma não faz distinção, trata-se de toda e qualquer pessoa jurídica, quer seja uma microempresa, quer seja uma multinacional”.

A doutrina de Lisboa defende um aspecto importante com relação ao consumidor de serviços públicos. Veja-se:

É imprescindível considerar-se serviço, bem como objeto da relação de consumo, toda a atividade remunerada lançada no mercado de consumo pelo órgão público. E, por consequência lógica, a remuneração deve ser paga diretamente pelo adquirente do serviço, que é o consumidor. (LISBOA, 2012, p. 117).

Contribuindo com esse entendimento, Castro Júnior e Rodrigues (2019, p. 53) apontam o seguinte: “A natureza do arrendamento é de serviço público delegado ao particular arrendatário, que, por sua vez, cobra uma tarifa para manutenção do serviço”.

Ademais, os mesmos autores enfatizam que no contrato de autorização de exploração portuária é cobrado preço pelos autorizatários (CASTRO JÚNIOR; RODRIGUES, 2019).

Em relação ao preço, extrai-se o seguinte entendimento doutrinário:

Preço (privado) – remuneração correspondente à contraprestação paga por uma das partes contratantes a outras (s) pelo cumprimento de obrigação de dar ou fazer, quer nos contratos privados, quer nos contratos administrativos. (CASTRO JÚNIOR; RODRIGUES, 2019 apud CINTRA DO AMARAL, 2016).



Lisboa (2012) divide os serviços públicos em próprios e impróprios. Resumidamente, os próprios são prestados pelo próprio Estado sem a possibilidade de delegação e decorrem da relação de cidadania. Os impróprios, são aqueles que podem ser realizados por entes privados mediante delegação da Administração Pública.

Ainda de acordo com Lisboa (2012, p. 119) os serviços públicos impróprios podem ser entendidos da seguinte maneira: “tais atividades remuneradas, em regra, propiciam ao seu tomador o reconhecimento da qualidade de consumidor e o direito de valer dos benefícios conferidos pelo microssistema de proteção ao consumidor”.

Nesse sentido, sabe-se que, para a prestação dos serviços portuários, os prestadores desses serviços cobram valores para movimentar e armazenar mercadorias dos exportadores e importadores, cujos preços são regulados pela Agência Nacional de Transporte Aquaviário – Antaq. (CASTRO JÚNIOR; RODRIGUES, 2019).

Portanto, compreende-se que os consumidores dos serviços públicos, incluindo os portuários, são os sujeitos que podem ser delimitados em exportadores e importadores, já que são eles que pagam valores pecuniários, em contraprestação da efetividade dos serviços portuários.

Vencida a temática consumidores de serviços portuários, logo em seguida, passar-se-á à análise dos prestadores desses serviços.

4.2 Os Prestadores de Serviços

Neste item serão estudados os prestadores de serviços portuários na perspectiva da relação de consumo, cujos já foram subdivididos para o presente trabalho em arrendatários e autorizatários.

Em relação aos prestadores ou fornecedores de serviços portuários, extrai-se o seguinte entendimento:

O CDC, no art. 3º, como dito, inclui no rol dos fornecedores as pessoas jurídicas pública (e, claro, por via de consequência, todos aqueles que em nome dela – diretamente ou indiretamente – prestam serviços públicos), bem como, ao definir “serviço” no §2º do mesmo artigo, dispôs que é qualquer atividade fornecida ao mercado de consumo, excetuando apenas os serviços sem remuneração ou custo decorrentes das relações de caráter trabalhista. (NUNES, 2012, p. 151).



Em complemento ao entendimento anteriormente exarado, Nunes (2012, p. 152) afirma: “O que caracteriza a pessoa jurídica responsável na relação de consumo estabelecida é o serviço público que ela está oferecendo e/ou prestando”.

Como bem asseguram Castro Júnior e Rodrigues (2019) os arrendatários e autorizatários prestam serviços público portuários, uma vez que se incumbem, no lugar do Estado, em fornecê-los.

Ainda nessa esteira de pensamento, os mesmos autores ensinam:

Os serviços públicos prestados pelo terminal arrendado decorrem de licitação pública por força do art. 4º da Lei nº.12.815/2013, ou seja, o arrendatário precisa se submeter a um processo licitatório, que conterà as regras do jogo e quais termos contratuais a serem submetidos ao arrendatário. (CASTRO JÚNIOR; RODRIGUES, 2019, p. 113).

