

Maritime Law Academy - MLAW
Vol. 3, N° 1
Jan./ Jun. 2023

Revista Eletrônica

ISSN: 2763-8197

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 3, Número 1
Jan. / Jun. 2023



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
Editor Executivo Renã Margalho
Capa Daniel Augusto Arias Sodré

Conselho Editorial Internacional

- Prof. Dr. Angelo Viglianisi Ferraro – Università Mediterranea di Reggio Calabria – Itália
- Prof. Dr. Antonio Lawand Junior – Charleston School of Law - Estados Unidos da América
- 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
- Prof. Dr. Renato Pezoa Huerta – Universidad Bolivariana de Chile - Chile

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. 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 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. Consta-se, 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 DA MARITIME LAW ACADEMY

International Law and Business Review

Volume 3, Número 1
Jan. / Jun. 2023

Sumário

Apresentação

Eliane Maria Octaviano Martins
Páginas 05 - 06

A (im)possibilidade de retenção da mercadoria pelo transportador rodoviário de carga, em caso de inadimplemento do valor do frete, à luz do Decreto nº 19.473, de 10 de dezembro de 1930

Francisco Campos da Costa; Jonathan Silvy Rodrigues
Páginas 07 – 26

Ambiente do trabalho saudável como princípio e direito fundamental do trabalho e a sua repercussão na indústria shipping

Augusto Grieco Sant’Anna Meirinho
Páginas 27 – 47

Áreas de Porto Organizado no Brasil: conflito jurisdicional

Adilson Luiz Gonçalves
Páginas 48 – 79

Averia Gruesa: propedéutica de um instituto desde la teoría y práctica

Renato Pezoa Huerta; Vicente Ríos Urzúa
Páginas 80 – 111

Infrações e penalidades no âmbito aduaneiro: uma revisão sobre o sistema

Bruno Eduardo Budal Lobo
Páginas 112 – 138



**Liberação de mercadorias provenientes do exterior:
análise dos requisitos legais para a concessão de tutela provisória**

Aylton Bonomo Junior

Páginas 139 – 160

**Porto de Santos - Zona de Processamento de Exportação viável:
um trunfo logístico em prol da reindustrialização sustentada do Brasil**

Adilson Luiz Gonçalves

Páginas 161 – 191

**Transporte marítimo de cargas, atraso na atracação do navio e despesas com armazenagem de mercadorias:
um estudo jurídico da cobrança de sobreestadia de armazenagem e atuação regulatória da ANTAQ**

Pedro Henrique Colla

Páginas 192 – 211



Apresentação

Entender sobre o mar e dominar os conhecimentos envoltos na navegação e nas embarcações, por várias vezes foram cruciais para determinar os rumos da história.

Nas guerras médicas, no Sec. V a.C, as embarcações protagonizaram a vitória grega sobre o numeroso Império Persa, graças ao planejamento e investimento de Atenas, que ampliou e aprimorou sua frota naval, ao longo de 10 anos, no intuito de resistir a contraofensiva Persa.

Mais à frente, nos Sec. XV e XVI, a expansão ultramarina e o aperfeiçoamento do poder bélico das embarcações, permitiu a expansão de fronteiras e o domínio do mercado de commodities, com destaque para Portugal, Espanha, Inglaterra, Holanda e França, consolidando a ocupação europeia em outros continentes.

A formação do território brasileiro também foi impactada pela navegação e pela pretensão de domínio ultramarino. A ocupação dos povos originários, o Tratado de Tordesilhas e a colonização portuguesa, a abertura dos portos para as nações amigas, o implemento de embarcações a vapor e a exploração do pré-sal, são exemplos de que as águas e a navegação possuem um relevante papel histórico, geopolítico, econômico, social e cultural, no Brasil.

Diante de tamanha relevância, a Revista de Direito e Negócios Internacionais continua com a missão divulgar conhecimentos científicos que se liguem ao direito marítimo, portuário e aduaneiro, trazendo 8 (oito) artigos com excelência acadêmica e científica.

Inaugurando os Artigos revisados por pares no sistema double blind review desta edição, FRANCISCO CAMPOS DA COSTA e JONATHAN SILVY RODRIGUES, no artigo intitulado A (IM)POSSIBILIDADE DE RETENÇÃO DA MERCADORIA PELO TRANSPORTADOR RODOVIÁRIO DE CARGA, EM CASO DE INADIMPLEMENTO DO VALOR DO FRETE, À LUZ DO DECRETO Nº 19.473, DE 10 DE DEZEMBRO DE 1930, analisam a (in)existência de amparo legal para que o transportador rodoviário de carga retenha em sua posse a mercadoria transportada, em caso de inadimplemento do valor arbitrado à título de frete, até que este venha a ser quitado pelo contratante/embarcador. Na sequência, AUGUSTO GRIECO SANT'ANNA MEIRINHO nos traz o artigo AMBIENTE DO TRABALHO SAUDÁVEL COMO PRINCÍPIO E DIREITO FUNDAMENTAL DO TRABALHO E A SUA REPERCUSSÃO NA INDÚSTRIA SHIPPING, apresentando o ambiente do trabalho seguro e saudável, na indústria shipping, como novo princípio e direito fundamental no trabalho adotado pela Organização Internacional do Trabalho. Em seguida, o artigo ÁREAS DE PORTO ORGANIZADO NO BRASIL: CONFLITO JURISDICIONAL,

de ADILSON LUIZ GONÇALVES, aborda o conflito jurisdicional existente no âmbito da relação portocidade, utilizando a Cidade de Santos como referência, concluindo que a ocupação de áreas dentro das poligonais de portos organizados deve ser compatível com a legislação municipal, indicando, como caminho ideal, a conjugação entre todos os níveis de governo, iniciativa privada e comunidade no planejamento e implantação de planos e projetos. RENATO PEZOA HUERTA e VICENTE RÍOS URZÚA promovem uma revisão sobre a dogmática do instituto da avaria grossa, considerando sua constituição com base nas Regras de York e Antuérpia e seus elementos gerais, no estudo intitulado AVERIA GRUessa: PROPEDEÚTICA DE UM INSTITUTO DESDE LA TEORÍA Y PRÁCTICA. Na quinta seção, o artigo INFRAÇÕES E PENALIDADES NO ÂMBITO ADUANEIRO: UMA REVISÃO SOBRE O SISTEMA, BRUNO EDUARDO BUDAL LOBO buscou avaliar e construir o conceito de infrações aduaneiras, com o objetivo de reduzir a complexidade para o intérprete pela divisão em elementos que permitam uma melhor definição da hipótese e do consequente normativo ao identificar-se onde se enquadra a infração e a penalidade. AYLTON BONOMO JUNIOR analisa quais seriam os critérios legais para concessão de tutela provisória para liberação de mercadorias provenientes do exterior, no artigo LIBERAÇÃO DE MERCADORIAS PROVENIENTES DO EXTERIOR: ANÁLISE DOS REQUISITOS LEGAIS PARA A CONCESSÃO DE TUTELA PROVISÓRIA. Na sequência, em seu segundo artigo nesta edição, ADILSON LUIZ GONÇALVES demonstra a viabilidade de implantação de uma Zona de Processamento de Exportação na área continental da Cidade de Santos, tendo o Porto de Santos como trunfo logístico, no artigo PORTO DE SANTOS - ZONA DE PROCESSAMENTO DE EXPORTAÇÃO VIÁVEL: UM TRUNFO LOGÍSTICO EM PROL DA REINDUSTRIALIZAÇÃO SUSTENTADA DO BRASIL, demonstrando a importância das Zonas de Processamento de Exportações como instrumento de desenvolvimento sustentável do Brasil, conciliando interesses ambientais, sociais e econômicos. Por fim, encerrando esta edição, PEDRO HENRIQUE COLLA busca atestar que, a interposição do ente regulador no acaso provoca descumprimento aos princípios da livre iniciativa e de livre concorrência, trabalhando contra a própria regularização do mercado que, em conclusão, resulta em serviços mais caros ao usuário, no artigo TRANSPORTE MARÍTIMO DE CARGAS, ATRASO NA ATRACAÇÃO DO NAVIO E DESPESAS COM ARMAZENAGEM DE MERCADORIAS: UM ESTUDO JURÍDICO DA COBRANÇA DE SOBREESTADIA DE ARMAZENAGEM E ATUAÇÃO REGULATÓRIA DA ANTAQ.

Desejamos uma excelente leitura!

Santos, em 28 de junho de 2023

Eliane Maria Octaviano Martins



**A (IM)POSSIBILIDADE DE RETENÇÃO DA MERCADORIA PELO
TRANSPORTADOR RODOVIÁRIO DE CARGA, EM CASO DE
INADIMPLENTO DO VALOR DO FRETE, À LUZ DO DECRETO Nº 19.473, DE
10 DE DEZEMBRO DE 1930**

THE (IM)POSSIBILITY OF WITHHOLDING THE MERCHANDISE BY THE ROAD
CARGO CARRIER, IN CASE OF DEFAULT OF THE FREIGHT VALUE, PURSUANT
TO DECREE NO. 19.473 OF DECEMBER 10, 1930

Francisco Campos Costa¹
Jonathan Silvy Rodrigues²

RESUMO: O presente artigo tem como objeto a análise acerca da (in)existência de amparo legal para que o transportador rodoviário de carga retenha em sua posse a mercadoria transportada, em caso de inadimplemento do valor arbitrado a título de frete, até que este venha a ser quitado pelo contratante/embarcador. Para tanto, esta pesquisa utilizou a metodologia dedutiva e as fontes de cunho bibliográfico e documental. A pesquisa examinou a revogação ou vigência do Decreto nº 19.473, de 10 de dezembro de 1930, o qual, por intermédio do art. 2º, possibilita a retenção de mercadorias em tais casos, com amparo no posicionamento doutrinário e jurisprudencial sobre o tema. O ponto central de debate deste artigo decorre da discussão sobre se a extensão do Decreto s/n de 25 de abril de 1991 teria incluído o Decreto nº 19.473 na lista de normas revogadas, o que inviabilizaria a sua utilização para fundamentar juridicamente a retenção de carga por parte do transportador. Como resultado da pesquisa, constatou-se que o Decreto de 1930 foi recepcionado pela atual Constituição Federal de 1988 com status de lei ordinária, portanto, sua revogação estaria condicionada à regulamentação de uma nova lei, a partir da instauração de um processo legislativo constitucional, conforme estabelecido pela própria Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro.

Palavras-chave: retenção; mercadoria; inadimplemento; frete.

¹ Pós Doutorando em Direitos Humanos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória - FDV. Doutor em Direito Ambiental Internacional e Mestre em Direito Internacional pela Universidade Católica de Santos, ambos com bolsa CAPES/PROSUC, pós graduado em direito marítimo pela UNISANTOS. Advogado, consultor jurídico e parecerista, inscrito na OAB/SP 379.420 e na OAB/MA 24658-A. Presidente da Comissão de Direito Espacial da OAB/MA. Professor da Faculdade Santa Terezinha Cest, professor convidado em pós graduações e conciliador formado pela Escola Superior de Magistratura do Estado do Maranhão.

² Advogado e consultor jurídico atuante em Santa Catarina (OAB/SC 58.948). Sócio e fundador da Silvy & Martins Advogados Associados. Graduado em Direito pela Universidade do Sul de Santa Catarina. Pós-graduado em Direito dos Transportes pela Maritime Law Academy. Pós-graduando em Processo Civil pelo Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina (CESUSC).



ABSTRACT: This paper aims to analyze the (non)existence of legal support for the road cargo carrier to retain in its possession the transported goods, in case of non-payment of the arbitrated freight value, until it is paid by the contractor/shipper. To this end, this research used a deductive methodology and sources of a bibliographic and documentary nature. The research examined the repeal or validity of Decree No. 19.473, of December 10, 1930, which, through Article 2, allows the retention of goods in such cases, with support in the doctrinal and jurisprudential positioning on the topic. The central point of debate in this article arises from the discussion about whether the extension of Decree s/n of April 25, 1991, would have included Decree No. 19.473 in the list of repealed norms, which would make its use unviable to legally justify the retention of cargo by the carrier. As a result of the research, it was found that the 1930 Decree was received by the current Federal Constitution of 1988 with the status of ordinary law, therefore, its repeal would be conditioned on the regulation of a new law, from the initiation of a constitutional legislative process, as established by the Law of Introduction to Brazilian Law norms itself.

Keywords: retention; goods; default; freight.

1 INTRODUÇÃO

As transportadoras rodoviárias de mercadorias frequentemente lidam com a inadimplência dos valores estabelecidos como contraprestação pelos contratantes/embarcadores para a prestação dos serviços de frete. Muitas vezes, esses contratantes encontram-se em situação de insolvência comprometedora, chegando até mesmo à beira da falência.

Algumas transportadoras optam, por uma questão de estratégia e conveniência comercial, por oferecer serviços complementares além do frete, a fim de expandir sua carteira de clientes, oferecendo ativos diferenciados dos comumente operados nesse ramo mercantil. Essa expansão pode incluir atividades como armazenagem e organização de mercadorias em armazéns próprios, muitas vezes em ambientes específicos (como câmaras frias para alimentos congelados), para posterior distribuição aos destinatários da carga.

Dessa forma, o transportador rodoviário de carga, inserido em toda a operação fiscal e contratual, assume frequentemente a obrigação prolongada de guardar os produtos enquanto estão sob sua posse. Isso ocorre desde o momento em que os produtos são recebidos até o momento da entrega efetiva. O mesmo se aplica às transportadoras que realizam apenas o transporte como atividade principal, sem serviços acessórios. O exercício da posse dos produtos além do deslocamento por meio de veículos específicos faz parte do cotidiano das



transportadoras. Ao chegar ao destino acordado, muitas vezes o representante da transportadora precisa aguardar horas pelo descarregamento da mercadoria e, portanto, para se desobrigar da responsabilidade pela posse dos bens.

Assim, nos casos em que a data acordada entre as partes para o pagamento da contraprestação dos serviços, mesmo que parcialmente, ocorrer antes do encerramento do transporte (entrega definitiva da mercadoria), o transportador ficará por um período determinado com a posse da carga, mesmo sem receber os valores contratados.

A partir dessa posse temporária exercida pela transportadora, surge o debate sobre a licitude da retenção desses produtos em caso de inadimplemento do valor do frete. Quando as partes acordaram uma data de pagamento anterior ao encerramento dos serviços (entrega) como medida coercitiva para o cumprimento da obrigação, e caso isso não ocorra, realizar a conversão desses bens em espécie para abater a dívida.

Assim, o objetivo deste artigo é analisar a existência ou não de respaldo legal para que o transportador rodoviário exerça a retenção da mercadoria transportada em caso de insolvência do contratante em relação ao frete, como mecanismo coercitivo contra o devedor, além de se tornar uma garantia de recebimento dos valores, ainda que parcialmente. Para isso, utiliza-se a metodologia dedutiva, e as fontes de pesquisa são bibliográficas e documentais.

A pesquisa é dividida em três seções. A primeira, de caráter introdutório, aborda a legislação atual aplicável ao transporte rodoviário de carga, tanto no que diz respeito à regulamentação geral prevista no atual Código Civil, quanto à Lei nº 11.442, uma norma específica instituída em 2007. Na segunda seção, à luz do arcabouço constitucional, examina-se a revogação ou não do Decreto nº 19.473, de 10 de dezembro de 1930, que expressamente prevê, em seu art. 2º, a possibilidade de retenção da mercadoria pelo transportador nessas circunstâncias. Na terceira seção, após uma análise técnica da legislação vigente aplicável ao tema, complementada pela jurisprudência, são apresentadas as razões que tornam a conduta (retenção da mercadoria pelo transportador em caso de inadimplemento do valor do frete) lícita perante o ordenamento jurídico.



2 TRANSPORTE RODOVIÁRIO DE CARGA E A LEGISLAÇÃO APLICÁVEL

Diante da necessidade natural de locomoção de coisas e pessoas em uma sociedade civilizada, bem como da crescente diminuição das barreiras territoriais devido ao avanço da tecnologia, as relações humanas dependem cada vez mais dos mecanismos de transporte.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 reconhece o transporte, incluindo o transporte de pessoas, como um direito social, que deve ser garantido a todos os cidadãos do país³.

No âmbito infraconstitucional, a Lei nº 10.406, de janeiro de 2002, que instituiu o Código Civil atualmente em vigor, foi um avanço significativo para o setor de transporte, uma vez que dedicou um capítulo exclusivo para regular essa atividade (Capítulo XIV - Do Transporte). Esse capítulo está dividido em três seções: (I) disposições gerais; (II) transporte de pessoas; e (III) transporte de coisas, que é o foco deste artigo. Vale ressaltar que o tema não recebia a mesma atenção durante a vigência do Código Civil de 1916, portanto, essa é uma inovação importante do novo código civil, fundamental para o desenvolvimento do setor⁴.

A partir dessa regulamentação, ficou estabelecido que o contrato de transporte de coisas/mercadorias é aquele em que uma pessoa, geralmente jurídica, entrega um ou mais objetos a outra pessoa, mediante uma contraprestação previamente acordada, para que sejam enviados a um destinatário específico em um local diferente daquele em que a coisa foi originalmente entregue.⁵

Cinco anos depois, em janeiro de 2007, foi promulgada a Lei nº 11.442, que trata especificamente do transporte rodoviário de cargas por conta de terceiros e mediante remuneração. Essa legislação, composta por 24 artigos, regulamenta uma série de obrigações, direitos e institutos jurídicos, tanto materiais quanto processuais, que envolvem as operações de transporte de mercadorias em todo o território nacional. Por esse motivo, muitos

³ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 11 maio. 2022.

⁴ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 11 maio 2022.

⁵ MARTINS, Fran. **Curso de Direito Comercial**. 19. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019. *E-book*. p. 177.



consideram essa lei como um marco para esse serviço tão importante para o desenvolvimento do país⁶.

É importante registrar que antes da entrada em vigor da legislação mencionada anteriormente, aplicava-se a Lei nº 6.813, de 10 de julho de 1980. No entanto, essa lei abordava pouco sobre o transporte rodoviário de cargas, sendo composta apenas por cinco artigos, dos quais somente três tratavam especificamente desse tipo de negócio jurídico. Isso ressalta ainda mais a evolução legislativa que ocorreu com a instituição da Lei nº 11.442, devido à sua abrangência e especificidade em relação ao transporte rodoviário de cargas.⁷

Na operação de transporte de mercadorias, há três sujeitos envolvidos: (1) o remetente ou expedidor; (2) o transportador; e (3) o destinatário. Conforme destacado por Araken de Assis, o remetente é aquele que tem a intenção de mover a coisa de um local para outro, enquanto o transportador é aquele que assume profissionalmente a responsabilidade por esse transporte⁸.

E é desta relação comercial que nasce, dentre vários documentos fiscais e privados, o conhecimento de transporte, instrumento mencionado pelo art. 744, do atual Código Civil⁹, cujos requisitos estão inseridos no art. 10, da Lei nº 9.611/98¹⁰.

Conforme descrito por Fran Martins, o conhecimento de transporte, também conhecido como conhecimento de frete ou conhecimento de carga, é a comprovação do recebimento da mercadoria pelo transportador, bem como do momento em que ele assume a

⁶ BRASIL. Lei nº 11.442, de 5 de janeiro de 2007. **Dispõe sobre o transporte rodoviário de cargas por conta de terceiros e mediante remuneração e revoga a Lei no 6.813, de 10 de julho de 1980.** Brasília, DF: Presidência da República, 2007. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111442.htm. Acesso em: 11 maio 2022.

⁷ BRASIL. Lei nº 6.813, de 10 de julho de 1980. **Dispõe sobre o transporte rodoviário de cargas, e dá outras providências.** Brasília, DF: Presidência da República, 1980. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L6813impressao.htm. Acesso em: 11 maio 2022.

⁸ ASSIS, Araken de. **Contratos nominados: mandato, comissão, agência e distribuição, corretagem, transporte.** 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 375.

⁹ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil.** Brasília, DF: Presidência da República, 2002. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 18 maio 2022.

¹⁰ BRASIL. Lei nº 9.611, de 19 de fevereiro de 1998. **Dispõe sobre o Transporte Multimodal de Cargas e dá outras providências.** Brasília, DF: Presidência da República, 1998. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19611.htm. Acesso em: 11 maio 2022.



responsabilidade de entregá-la ao destino acordado previamente. Essa documentação é essencial para o registro e controle da movimentação das cargas durante o transporte¹¹.

No entanto, mesmo antes de todo o conjunto legislativo até então delineado, já estava em vigor o Decreto-Lei nº 19.473 de 1930, que tinha como objetivo regulamentar os conhecimentos de transporte de mercadorias realizados por terra, água ou ar, correspondendo atualmente ao transporte terrestre, aquaviário e aéreo. Esse decreto estabelecia normas e procedimentos relacionados ao transporte de mercadorias e era aplicado na época em que foi promulgado¹².