Em relação aos serviços portuários autorizados, prestados por terminal de uso privado, Castro Júnior e Rodrigues (2019, p. 124) asseveram: “[...] em que pese o serviço ser executado pela iniciativa privada e fora do porto organizado, a sua natureza é de atividade econômica de interesse público, passível de controle do Estado, tanto como no serviço público [...]”.

Assim, é possível concluir que os arrendatários e autorizatários são prestadores de serviços público portuários, uma vez que, assumem papel de fornecedores de tais serviços no lugar do próprio Estado, de acordo com a lei consumerista e doutrina colacionada.

Em seguida, será discutido os requisitos configuradores da relação de consumo e sua aplicabilidade entre os usuários/consumidores e os prestadores/fornecedores de serviços portuários.

4.3 Relação de Consumo

Neste último tópico, será discutida a existência da relação de consumo entre usuários/consumidores e prestadores/fornecedores dos serviços portuários.

Para tanto, será analisada a sua característica e seu enquadramento nos serviços portuários, que são tidos como públicos.

Nunes (2012) afirma que, para a subsistência da relação de consumo, é necessária a presença de um fornecedor e de um consumidor na relação jurídica.



Com mais profundidade sobre o tema, a mesma doutrina apresenta o seguinte teor:

Somente constatando-se a presença dos elementos subjetivos (o fornecedor e o consumidor) e de um dos elementos objetivos mediatos em referência (o produto ou serviço), ao lado da causa, é que se torna aplicável o Código de Defesa do Consumidor sobre a relação jurídica em análise. A ausência de apenas um dos elementos acima citados obsta a incidência do Código de Defesa do Consumidor sobre a relação jurídica [...]. (LISBOA, 2012, p. 87).

Ainda de acordo com Lisboa (2012) os arrendatários e autorizatários devem se submeter ao código consumerista, sempre que prestar um serviço em troca de prestação pecuniária correspondente remunerada pelo consumidor.

Nessa mesma linha, Oliveira (2015, p. 239) defende que “A prestação de serviços públicos, segundo a legislação vigente, encontra-se submetida ao CDC”.

No mais, é possível determinar que os serviços públicos que não são pagos por remuneração específica pelo usuário não estão sob o manto do Código de Defesa do Consumidor, uma vez que tais serviços são remunerados por tributos. (OLIVEIRA, 2019).

Sobre a existência de relação de consumo nos serviços públicos, incluindo o portuário, a doutrina arremata com a seguinte lição:

Logo, não há alternativa: se, na relação jurídica estabelecida, de um lado estiver o consumidor, que recebe um serviço (público ou privado), e de outro fornecedor do serviço, que o presta, a relação é típica de consumo e está protegida pelas regras do CDC.

Por derradeiro, Castro Júnior e Rodrigues (2019) afirmam ser possível que a relação jurídica entre usuário e prestador de serviço público ou de interesse público se converta em relação de consumo.

Portanto, imprescindível para a existência da relação de consumo a presença, de um lado do usuário como consumidor e de outro os arrendatários e autorizatários como prestadores/fornecedores de serviços portuários, cuja conexão ocorre com a relação jurídica da prestação do serviço.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não restam dúvidas que os serviços portuários são considerados serviços públicos, mormente por determinação constitucional, tendo em vista o teor do texto da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que, em seu artigo 21, inciso XII, alínea “f”, distribuiu competência à União para explorar os portos marítimos, fluviais e lacustres diretamente ou mediante autorização e concessão. Muito embora a exploração dos portos, em caso de autorização e concessão ou arrendamento, seja realizada por pessoas jurídicas de direito privado, ela não perde a sua natureza de serviço público, principalmente, por ser regida pelas leis e normas de direito público. Essas considerações encontram eco na doutrina.

De toda sorte, para que os serviços portuários ou atividades portuárias possam atingir seu fim específico, qual seja, a movimentação e armazenagem de cargas, é necessária a presença do usuário que armazena e movimenta suas mercadorias nos portos e terminais portuários arrendados e autorizados. Ele é a razão de existir o serviço portuário. (CASTRO JÚNIOR; RODRIGUES, 2019).

Notadamente, esses usuários dos serviços públicos portuários são os sujeitos que movimentam e armazenam suas mercadorias nos portos arrendados ou nos terminais portuários de uso privado autorizados, e podem ser traduzidos nas empresas exportadoras e importadoras que utilizam o modal aquaviário.