3 VIGÊNCIA DO DECRETO-LEI Nº 19.473, DE 10 DE DEZEMBRO DE 1930

Essa norma, certamente uma das primeiras a regulamentar o Conhecimento de Transporte, que continua sendo um dos documentos mais importantes na operação de transporte de mercadorias, independentemente do modal utilizado, foi sancionada em 10 de dezembro de 1930, durante o período conhecido como "Era Vargas" e durante a vigência da Constituição de 1891, chamada de Brasil República. Nessa época, um dos objetivos estatais era justamente promover a ampliação da indústria no território nacional.¹³

Composto por somente 12 (doze) artigos, o Decreto em referência sofreu uma primeira alteração já no dia 18 de março do ano seguinte, 1931, quando sancionado o Decreto nº 19.754, destinado a esclarecer e simplificar algumas disposições da norma anterior¹⁴.

A partir desse momento, um dos trechos inseridos no art. 2º do Decreto nº 19.473, que trata dos requisitos para a emissão do Conhecimento de Transporte, passou a permitir explicitamente a retenção da mercadoria transportada em caso de não pagamento do valor do frete:

¹¹ MARTINS, Fran. **Curso de Direito Comercial – Contratos e Obrigações Comerciais**. 19. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019. *E-book*. p. 178.

¹² BRASIL. **Decreto nº 19.473, de 10 de dezembro de 1930**. Regula os conhecimentos de transporte de mercadorias por terra, água ou ar, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1930. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19473.htm. Acesso em: 11 maio 2022.

¹³ BRASIL. Senado Federal. **Glossário Legislativo**. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/glossario-legislativo/constituicoes-brasileiras>. Acesso em: 31 maio 2022.

¹⁴ BRASIL. Decreto nº 19.754, de 18 de março de 1931. **Esclarece e simplifica algumas disposições do decreto número 19.473, de 10 de dezembro de 1930**. Brasília, DF: Presidência da República, 1931. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D19754imprensa.htm. Acesso em: 31 maio 2022.



Emitido o conhecimento com frete a pagar e não indicada a forma do pagamento, este será a dinheiro de contado e por inteiro, no ato da entrega da mercadoria e no lugar do destino, se outro não tiver sido designado. **A falta de pagamento do frete despesas autoriza a retenção da mercadoria** (grifos do autor)¹⁵.

Isso significa que, com base na previsão estabelecida pelo Decreto de 1930, é permitido ao transportador reter as mercadorias transportadas de forma proporcional aos valores de frete não pagos pelo contratante. Essa ação é considerada o exercício regular de um direito reconhecido pela legislação, afastando, portanto, a ilicitude do ato, conforme o inciso I do artigo 188 do Código Civil.¹⁶

Conduto, o Decreto que, no primeiro momento, sustentaria a conduta por parte do transportador, fora relacionado por um segundo Decreto, o s/n de 25 de abril de 1991, dentre os vários revogados na ocasião. Dita norma, instituída já na vigência da Carta Magna de 1988, lista uma série de decretos anteriores, com objetos diversificados, e declara-os revogados por intermédio do art. 4º.¹⁷

O estudo em questão exige uma análise específica sobre a existência ou não de revogação do Decreto nº 19.473/1930, uma vez que sua validade ou invalidade é crucial para a conclusão deste artigo.

Foi justamente com a Constituição de 1891, em vigor na época da promulgação da referida norma, que surgiu a figura do Decreto, a ser emitido exclusivamente pelo Presidente da República, de acordo com o "1º" do artigo 48 da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil daquela época.¹⁸

Duas constituições depois, com a promulgação da Constituição de 1937, conhecida como Constituição do Estado Novo, surgiu uma outra espécie normativa chamada Decreto-Lei. Esse instrumento concedia ao Presidente da República a competência para criar e

¹⁵ BRASIL. **Decreto nº 19.473, de 10 de dezembro de 1930**. Regula os conhecimentos de transporte de mercadorias por terra, água ou ar, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1930. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19473.htm. Acesso em: 11 maio 2022.

¹⁶ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 06 jun. 2022.

¹⁷ BRASIL. Decreto de 25 de abril de 1991. **Mantém reconhecimento de cursos e autorizações nos casos que menciona e dá outras providências**. Brasília, DF: Presidência da República, 1991. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19473.htm. Acesso em: 02 jun. 2022.

¹⁸ BRASIL. [Constituição (1891)]. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, 1891. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 09 jun. 2022.



publicar decretos sobre diversas questões, incluindo a organização do Governo e da administração federal. Além disso, o Presidente era autorizado a submeter decisões sobre a inconstitucionalidade de leis e atos normativos do Poder Judiciário a uma reanálise pelo Parlamento Nacional.¹⁹

A Constituição Polonesa conferia poderes consideráveis ao Presidente da República, que exercia não apenas o Poder Executivo, mas também legislativo através dos decretos-leis, sendo equiparados à lei ordinária²⁰.

Na Constituição brasileira de 1946 esta modalidade normativa fora extinta. Na ocasião, no intuito de fortalecer a separação dos três poderes, passou-se a limitar o poder do Presidente da República à expedição de decretos unicamente com a finalidade de cumprir com determinada lei ordinária, semelhante ao que hoje é disposto pela Carta Magna de 1988²¹.

Vale lembrar que a Constituição de 46 nasce com o término da Segunda Grande Guerra Mundial, em um cenário de redemocratização do Brasil, e de uma intensa busca pela reconquista dos direitos fundamentais suprimidos pela Constituição anterior²².

A Constituição de 1967 reintroduziu a categoria normativa do decreto-lei. Além disso, no inciso V do artigo 49, restabeleceu ao Presidente da República o poder de emitir decretos com força de lei em situações relacionadas à segurança nacional e/ou finanças públicas, conforme previsto no artigo 58 da Constituição. Nessas circunstâncias, caberia ao Congresso Nacional aprovar ou rejeitar a norma de caráter "emergencial" dentro de um prazo de 60 (sessenta) dias²³.

¹⁹ MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2020. *E-book*. Acesso restrito via Minha Biblioteca.

²⁰ PADILHA, Rodrigo. **Direito Constitucional**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. *E-book*. Acesso restrito via Minha Biblioteca. p. 24.

²¹ DOS SANTOS, Eugênio de Aquino. **A não revogação do Decreto n.º 19.473/30: diploma regulador dos conhecimentos de transporte de mercadorias por terra (inland bill), água (bill of lading) ou ar (airwaybill)**. 2007. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/35883/a-nao-revogacao-do-decreto-n-19-473-30-diploma-regulador-dos-conhecimentos-de-transporte-de-mercadorias-por-terra-inland-bill-agua-bill-of-lading-ou-ar-airwaybill>. Acesso em: 14 jun. 2022.

²² PADILHA, Rodrigo. **Direito Constitucional**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. *E-book*. Acesso restrito via Minha Biblioteca. p. 25.

²³ BRASIL. [Constituição (1967)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 1967. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 16 jun. 2022.



O cenário atualmente vivenciado é de fato muito semelhante ao mencionado, porém, não mais com os decretos-leis, mas sim com as Medidas Provisórias. As Medidas Provisórias são resquícios de uma tentativa de implementação do regime parlamentarista no Brasil durante a elaboração da Constituição de 1988. Embora o regime parlamentarista não tenha sido adotado, o instituto das Medidas Provisórias foi preservado. Essas medidas possuem efeitos semelhantes aos decretos-leis abordados pelas constituições anteriores, e muitos consideram que ainda hoje representam um resquício negativo das constituições autocráticas que foram estabelecidas no país.²⁴

Ainda assim, semelhante ao que já traçado nas constituições anteriores, a Carta Magna vigente limitou o uso de decretos por parte do Presidente da República ao fiel cumprimento das leis, como dita o inciso IV, do art. 84²⁵.

Posteriormente, com a alteração constitucional promovida pela Emenda Constitucional nº 32/01, foi acrescentado o inciso VI ao dispositivo legal, possibilitando ao Presidente o uso do decreto não apenas para regulamentar as leis, mas também para dispor sobre a organização e funcionamento da administração pública federal, bem como para extinguir funções ou cargos públicos vagos²⁶.

Neste contexto, tem-se que os decretos são atos administrativos de competência exclusiva do chefe do Executivo, cuja finalidade deve ser a promoção de situações gerais ou individuais previstas de forma abstrata, expressa, explícita ou implícita. No entanto, é importante ressaltar que os decretos devem sempre estar em conformidade com a lei e jamais podem contrariá-la, sendo sempre um instrumento inferior à lei²⁷.

²⁴ DOS SANTOS, Eugênio de Aquino. **A não revogação do Decreto n.º 19.473/30: diploma regulador dos conhecimentos de transporte de mercadorias por terra (inland bill), água (bill of lading) ou ar (airwaybill)**. 2007. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/35883/a-nao-revogacao-do-decreto-n-19-473-30-diploma-regulador-dos-conhecimentos-de-transporte-de-mercadorias-por-terra-inland-bill-agua-bill-of-lading-ou-ar-airwaybill>. Acesso em: 14 jun. 2022.

²⁵ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 16 jun. 2022.

²⁶ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001**. Brasília, DF: Presidência da República, 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc32.htm#art1. Acesso em: 16 jun. 2022.

²⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 170.



Mesmo diante desse cenário, em 25 de abril de 1991, durante a vigência da atual Constituição de 1988, o então Presidente da República, Fernando Collor, emitiu um Decreto S/N com o suposto respaldo do inciso IV do mencionado artigo 84. O objetivo desse decreto era manter o reconhecimento de cursos e autorizações vigentes para instituições de ensino superior, conforme estabelecido no artigo 1º da norma. No entanto, além da finalidade aparente do Decreto S/N, o Chefe do Poder Executivo incluiu no artigo 4º a revogação de uma infinidade de decretos expedidos anteriormente, a maioria deles anteriores à Constituição de 1988²⁸.

Desta forma, ao ser publicado em 1991, o Decreto S/N já estava sujeito às normas constitucionais de 1988. Conforme mencionado anteriormente, o Presidente da República só poderia emitir decretos nas circunstâncias estabelecidas pelo inciso IV do artigo 84, incluindo o fiel cumprimento da lei. Portanto, considerando a equiparação dos decretos anteriores à Constituição de 1988 ao status de lei, conforme abordado neste artigo, o Presidente da República deveria submeter quaisquer revogações normativas ao devido processo legislativo, em vez de utilizar um Decreto, que é uma norma hierarquicamente inferior, para fins diversos e incompatíveis com os estabelecidos pela atual Constituição²⁹.

A regra, inclusive, é pretérita à Constituição Federal de 1988. Diz-se isso porque o art. 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, datada em 4 de setembro de 1942, instrumentaliza o princípio da continuidade da lei. Segundo ele, a norma que entrar em vigor terá eficácia contínua, perdendo-a somente quando outra a modifique ou revogue³⁰.

²⁸ BRASIL. Decreto de 25 de abril de 1991. **Mantém reconhecimento de cursos e autorizações nos casos que menciona e dá outras providências**. Brasília, DF: Presidência da República, 1991. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19473.htm. Acesso em: 17 jun. 2022.

²⁹ DOS SANTOS, Eugênio de Aquino. **A não revogação do Decreto n.º 19.473/30: diploma regulador dos conhecimentos de transporte de mercadorias por terra (inland bill), água (bill of lading) ou ar (airwaybill)**. 2007. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/35883/a-nao-revogacao-do-decreto-n-19-473-30-diploma-regulador-dos-conhecimentos-de-transporte-de-mercadorias-por-terra-inland-bill-agua-bill-of-lading-ou-ar-airwaybill>. Acesso em: 17 jun. 2022.

³⁰ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: lei de introdução e parte geral**. 18. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2022. E-book. Acesso restrito via Minha Biblioteca. p. 30.



Destarte, uma lei somente será revogada quando uma nova assim declarar, quando com ela for incompatível ou quando regule inteiramente a matéria tratada pela norma anterior³¹.

Nestas circunstâncias, importante lembrar do instituto da recepção constitucional. Isso porque, diplomas legais instituídos antes da Carta Política vigente, devem com ela estarem de acordo, sob pena de não serem recepcionadas pela nova Constituição. Nas palavras de Rodrigo Padilha:

O instituto da recepção só se atém ao aspecto material, isto é, se o assunto disposto na norma infraconstitucional estiver de acordo com os preceitos constitucionais, será aceito para fazer parte do ordenamento jurídico vigente sob novo fundamento de validade (a nova Constituição).³²

Logo, os aspectos formais das legislações anteriores não são objeto de análise em relação à nova norma constitucional. É suficiente que, quando da instituição do regramento, tenha sido observado o devido processo legislativo existente na época de sua edição, independentemente da compatibilidade com o procedimento para elaboração de leis no ordenamento vigente. Essa é a principal razão pela qual os decretos-leis são recepcionados pela Constituição de 1988 com status de lei ordinária³³.

No caso do Decreto nº 19.473/30, objeto deste artigo, embora tenha respeitado o processo legislativo da época, ele contraria as regras formais estabelecidas pela atual Constituição. O referido decreto não prevê a existência de decretos-leis e viola os limites regulamentares do Presidente da República, conforme mencionado no artigo 84 da Constituição. No entanto, mesmo assim, ele foi recepcionado pelo atual ordenamento jurídico por não entrar em conflito com nenhuma das diretrizes constitucionais. É importante ressaltar

³¹ BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, 1942. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 17 jun. 2022

³² PADILHA, Rodrigo. **Direito Constitucional**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. E-book. Acesso restrito via Minha Biblioteca. p. 65.

³³ JUNIOR, Orlando Luiz Zanon. **Questões pacíficas e temas controvertidos sobre o controle concentrado de constitucionalidade**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 11, n. 1238, 21 nov. 2006. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/9183>. Acesso em: 17 jun. 2022.



que a recepção se restringe ao aspecto material das normas, ou seja, sua validade é mantida desde que não afronte os princípios e direitos estabelecidos pela Constituição³⁴.

Logo, tem-se que o Decreto s/n de 24/04/1991, que supostamente teria revogado o Decreto nº 19.473/30, excedeu os limites legalmente estabelecidos ao Poder Executivo. À época, o inciso IV da normativa constitucional mencionada já estipulava que o Chefe do Executivo poderia apenas expedir decretos para a fiel execução de uma determinada lei, não possuindo qualquer poder para revogar decretos recepcionados pela atual Constituição como leis ordinárias³⁵.

4 DA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL ACERCA DA VIGÊNCIA DO DECRETO 19.473 DE 1930

O tema cerne deste artigo científico, apesar de pouco abordado até o momento, não se limita ao campo doutrinário e acadêmico. Os Tribunais do Poder Judiciário, estaduais e federais, já apreciaram o tema em lides judiciais, como é o caso do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, na apelação nº 0011141-64.2010.8.24.0020

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. RECLAMO DA PARTE AUTORA. DEMANDANTE QUE SUSTENTA A OCORRÊNCIA DE ATO ILÍCITO POR PARTE DA APELADA AO RETER MERCADORIA ORIUNDA DE CONTRATO VERBAL PARA TRANSPORTE TERRESTRE DE CARGA. NÃO ACOLHIMENTO. CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO QUE DEMONSTRA A EFETIVA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DE TRANSPORTE POR PARTE DA APELADA. RETENÇÃO DA MERCADORIA DIANTE DO INADIMPLEMENTO DO FRETE. EXERCÍCIO REGULAR DO DIREITO. APLICAÇÃO DO DECRETO-LEI 19.473/30. ATO ILÍCITO POR PARTE DA TRANSPORTADORA APELADA NÃO EVIDENCIADO. "A falta de pagamento do frete e das despesas a ele relativo autoriza a retenção da mercadoria transportada (art. 2º, inc. VII, do Decreto n. 19.473, de 10 de dezembro de 1.930), e eventual venda, desde que perecível, para o devido ressarcimento do frete e demais despesas suportadas pelo transportador. A consignação judicial do saldo remanescente apresenta-se, assim, procedimento adequado e justo à liberação completa da responsabilidade deste (Apelação Cível n. 1988.075004-9, de Criciúma, rel. Eládio Torret Rocha, Câmara Cível Especial, j. 2-9-1998)". "[...]Por oportuno, registra-se que o Decreto Nº 19.473, de 10/12/1930, regulando os conhecimentos de transporte de mercadorias por terra, e em seu art. 2º,

³⁴ DOS SANTOS, Eugênio de Aquino. **A não revogação do Decreto n.º 19.473/30: diploma regulador dos conhecimentos de transporte de mercadorias por terra (inland bill), água (bill of lading) ou ar (airwaybill)**. 2007. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/35883/a-nao-revogacao-do-decreto-n-19-473-30-diploma-regulador-dos-conhecimentos-de-transporte-de-mercadorias-por-terra-inland-bill-agua-bill-of-lading-ou-ar-airwaybill>. Acesso em: 18 jun. 2022.

³⁵ *Ibidem*.



inciso VII, dispõe que: "A falta de pagamento de frete e despesas autoriza a retenção da mercadoria, à conta e risco de quem pertencer." 5. Na hipótese em apreço, dessuma-se que somente após grande parte dos fretes não serem pagos, chegando a dívida ao valor aproximado de mais de R\$ 70.000,00 (setenta mil Reais), foi que a promovida, aqui recorrente, parou de prestar o serviço e passou a reter as últimas mercadorias a serem transportadas, entregando as mesmas somente quando o frete era liquidado. Ou seja, diante da inadimplência perante os fretes mencionados foi que houve a retenção destas. 6. Desta feita, havendo prova do inadimplemento do contrato de transporte firmado, não se afigura ilícita a retenção da carga efetuada pela apelante, haja vista a falta de pagamento por parte da empresa recorrida. 7. Recurso conhecido e provido. Sentença reformada para julgar improcedente o pedido autoral. : Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a 2ª Câmara Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, unanimemente, em conhecer do recurso interposto, para dar-lhe provimento, nos termos do voto da relatora" (TJCE, Apelação Cível n. 0838672-14.2014.8.06.0001, rela. Des. Maria de Fátima de Melo Loureiro, 2ª Câmara Direito Privado, j. 17-2-2021). HONORÁRIOS RECURSAIS. NÃO CABIMENTO. SENTENÇA PUBLICADA SOB A ÉGIDE DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973. "[...] são indevidos os honorários recursais, tendo em vista que a sentença fora publicada ainda na vigência do Código de Processo Civil de 1973 [...] (Apelação Cível n. 0065608-13.2012.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Rosane Portella Wolff, Primeira Câmara de Direito Civil, j. 19-9-2019). RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJ-SC - APL: 00111416420108240020 Tribunal de Justiça de Santa Catarina 0011141-64.2010.8.24.0020, Relator: Rejane Andersen, Data de Julgamento: 14/12/2021, Segunda Câmara de Direito Comercial)³⁶

Na jurisprudência em questão, o tribunal reconheceu o direito de retenção por parte de uma transportadora. A Corte Estadual ponderou que o Decreto s/n de 1991 não cumpre os requisitos legais para a revogação do Decreto nº 19.473/30, devido à força de lei inerente aos decretos anteriores à Carta Política de 1988. Portanto, a revogação do Decreto de 1930 exigiria a aprovação de uma nova lei nesse sentido, respeitando as etapas do processo legislativo atual.

Da mesma forma, o Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, ao reconhecer a vigência do Decreto nº 19.473, também declara a possibilidade de retenção de mercadorias com base no não pagamento do frete, em um acórdão proferido no recurso de apelação. nº 0838672-14.2014.8.06.0001.

³⁶ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação civil nº 0011141-64.2010.8.24.0020. Ação indenizatória. Sentença de improcedência. Reclamo da parte autora. Demandante que sustenta a ocorrência de ato ilícito por parte da apelada ao reter mercadoria oriunda de contrato verbal para transporte terrestre de carga [...]. Apelante: Comércio e Transportes Monteguti LTDA. Apelado: Transportadora Fluorita LTDA. Relator: DES., Rejane Andersen. Florianópolis, 14 de dezembro de 2021. **Jurisprudência Catarinense**. Disponível em: https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=321639772839480617362672093574&categoria=acordao_eproc. Acesso em: 18 jun. 2022.