De outro lado, com o intuito de perfectibilizar o processo de exportação e importação pelo modal aquaviário, na movimentação e armazenagem portuária de cargas com destino ou provenientes do exterior, são necessárias as empresas que concorrem para arrendar estruturas portuárias e receber autorização do poder público concedente, para explorar essa atividade pública outrora confiada à União. Nesse momento, surgem as pessoas dos arrendatários e dos autorizatários, como prestadores ou fornecedores de serviços portuários, em especial, na movimentação e armazenagem de mercadorias.

Toda empresa exportadora que despacha suas mercadorias ao exterior, ou importadora que as traga de lá, e desde que utilizado o modal aquaviário, depende de uma estrutura portuária. Essa estrutura é montada, operacionalizada e disponibilizada ao mercado, pelos arrendatários e autorizatários que, à vista disso, cobram valores tabelados e homologados pelo poder público.



Consequentemente, esses valores são pagos pelos exportadores e importadores, usuários dessa estrutura e serviços.

Visto que a doutrina define como consumidor dos serviços públicos, o que efetivamente paga pela contraprestação do serviço (LISBOA, 2012), tem-se, nesse sentido, que os usuários, aqui divididos em exportador e importador, podem ser considerados consumidores dos serviços públicos, inclusive o portuário, porque assim é considerado por força do texto constitucional e entendimento doutrinário, porquanto realizam o pagamento de valores exigidos pelos prestadores, na movimentação e armazenagem de suas mercadorias.

Percebe-se, ademais, que o Código de Defesa do Consumidor também considera como consumidor qualquer pessoa jurídica, independentemente da sua estrutura societária e do seu porte, para tal enquadramento.

No outro lado dessa relação, posicionam-se os arrendatários e autorizatários como prestadores dos serviços portuários. Salienta-se, apenas, considerar como indispensável na pessoa jurídica responsável pela prestação de serviços na relação de consumo, não sua identidade privada, mas, sim, a natureza do serviço público por ela prestado (NUNES, 2012).

Nesse sentido, tendo em vista que a doutrina acolhe que os serviços portuários têm natureza de serviço público e, não obstante, também reconheça a aplicabilidade do CDC nos serviços públicos, desde que configurada a relação de consumo com as presenças do consumidor, prestador ou fornecedor e do serviço em si, logo, a mesma ideia de aplicação do Código de Defesa do Consumidor pode ser estendida aos serviços portuários, uma vez que as empresas usuárias, exportadoras e importadoras, poderão se qualificar como consumidoras, já que pagam pela prestação do serviço portuário de movimentação e armazenagem de carga, de acordo com a lei consumerista e a doutrina. Por fim, os arrendatários e autorizatários possuem a qualificação de prestadores ou fornecedores de serviço público, qual seja, o portuário.

Com isso, consegue-se vislumbrar, em tese, a possível relação de consumo na prestação de serviços portuários, com as presenças do fornecedor/prestador do serviço (arrendatários e autorizatários), o consumidor (usuários, importadores e exportadores), e o serviço em si (serviços portuários de armazenagem e movimentação de cargas).



Diante desses apontamentos, admite-se, em princípio, a existência da relação de consumo em serviços públicos, com a consequente aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, depende das presenças do prestador ou fornecedor, do consumidor e do serviço em si. Há que se observar, porém, que devem ser analisadas as peculiaridades do caso e a hipossuficiência do consumidor.

6 REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 8 abr. 2021.

_____. **Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013**. Dispõe sobre a exploração direta e indireta pela União de portos e instalações portuárias e sobre as atividades desempenhadas pelos operadores portuários. Disponível em: www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12815.htm. Acesso em: 2 abr. 2021.

_____. **Lei nº 13.460, de 26 de junho de 2017**. Dispõe sobre a participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/13460.htm. Acesso em: 8 abr. 2021.

_____. **Decreto-Lei nº 37, de 18 de novembro de 1966**. Dispõe sobre o imposto de importação, reorganiza os serviços aduaneiros e dá outras providências. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del0037.htm. Acesso em: 10 abr. 2021.

_____. **Decreto-Lei nº 1.578, de 11 de outubro de 1977**. Dispõe sobre o imposto de exportação, e dá outras providências. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1578.htm. Acesso em: 10 abr. 2021.

_____. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm. Acesso em: 15 abr. 2021

_____. **Manual do trabalho portuário e ementário**. Brasília: MTE, 2001.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de; RODRIGUES, Maicon. **Direito portuário: modicidade, previsibilidade e defesa da concorrência**. Florianópolis: Conceito editorial, 2019.



DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade civil nas relações de consumo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUNES, Luis Antônio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de direito administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade civil nas relações de consumo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUNES, Luis Antônio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de direito administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