CIVIL E PROCESSO CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CAUTELAR INOMINADA. PRELIMINAR DE INTEMPESTIVIDADE RECURSAL ARGUIDA PELA EMPRESA APELADA EM CONTRARRAZÕES. DESCABIMENTO. CONTRATO TÁCITO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE "RODO AÉREO". RETENÇÃO DE MERCADORIA POR FALTA DE PAGAMENTO DO FRETE. PRETENSÃO DE LIBERAÇÃO DE MERCADORIAS. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA POR ANALOGIA DO ARTIGO 7º DO DECRETO-LEI Nº 116/1967 E DECRETO Nº 19.473/1930. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. SENTENÇA REFORMADA. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO AUTURAL. 1. Mediante o presente Apelo (fls. 269-273) pretende a recorrente a reforma da decisão a quo, e, para tanto, alega que a empresa promovente realizou contrato de transporte tácito "rodo aéreo". No entanto, por falta de contraprestação devida, realizou as retenções impugnadas na inicial. 2. DA PRELIMINAR DE INTEMPESTIVIDADE RECURSAL ARGUIDA EM CONTRARRAZÕES. No caso dos autos, segundo consta da certidão de fl. 298, a sentença recorrida foi disponibilizada no dia 18/02/2019 (segunda-feira), considerando-se publicada em 20/02/2019 (terça-feira), certificando-se, pois, como o termo final para interposição de todo e qualquer recurso, o dia 13/03/2019 (quarta-feira). Entretanto, a interposição do recurso no dia 14/03/2019 (quinta-feira) se mostra tempestiva, haja vista que, conforme disponibilizado no DJE de 20/02/2019, em que restou publicado a Portaria nº 282/2019, o decreto de ponto facultativo e o expediente dos dias 4 e 5 de março de 2019 (segunda e terça-feira) em decorrência do carnaval de 2019 que iniciou na sexta-feira, dia 1º/03/2019, e encerrado na quarta-feira de cinzas, dia 6/03/2019, de modo que ocorreu a suspensão do curso do prazo. Isto posto, rejeito a preliminar em voga. 3. DO MÉRITO. In casu, observa-se dos autos que as partes realizaram negociação jurídico de frete aéreo de mercadorias, tendo a empresa apelante se incumbido de fazer o transporte de mercadorias e a parte apelada de adimplir o pagamento pelo serviço desempenhado. Dessuma-se, ainda, que, diante dos recorrentes descumprimentos das obrigações por parte da empresa recorrida, a apelante passou a condicionar o envio/liberação de mercadorias à quitação do frete. É o que se constata da documentação de fls. 21-51 e 224-238. 4. Sabe-se que a retenção de mercadorias transportadas é vedada. No entanto, nos termos do art. 7º do Decreto-lei 166/67, é autorizada nas hipóteses de falta de pagamento do frete ou contribuição por avaria grossa declarada. Por oportuno, registra-se que o Decreto Nº 19.473, de 10/12/1930, regulando os conhecimentos de transporte de mercadorias por terra, e em seu art. 2º, inciso VII, dispõe que: "A falta de pagamento de frete e despesas autoriza a retenção da mercadoria, à conta e risco de quem pertencer." 5. Na hipótese em apreço, dessuma-se que somente após grande parte dos fretes não serem pagos, chegando a dívida ao valor aproximado de mais de R\$ 70.000,00 (setenta mil Reais), foi que a promovida, aqui recorrente, parou de prestar o serviço e passou a reter as últimas mercadorias a serem transportadas, entregando as mesmas somente quando o frete era liquidado. Ou seja, diante da inadimplência perante os fretes mencionados foi que houve a retenção destas. 6. Desta feita, havendo prova do inadimplemento do contrato de transporte firmado, não se afigura ilícita a retenção da carga efetuada pela apelante, haja vista a falta de pagamento por parte da empresa recorrida. 7. Recurso conhecido e provido. Sentença reformada para julgar improcedente o pedido autoral. ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a 2ª Câmara Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, unanimemente, em conhecer do recurso interposto, para dar-lhe provimento, nos termos do voto da relatora.



(TJ-CE - AC: 08386721420148060001 CE 0838672-14.2014.8.06.0001, Relator: MARIA DE FÁTIMA DE MELO LOUREIRO, Data de Julgamento: 17/02/2021, 2ª Câmara Direito Privado, Data de Publicação: 17/02/2021)³⁷

Portanto, uma análise jurisdicional sobre a temática, ainda que pouco explorada, é suficiente para constar a existência de posicionamentos no sentido de que a retenção da carga transportada pelo transportador rodoviário, motivada pelo inadimplemento do valor do frete, há de ser considerada um exercício regular do direito reconhecido pelo Decreto de 1930, vigente e recepcionado pela Constituição de 1988. A conduta, destarte, não deve ser enquadrada como um ato ilícito, por força do inciso I, art. 188, do Código Civil³⁸.

Neste sentido, considerando a vigência consagrada do Decreto-Lei nº 19.473, que explicitamente prevê a possibilidade de retenção da mercadoria transportada em caso de insolvência do valor acordado como frete, e diante da ausência de qualquer proibição legal nesse sentido, a medida deve ser considerada legítima e lícita, desde que observadas as premissas normativas necessárias.

No entanto, o cenário abordado não elimina, de forma alguma, a existência de posicionamentos divergentes, especialmente no âmbito jurisprudencial. Um exemplo disso é um julgado isolado do eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao apreciar o recurso de apelação nº 1002286-09.2014.8.26.0562:

Transporte marítimo – Ação de obrigação de fazer, no intuito de preceitar a ré à entrega de mercadorias, mediante cópia do conhecimento de transporte – Exigência, pela ré, da exibição do original do conhecimento para a liberação da carga, fundada na circulabilidade do título - Deslinde da controvérsia que está no Código Civil, ao disciplinar o transporte de coisas, e não no âmbito de Instruções Normativas – Conhecimento de transporte que é título transferível por endosso em preto ou em branco, seguido da respectiva tradição - Responsabilidade do transportador, limitada ao valor escrito no conhecimento, que começa com o recebimento da coisa e termina com a entrega ao destinatário ou a quem se apresentar com o conhecimento endossado – Inadmissibilidade de constrangimento, ao transportador, à entrega a

³⁷ CEARÁ. Tribunal de Justiça. Apelação Cível 0838672-14.2014.8.06.00010. Ação cautelar inominada. ONTRATO TÁCITO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE "RODO AÉREO". RETENÇÃO DE MERCADORIA POR FALTA DE PAGAMENTO DO FRETE. PRETENSÃO DE LIBERAÇÃO DE MERCADORIAS. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA POR ANALOGIA DO ARTIGO 7º DO DECRETO-LEI Nº 116/1967 E DECRETO Nº 19.473/1930. [...]. Apelante: Comércio e Transportes Monteguti LTDA. Apelado: Transportadora Fluorita LTDA. Relatora: Des. Maria de Fátima de Melo Loureiro, 2ª Câmara de Direito Privado. Fortaleza, 17 de fevereiro de 2021. **Jurisprudência**. Disponível em: <https://esaj.tjce.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>. Acesso em: 18 jun. 2022.

³⁸ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 18 jun. 2022.



quem não for o destinatário ou o portador do conhecimento endossado no original – Recurso provido – Voto vencido.
(TJ-SP 10022860920148260562 SP 1002286-09.2014.8.26.0562, Relator: Cerqueira Leite, Data de Julgamento: 21/06/2017, 12ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 28/08/2017)³⁹

A controvérsia apreciada pela Corte estadual paulista, naquela ocasião, era diversa da temática central deste artigo. No entanto, ao tratar sobre a natureza transferível do conhecimento de transporte, o colegiado afirmou que "Apesar de revogado o Decreto, a questão é atual...".

Em outras palavras, mesmo reconhecendo a existência de posicionamentos diversos sobre o tema, especialmente em relação à revogação ou não do Decreto-Lei nº 19.473, conclui-se pela plena vigência e aplicabilidade da norma atualmente, equiparando-a a uma Lei Ordinária. Esse cenário possibilita que o posicionamento jurisprudencial supramencionado, proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, sirva como *leading case* perante os Tribunais Superiores (STJ e STF).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O transporte, seja ele uma espécie de prestação de serviço ou apenas um mecanismo intrínseco ao ser humano para atender suas necessidades naturais e básicas, já vem sendo objeto de regulamentação no ordenamento jurídico brasileiro há muito tempo.

Não à toa, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e o Código Civil de 2002 regulamentam o transporte de coisas e pessoas. Além das normas gerais, o legislador infraconstitucional regulamentou de forma específica o serviço de transporte rodoviário de cargas por meio da Lei nº 11.442, em 2007.

Em meio a esse contexto normativo importantíssimo para a manutenção e o desenvolvimento do segmento comercial, existe o Decreto-Lei nº 19.473 de 1930, que, apesar

³⁹ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação civil nº 1002286-09.2014.8.26.0562. Transporte marítimo – Ação de obrigação de fazer, no intuito de preceitar a ré à entrega de mercadorias, mediante cópia do conhecimento de transporte – Exigência, pela ré, da exibição do original do conhecimento para a liberação da carga, fundada na circulabilidade do título - Deslinde da controvérsia que está no Código Civil, ao disciplinar o transporte de coisas, e não no âmbito de Instruções. Apelantes: CMA CGM Societe Anonyme S.A., CMA CGM Do Brasil e Agência Marítima LTDA. Apelada: Cennabras Indústria e Comércio EIRELI. Relator: DES., Cerqueira Leite. São Paulo, 21 de junho de 2017. **Jurisprudência de São Paulo**. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/resultadoCompleta.do>. Acesso em: 16 jul. 2022.



de antigo, abarca um dispositivo que concede ao transportador uma medida de extrema eficácia: a retenção da carga transportada. Essa medida é uma possível solução para o inadimplemento do frete por parte do contratante/embarcador, certamente um de seus problemas operacionais mais graves e corriqueiros.

Nesse sentido, um estudo voltado ao avanço das constituições federais desde a Carta Política de 1891, com foco na regulamentação do transporte, permite concluir que a retenção de mercadorias por parte do transportador, devido ao não pagamento do frete, é uma conduta amparada pelo já mencionado Decreto-Lei nº 19.473, de 10 de dezembro de 1930. Esse decreto, embora teoricamente revogado pelo Decreto s/n de 25 de abril de 1991, segue vigente, pois foi recepcionado pela atual Constituição Federal de 1988 com status de lei ordinária. Portanto, sua revogação estaria condicionada à regulamentação de uma nova lei, a partir da instauração de um processo legislativo constitucional, conforme preconiza a própria Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.

Dessa forma, a partir da vigência da atual Carta Magna, a expedição de decretos por parte do Presidente da República deve ser limitada a algumas das circunstâncias previstas pelo art. 84 da CRFB/88, o que não poderia ser diferente em relação ao Decreto s/n de 1991. Dito isso, temos que o Decreto s/n não fornece os elementos necessários para tornar o Decreto-Lei revogado, o que mantém a vigência do seu art. 2º e, portanto, a regulamentação da retenção da mercadoria pelo transportador.

Além do alicerce constitucional e doutrinário que sustentam a legalidade dessa conduta, alguns tribunais estaduais do Poder Judiciário já possuem entendimentos firmados nesse sentido, como é o caso do eg. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina e do Estado do Ceará. Ambos reconhecem a vigência do Decreto nº 19.473 e, conseqüentemente, a viabilidade da retenção de mercadorias em decorrência do inadimplemento da obrigação pecuniária principal.

Certamente, a criação, pelo Poder Legislativo, de uma nova Lei Ordinária para regulamentar materialmente essa temática, originariamente inserida no Decreto nº 19.473, há mais de 90 anos, preencheria algumas lacunas ainda remanescentes quanto à possibilidade de retenção de mercadorias pelos transportadores no caso de inadimplemento do frete. Apesar



disso, existem, nos moldes demonstrados neste artigo, um atual arcabouço jurisprudencial e doutrinário que valida essa conduta como lícita.

Diante de tudo exposto, embora existam uma série de controvérsias acerca da (in)existência de revogação do Decreto nº 19.473, conclui-se pela atual vigência da norma e, conseqüentemente, pela viabilidade de sua invocação pelos transportadores no caso de insolvência do valor do frete. Portanto, por força da fundamentação doutrinária e jurisprudencial apresentada neste trabalho acadêmico, conclui-se pela possibilidade de retenção da carga por parte do transportador rodoviário em caso de inadimplemento do frete.

6 REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1891)]. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, 1891. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 09 jun. 2022.

BRASIL. [Constituição (1967)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 1967. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 16 jun. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 11 maio. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001**. Brasília, DF: Presidência da República, 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc32.htm#art1. Acesso em: 16 jun. 2022.

BRASIL. Decreto de 25 de abril de 1991. **Mantém reconhecimento de cursos e autorizações nos casos que menciona e dá outras providências**. Brasília, DF: Presidência da República, 1991. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19473.htm. Acesso em: 02 jun. 2022.

BRASIL. Decreto nº 19.754, de 18 de março de 1931. **Esclarece e simplifica algumas disposições do decreto número 19.473, de 10 de dezembro de 1930**. Brasília, DF: Presidência da República, 1931. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D19754impressao.htm. Acesso em: 31 maio 2022.



BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, 1942. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 17 jun. 2022.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 11 maio 2022.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 06 jun. 2022.

BRASIL. Lei nº 11.442, de 5 de janeiro de 2007. **Dispõe sobre o transporte rodoviário de cargas por conta de terceiros e mediante remuneração e revoga a Lei no 6.813, de 10 de julho de 1980**. Brasília, DF: Presidência da República, 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111442.htm. Acesso em: 11 maio 2022.

BRASIL. Lei nº 6.813, de 10 de julho de 1980. **Dispõe sobre o transporte rodoviário de cargas, e dá outras providências**. Brasília, DF: Presidência da República, 1980. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L6813impressao.htm. Acesso em: 11 maio 2022.

BRASIL. Lei nº 9.611, de 19 de fevereiro de 1998. **Dispõe sobre o Transporte Multimodal de Cargas e dá outras providências**. Brasília, DF: Presidência da República, 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19611.htm. Acesso em: 11 maio 2022.

BRASIL. Senado Federal. **Glossário Legislativo**. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/glossario-legislativo/constituicoes-brasileiras>. Acesso em: 31 abr. 2022.

CEARÁ. Tribunal de Justiça. Apelação Cível 0838672-14.2014.8.06.00010. Ação cautelar inominada. CONTRATO TÁCITO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE "RODO AÉREO". RETENÇÃO DE MERCADORIA POR FALTA DE PAGAMENTO DO FRETE. PRETENSÃO DE LIBERAÇÃO DE MERCADORIAS. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA POR ANALOGIA DO ARTIGO 7º DO DECRETO-LEI Nº 116/1967 E DECRETO Nº 19.473/1930. [...]. Apelante: Comércio e Transportes Monteguti LTDA. Apelado: Transportadora Fluorita LTDA. Relatora: Des. Maria de Fátima de Melo Loureiro, 2ª Câmara de Direito Privado. Fortaleza, 17 de fevereiro de 2021. **Jurisprudência**. Disponível em: <https://esaj.tjce.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>. Acesso em: 18 jun. 2022.

DE CASTRO JUNIOR, O. **A Constitucionalização do Direito Marítimo e do Direito Portuário**. *Revista de Direito e Negócios Internacionais da Maritime Law Academy - International Law and Business Review*, [S. l.], v. 1, n. 1, p. 6–29, 2021. Disponível em: <https://mlawreview.emnuvens.com.br/mlaw/article/view/28>.



DOS SANTOS, Eugênio de Aquino. **A não revogação do Decreto n.º 19.473/30: diploma regulador dos conhecimentos de transporte de mercadorias por terra (inland bill), água (bill of lading) ou ar (airwaybill)**. 2007. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/35883/a-nao-revogacao-do-decreto-n-19-473-30-diploma-regulador-dos-conhecimentos-de-transporte-de-mercadorias-por-terra-inland-bill-agua-bill-of-lading-ou-ar-airwaybill>. Acesso em: 14 jun. 2022.

JUNIOR, Orlando Luiz Zanon. **Questões pacíficas e temas controvertidos sobre o controle concentrado de constitucionalidade**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 11, n. 1238, 21 nov. 2006. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/9183>. Acesso em: 17 jun. 2022.

MARTINS, Fran. **Curso de Direito Comercial**. 19. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019. *E-book*. p. 177.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 170.

MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2020. *E-book*. Acesso restrito via Minha Biblioteca.

PADILHA, Rodrigo. **Direito Constitucional**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. *E-book*. Acesso restrito via Minha Biblioteca. p. 24.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação civil nº 0011141-64.2010.8.24.0020. Ação indenizatória. Sentença de improcedência. Reclamo da parte autora. Demandante que sustenta a ocorrência de ato ilícito por parte da apelada ao reter mercadoria oriunda de contrato verbal para transporte terrestre de carga [...]. Apelante: Comércio e Transportes Monteguti LTDA. Apelado: Transportadora Fluorita LTDA. Relator: DES., Rejane Andersen. Florianópolis, 14 de dezembro de 2021. **Jurisprudência Catarinense**. Disponível em: https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=321639772839480617362672093574&categoria=acordao_eproc. Acesso em: 18 jun. 2022.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação civil nº 1002286-09.2014.8.26.0562. Transporte marítimo – Ação de obrigação de fazer, no intuito de preceitar a ré à entrega de mercadorias, mediante cópia do conhecimento de transporte – Exigência, pela ré, da exibição do original do conhecimento para a liberação da carga, fundada na circulabilidade do título - Deslinde da controvérsia que está no Código Civil, ao disciplinar o transporte de coisas, e não no âmbito de Instruções. Apelantes: CMA CGM Societe Anonyme S.A., CMA CGM Do Brasil e Agência Marítima LTDA. Apelada: Cennabras Indústria e Comércio EIRELI. Relator: DES., Cerqueira Leite. São Paulo, 21 de junho de 2017. **Jurisprudência de São Paulo**. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>. Acesso em: 16 jul. 2022.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: lei de introdução e parte geral**. 18. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2022. *E-book*. Acesso restrito via Minha Biblioteca. p. 30.



**AMBIENTE DO TRABALHO SEGURO E SAUDÁVEL COMO PRINCÍPIO E
DIREITO FUNDAMENTAL DO TRABALHO E A SUA REPERCUSSÃO NA
INDÚSTRIA SHIPPING**

**SAFE AND HEALTHY WORK ENVIRONMENT AS A PRINCIPLE AND
FUNDAMENTAL RIGHT AT WORK AND ITS IMPACT ON THE SHIPPING
INDUSTRY**

Augusto Grieco Sant'Anna Meirinho¹

RESUMO: O artigo tem como objetivo apresentar o ambiente do trabalho seguro e saudável como novo princípio e direito fundamental no trabalho adotado pela Organização Internacional do Trabalho. Destaca a força cogente que vincula os Estados às convenções fundamentais mesmo quando não ratificadas. Analisa, ainda, a vinculação do novo princípio e direito fundamental à agenda do trabalho decente e a centralidade na tutela da dignidade do marítimo, sob o aspecto de sua saúde e o seu impacto na indústria do shipping.

Palavras-chave: trabalho decente; princípio fundamental no trabalho; tutela da dignidade dos marítimos.

ABSTRACT: The paper aims to present the safe and healthy work environment as a new principle and fundamental right at work adopted by the International Labor Organization. It lays emphasis on the cogent force that binds States to fundamental conventions even when not ratified. It also analyzes the connection of the new principle and fundamental right to the decent work agenda and the centrality in protecting the dignity of seafarer, from the point of view of their health, and their impact on the shipping industry.

Keywords: decent work; fundamental principle at work; protection of the dignity of the seafarers.

1 INTRODUÇÃO

A indústria do transporte marítimo ocupa posição de destaque na dinâmica mundial. Mesmo com o desenvolvimento do transporte aéreo, a maior parte do intercâmbio comercial mundial é feito por intermédio de navios.

Os temas relacionados ao mar despertam interesse geral, sobretudo na literatura e no cinema. Não é sem razão que uma das principais obras da literatura norte-americana é “Moby

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 – Eformm/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).



Dick”, de Herman Melville. No Brasil, podemos citar Jorge Amado com os seus “Os velhos marinheiros, ou, O capitão-de-longo-curso” e “Navegação de Cabotagem”. No cinema, um dos maiores sucessos de bilheteria foi o filme “Titanic”, de James Cameron.

As coisas do mar também atraem a atenção de especialistas de diversos setores do conhecimento. A explicação para esse interesse difuso é simples: a navegação marítima é importante para o desenvolvimento mundial.

A Revista de Direito e Negócios Internacionais da *Maritime Law Academy* é um bom exemplo dessa realidade, tratando de temas de direito e de comércio exterior que são fundamentais aos profissionais que atuam em diversos ramos de negócios internacionais.

Como se observa dos artigos publicados nas edições anteriores, os temas são variados, abrangendo contratos de transporte marítimos, regulação, infraestrutura, avarias, seguros, arbitragem, entre outros.

Essa diversidade temática demonstra a riqueza do conhecimento humano que gravita em torno da indústria *shipping*.

O presente artigo, a despeito de outros importantes temas, centra-se nos profissionais responsáveis pela operação dos navios, referidos de forma geral como “gente do mar”² (*seafarers*), para nós, marítimos.

Se a condição de vida a bordo dos navios mercantes é severa pelas próprias condições em que o trabalho é exercido, em um ambiente adverso ao ser humano, é verdade que, pelo menos desde a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), vem se buscando estabelecer regras de proteção aos marítimos.

O ponto culminante desse longo processo normativo foi a adoção da Convenção sobre o Trabalho Marítimo, de 2006 (MLC 2006), que consolidou os direitos previstos em diversos instrumentos internacionais em uma única convenção internacional. Resumindo em uma expressão o significado da MLC 2006, trata-se de um instrumento que introduz a agenda do trabalho decente no setor marítimo.

² A expressão “gente do mar” utilizado nos instrumentos normativos da OIT é mais abrangente do que o termo “aquaviário” utilizado no Brasil. Para a MLC 2006, gente do mar significa qualquer pessoa empregada ou contratada ou que trabalha a bordo de um navio ao qual esta Convenção se aplica.



O presente artigo tem como objetivo central destacar a aprovação do meio ambiente do trabalho seguro e saudável como um princípio e direito fundamental no trabalho.

Com a recente emenda à Declaração da Organização Internacional do Trabalho de 1998, sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, em 2022, os países Membros passam a se vincular obrigatoriamente às novas convenções fundamentais, mesmo que não as tenham formalmente ratificado.

No setor marítimo isso é relevante, como se verá ao longo do estudo, seja pelas peculiaridades do trabalho marítimo e as condições excepcionais de vida a bordo dos navios mercantes, seja pelo fato de as principais bandeiras mundiais não terem ratificado as duas convenções fundamentais em matéria de segurança e saúde no trabalho.

2 OS PILARES NORMATIVOS DO TRANSPORTE MARÍTIMO. O PAPEL DA OIT E DA IMO NA CONSTRUÇÃO DE UM ARCABOUÇO NORMATIVO DE TUTELA DO TRABALHO MARÍTIMO

A premissa fundamental do presente estudo é que o ambiente de trabalho embarcado deve ser submetido a uma tutela especial. Não há dúvidas de que as condições de trabalho a bordo de navios são severas para os marítimos.

Ao lado dos riscos advindos do meio ambiente circundante, o mar e as condições meteorológicas, há aqueles decorrentes da própria embarcação³.

O navio, considerado em si mesmo, é fonte de diversos riscos ambientais físicos, químicos e, em determinadas circunstâncias, biológicos. Independentemente do tipo de navio, mesmo aqueles de carga não perigosa, sempre haverá riscos de incêndio, explosão, quedas, eletricidade, intoxicação, entre tantos outros.

³ A maior parte da doutrina especializada classifica o meio ambiente em quatro espécies: natural, artificial, cultural e do trabalho. Gilberto Passos de Freitas enumera as quatro espécies de meio ambiente da seguinte forma: “a) meio ambiente natural (integra o solo, a água, o ar atmosférico, a flora e a fauna); b) meio ambiente cultural (integra o patrimônio arqueológico, artístico, histórico, paisagístico e turístico); c) meio ambiente artificial (integra os edifícios, equipamentos urbanos, comunitários, arquivo, registro, museu, biblioteca, pinacoteca e instalação científica similar); d) meio ambiente do trabalho (integra a proteção do trabalhador em seu local de trabalho e dentro das normas de segurança, bem como fornecendo-lhe uma qualidade de vida digna.) (FREITAS, Gilberto Passos de. *Ilícito Penal Ambiental e Reparação do Dano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 25.)



Ao lado desses riscos ambientais externos, ainda existem os aspectos psicológicos que devem ser considerados. O trabalho embarcado, ao contrário da maioria dos trabalhos exercidos em terra, ocorre distante da sociedade.

Há um certo isolamento do marítimo, que passa a viver em uma comunidade fechada, muitas vezes multinacional, e hierarquizada.

Esse aspecto é relevante na medida em que a atividade *shipping* se realiza sem o acompanhamento contínuo da sociedade. Na verdade, a sociedade toma conhecimento das coisas relacionadas à indústria *shipping* quando ocorre algum evento anormal, ou seja, de aspectos negativos. Um exemplo disso foi o encalhe do navio porta-contêineres *Ever Given* ocorrido no Canal de Suez, em março de 2021⁴.

Esse distanciamento também impacta a percepção da realidade fática dos marítimos, que são trabalhadores, de certa forma, invisíveis para grande parte da sociedade, pois os seus trabalhos são exercidos a bordo de embarcações que operam fora da dinâmica cotidiana⁵.

A despeito dessa invisibilidade, a Organização Internacional do Trabalho tem envidado esforços para tutelar as relações de trabalho no setor marítimo, promovendo proteção adequada aos trabalhadores que exercem as suas atividades laborais a bordo de navios.

Desde a criação da OIT, em 1919, foram adotadas diversas convenções internacionais e recomendações diretamente relacionadas ao trabalho marítimo.

Conforme destacado por Leslie Sklair, a OIT “articulou os princípios de que as pessoas em todos os lugares tinham direito a um padrão de vida decente e que os

⁴ MEIRINHO, Augusto Grieco Sant’Anna. O Encalhe do navio Ever Given e a vulnerabilidade do trabalhador marítimo no contexto da responsabilização pelo acidente: Uma leitura crítica. *Revista de Direito e Negócios Internacionais da Maritime Law Academy - International Law and Business Review*, [S. l.], v. 1, n. 1, p. 30–51, 2021. Disponível em: <https://mlawreview.emnuvens.com.br/mlaw/article/view/14>. Acesso em: 14 maio. 2023.

⁵ A sociedade, em muitos países, não valora de forma apropriada a importância do transporte marítimo. Assim, pode-se afirmar que 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* cujo próprio 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) confirma essa realidade. (GEORGE, Rose. *Deep Sea and Foreign Going*. Inside Shipping, the Invisible Industry that Brings You 90% of Everything. London: Granta, 2013).



trabalhadores tinham direito a alguns direitos básicos”⁶. Logicamente, essa visão ampla também abarcava o trabalho marítimo.

De forma a consolidar as diversas convenções internacionais relacionadas ao trabalho marítimo, a OIT adotou, no ano de 2006, a Convenção Internacional sobre Trabalho Marítimo⁷ (*Maritime Labour Convention* ou, simplesmente, MLC 2006), prescrevendo diversos direitos aos marítimos.

Esse objetivo fica evidente no preâmbulo da MLC 2006, conforme o trecho que se transcreve a seguir:

Desejando criar um documento único e coerente que incorporasse tanto quanto possível todas as normas atualizadas das Convenções e Recomendações internacionais existentes sobre Trabalho Marítimo, bem como princípios fundamentais de outras Convenções internacionais sobre trabalho, (...) ⁸.

Segundo o escritório da Organização Internacional do Trabalho, em Lisboa, a MLC 2006

garante um trabalho digno a 1,2 milhões de trabalhadores marítimos em todo o mundo, assim como cria condições de concorrência leal para os armadores, ao regular as questões fundamentais que envolvem este setor, nomeadamente, a idade mínima de admissão ao emprego, condições de trabalho, alojamento e alimentação, segurança e saúde, cuidados de saúde e protecção social⁹.

Na verdade, a MLC 2006 consolida a agenda do trabalho decente¹⁰ no setor marítimo, além de estabelecer uma competição justa para os armadores.

⁶ “The ILO articulated the principles that people everywhere were entitled to a decent standard of living and that workers were entitled to some basic rights”. (SKLAIR, Leslie. *The Globalization of Human Rights*. In: WIDDOWS, Heather; SMITH, Nicola J. (Ed.). *Global Social Justice*. New York: Routledge, 2011, p. 17.

⁷ Trata-se da Convenção nº 186 da OIT.

⁸ Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_242714/lang--pt/index.htm. Acesso em: 13 maio 2023.

⁹ Disponível em: https://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/html/portugal_trabalhomaritimo.htm. Acesso em 14 maio 2023.

¹⁰ O trabalho decente é o ponto de convergência dos quatro objetivos estratégicos da OIT: 1. o respeito aos direitos no trabalho, especialmente aqueles definidos como fundamentais (liberdade sindical, direito de negociação coletiva, eliminação de todas as formas de discriminação em matéria de emprego e ocupação e erradicação de todas as formas de trabalho forçado e trabalho infantil); 2. a promoção do emprego produtivo e de qualidade; 3. a ampliação da protecção social; 4. o fortalecimento do diálogo social. (Disponível em: <https://www.ilo.org/brasil/temas/trabalho-decente/lang--pt/index.htm>. Acesso em: 13 maio 2023.



Essa visão dupla é importante. O estabelecimento de normas de tutela ao trabalho humano, acompanhada da fiscalização estatal e sindical¹¹, contribui para um ambiente de negócios equilibrado e sustentavelmente competitivo. Assim, a livre iniciativa regulada a partir de normas construídas a partir do diálogo social, é o melhor antídoto ao denominado “dumping social”¹² ou à competição econômica predatória ou desleal.

Além disso, cabe lembrar que as normas adotadas pela OIT observam, desde a sua criação, o sistema de deliberação tripartite, com a participação obrigatória dos Estados, empregadores e trabalhadores.

Esse sistema deliberativo confere maior legitimidade no processo de criação das normas internacionais, na medida em que os atores sociais, destinatários diretos das normas, participam efetivamente da construção normativa.

A OIT busca atender as necessidades das trabalhadoras e trabalhadores reunindo governos, organizações de empregadores e sindicatos para estabelecer normas de trabalho, desenvolver políticas e elaborar programas. A própria estrutura da OIT, na qual trabalhadores e empregadores têm voz igual junto aos governos em suas deliberações, mostra o diálogo social em ação. Essa estrutura garante que as opiniões dos parceiros sociais sejam cuidadosamente refletidas nas normas, políticas e programas de trabalho da OIT¹³.

Ao lado dos instrumentos normativos adotados no âmbito da OIT, o setor marítimo também conta com as normas prescritivas aprovadas pela Organização Marítima Internacional (IMO¹⁴).

A IMO, criada em 1948 pela Organização das Nações Unidas¹⁵, originou-se sob a perspectiva de promover mecanismos de cooperação entre governos, no que tange às normas

¹¹ A fiscalização sindical também deve ser considerada sob dupla perspectiva: representantes dos trabalhadores e dos empregadores. Esse paralelismo é uma das características do movimento sindical no Brasil, e tem inspiração no modelo de diálogo social construído no âmbito da OIT.

¹² Enoque Ribeiro dos Santos conceitua dumping social como uma prática de gestão empresarial antijurídica, moldada pela concorrência desleal e ausência de boa-fé objetiva, que busca primacialmente a conquista de fatias de mercado para produtos e serviços, seja no mercado nacional ou internacional, provocando prejuízos não apenas aos trabalhadores hipossuficientes contratados em condições irregulares, com sonegação a direitos trabalhistas e previdenciários, bem como às demais empresas do setor. (SANTOS, Enoque Ribeiro dos. O dumping social nas relações de trabalho: formas de combate. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região*, v. 19, n. 20, p. 64-79, 27 abr. 2017, p. 66.)

¹³ Disponível em: <https://www.ilo.org/brasil/conheca-a-oit/lang--pt/index.htm>. Acesso em: 14 maio 2023.

¹⁴ International Maritime Organization.



relativas a assuntos técnicos que afetem o tráfego marítimo empenhado no comércio internacional, além de buscar a remoção de óbices a esse tráfego, em um ambiente não discriminatório. Contudo, é na adoção de elevados padrões de segurança marítima, eficiência, prevenção e controle da poluição marinha produzida por navios que a IMO vem se destacando desde o início de suas atividades.

Nesse contexto, a IMO adotou três importantes convenções internacionais, abrangendo o espectro de seu lema: “*safe, secure and efficient shipping on clean oceans*”. São as convenções SOLAS¹⁶, STCW¹⁷ e MARPOL¹⁸.

Com a adoção da MLC 2006 pela OIT, junto com as três convenções fundamentais da Organização Marítima Internacional (IMO), forma-se um arcabouço normativo vocacionado a assegurar que o setor do transporte marítimo funcione em um ambiente sustentável, conforme os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS) previstos na Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas (ONU).

Segundo a OIT, ao ratificar e implementar a MLC 2006, são beneficiados todos os atores envolvidos, a saber,

marítimos, armadores, Estados da bandeira, Estados do Porto e Estados fornecedores de mão-de-obra. A ratificação contribui não apenas para a consecução do Objetivo de Desenvolvimento Sustentável (ODS) nº 8 sobre Trabalho Decente e Crescimento Econômico, mas também para o ODS nº 14 sobre Oceanos Sustentáveis. De fato, uma vez que o elemento humano foi identificado como a principal causa de acidentes no mar, e condições de trabalho decentes são um fator importante na prevenção de tais acidentes, garantindo o respeito aos direitos e princípios fundamentais dos marítimos, bem como seu emprego e direitos sociais, é crítico para a obtenção de uma navegação mais segura e oceanos mais limpos¹⁹.

¹⁵ A Organização Marítima Internacional foi criada em uma conferência realizada pelas Nações Unidas em 1948 que adotou a convenção estabelecendo-a como o primeiro órgão internacional dedicado exclusivamente a assuntos marítimos. Passaram-se 10 anos entre a adoção da convenção e sua entrada em vigor, o que ocorreu em 1958.

¹⁶ Convenção Internacional para a Salvaguarda da Vida Humana no Mar, 1974/1988 (*International Convention for the Safety of Life at Sea*).

¹⁷ Convenção Internacional sobre Padrões de Instrução, Certificação e Serviço de Quarto para Marítimos, 1978 (*International Convention on Standards of Training, Certification and Watchkeeping for Seafarers*).

¹⁸ Convenção Internacional para a Prevenção da Poluição por Navios, 1973 (*International Convention for the Prevention of Pollution from Ships*).

¹⁹ “Ratifying and implementing the MLC, 2006 benefits all actors involved, namely, seafarers, shipowners, flag States, port States and labour supplying States. Ratification contributes not only to the achievement of



Segue-se a discussão sobre a importância de se considerar, especificamente, o meio ambiente do trabalho marítimo como aspecto essencial da dignidade do marítimo.

3 O MEIO AMBIENTE DO TRABALHO MARÍTIMO. A NECESSIDADE DE UMA TUTELA ADEQUADA

O meio ambiente está no centro das discussões sobre a sustentabilidade das atividades humanas. A Conferência de Estocolmo, realizada em 1972, que discutiu temas relacionados à poluição e uso excessivo dos recursos naturais, pode ser considerada como o marco inicial para a defesa e proteção do meio ambiente.

Ainda em 1972, a Assembleia Geral da ONU criou o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA), que passou a ser a principal autoridade mundial nas discussões sobre a defesa do meio ambiente e do desenvolvimento sustentável.

Periodicamente, foram realizadas outras conferências internacionais sobre o meio ambiente, sendo os principais encontros pós-Estocolmo a Conferência sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, ou Cúpula da Terra, que se deu em 1992 no Rio de Janeiro e a Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável (a Rio+20), também no Rio de Janeiro, em 2012.

Em 2022, em comemoração aos 50 anos da Conferência de Estocolmo, a Assembleia Geral da ONU realizou, na capital da Suécia, a reunião Estocolmo+50, cujo lema foi “um planeta saudável para a prosperidade de todos e todas — nossa responsabilidade, nossa oportunidade”.

Na esteira desse processo de afirmação histórica da defesa do meio ambiente, a Organização das Nações Unidas, em 2015, por intermédio de seus Estados-membros, assumiu o compromisso de adotar as medidas recomendadas no documento “Transformando o Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável” (A/70/L.1).

Sustainable Development Goal (SDG) 8 on Decent Work and Economic Growth but also to SDG 14 on Sustainable Oceans. Indeed, since the human element has been identified as the main cause of accidents at sea, and decent working conditions are an important factor in preventing such accidents, ensuring the respect of seafarers’ fundamental rights and principles and well as their employment and social rights is critical for the achievement of safer shipping and cleaner oceans”. https://www.ilo.org/global/standards/maritime-labour-convention/WCMS_664151/lang--en/index.htm. Acesso em: 30 abr. 2023.



Vários objetivos do desenvolvimento sustentável da Agenda 2030 da ONU estão relacionados ao meio ambiente.

Segundo a própria ONU, os 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável e as suas 169 metas buscam concretizar os direitos humanos de todos e alcançar a igualdade de gênero e o empoderamento das mulheres e meninas, sendo integrados e indivisíveis, e equilibram as três dimensões do desenvolvimento sustentável: a econômica, a social e a ambiental²⁰.

Nesse contexto, as principais discussões no âmbito das organizações internacionais gravitam em torno da temática ambiental. Não é diferente com a IMO e com a OIT.

Contudo, quando se fala em meio ambiente, pensa-se, em grande medida, no meio ambiente natural e as repercussões decorrentes da ação humana sobre a natureza e, há algumas décadas, em relação ao clima, sob o aspecto das mudanças climáticas.

É sob essa perspectiva que foi adotada a Convenção Internacional para a Prevenção da Poluição por Navios (MARPOL²¹). Conforme destacado pela Comissão Coordenadora dos Assuntos da Organização Marítima Internacional (CCA-IMO), a MARPOL tem por propósito “o estabelecimento de regras para a completa eliminação da poluição intencional do meio ambiente por óleo e outras substâncias danosas oriundas de navios, bem como a minimização da descarga acidental daquelas substâncias no ar e no meio ambiente marinho”²².

Logicamente, quando se pensa na proteção do meio ambiente marinho, ao lado da preservação das espécies que habitam os oceanos, também se está pensando sob a perspectiva do ser humano. Essa visão é convergente com as disposições constitucionais acerca do meio ambiente, conforme o art. 225 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988²³.

Inclusive, a definição de poluição dada pela Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, de 1982, vai nesse sentido antropocêntrico.

"poluição do meio marinho" significa a introdução pelo homem, direta ou indiretamente, de substâncias ou de energia no meio marinho, incluindo os estuários, sempre que a mesma provoque ou possa vir provocar efeitos

²⁰ Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/91863-agenda-2030-para-o-desenvolvimento-sustentavel>. Acesso em: 16 maio 2023.

²¹ *International Convention for the Prevention of Pollution from Ships*, 1973, ratificada pelo Brasil.

²² Disponível em: <https://www.ccaimo.mar.mil.br/ccaimo/marpol>. Acesso em: 04 de maio de 2023.

²³ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.



nocivos, tais como danos aos recursos vivos e à vida marinha, riscos à saúde do homem, entrave às atividades marítimas, incluindo a pesca e as outras utilizações legítimas do mar, alteração da qualidade da água do mar, no que se refere à sua utilização, e deterioração dos locais de recreio;

Não obstante, há outra perspectiva a ser conferida, na indústria da navegação, ao meio ambiente que é a laboral. Essa perspectiva está centrada na “gente do mar”, ou seja, nos profissionais que trabalham embarcados nos navios.

A despeito de o meio ambiente ser um todo globalizante, nas palavras de José Afonso da Silva, e sob esse aspecto deva ser entendido e considerado, é importante ter uma visão específica em relação ao meio ambiente do trabalho dos marítimos.

O conceito de meio ambiente há de ser, pois, globalizante, abrangente de toda a natureza original e artificial, bem como os bens culturais correlatos, compreendendo, portanto, o solo, a água, o ar, a flora, as belezas naturais, o patrimônio histórico, artístico, turístico, paisagístico e arqueológico. O meio ambiente é, assim, a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas. (...) Merece referência em separado o meio ambiente do trabalho, como o local em que se desenrola boa parte da vida do trabalhador, cuja qualidade de vida está, por isso, em íntima dependência da qualidade daquele ambiente²⁴.

Essa visão integral é fundamental, dando relevância ao meio ambiente do trabalho. Se a concepção antropocêntrica do meio ambiente está direcionada à tutela da sadia qualidade de vida das pessoas, a qualidade do trabalho deve ser contemplada.

Como bem destaca Adelson Silva dos Santos, “não há como se falar em qualidade de vida se não houver qualidade de trabalho, nem se pode atingir o meio ambiente equilibrado e sustentável, ignorando-se o aspecto do meio ambiente do trabalho.”²⁵

Afinal, o trabalho é essencial nas sociedades, tanto sob o aspecto coletivo quanto individual. Como bem lembra Thais Safe Carneiro, “é graças ao trabalho humano que se torna possível satisfazer as necessidades básicas da vida (condições sociais mínimas) essenciais à realização da nossa dignidade”²⁶, destacando, ainda, que é “por meio do trabalho que o

²⁴ SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 20.

²⁵ SANTOS, Adelson Silva dos. *Fundamentos do Direito Ambiental do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2010, p. 28

²⁶ CARNEIRO, Thais Safe. Direitos Fundamentais e Sociais Trabalhistas, Dignidade da Pessoa Humana, Reserva do Possível e Proibição ao Retrocesso Social. In: DELGADO, Gabriela Neves e PEREIRA, Ricardo José Macêdo de Britto. *Trabalho, Constituição e Cidadania*. A dimensão coletiva dos direitos sociais trabalhistas. São Paulo: LTr, 2014, pp. 207-208.



homem exerce plenamente sua autonomia fruindo amplamente de seus direitos fundamentais”²⁷.

Assim, uma definição sobre meio ambiente do trabalho se torna necessária.

Em conceito já consagrado, Cláudio Brandão entende que o meio ambiente do trabalho é

o conjunto de todos os fatores que, direta ou indiretamente, se relacionam com a execução da atividade do empregado, envolvendo os elementos materiais (local de trabalho em sentido amplo, máquinas, móveis, utensílios e ferramentas) e imateriais (rotinas, processos de produção e modo de exercício do poder de comando do empregador)²⁸.

Para Celso Antonio Pacheco Fiorillo, constitui meio ambiente do trabalho

o local onde as pessoas desempenham suas atividades laborais relacionadas à sua saúde, sejam remuneradas ou não, cujo equilíbrio está baseado na salubridade do meio e na ausência de agentes que comprometam a incolumidade físico-psíquica dos trabalhadores, independente da condição que ostentem (homens ou mulheres, maiores ou menores de idade, celetistas, servidores públicos, autônomos etc.²⁹

Assim, tutelar o meio ambiente do trabalho significa proteger a saúde do trabalhador, sob o seu mais amplo aspecto. Tanto isso é verdade que a Convenção nº 155 da OIT, sobre Segurança e Saúde dos Trabalhadores, define o termo ‘saúde’, com relação ao trabalho, como abrangendo não só a ausência de afecções ou de doenças, mas também os elementos físicos e mentais que afetam a saúde e estão diretamente relacionados com a segurança e a higiene no trabalho³⁰.

Um meio ambiente do trabalho inseguro, além de gerar riscos de acidentes, também pode ser fonte de adoecimento, decorrente de condições precárias em que o trabalho é executado. Ademais, a exposição a agentes insalubres pode levar o trabalhador a adquirir

²⁷ Idem, *Ibidem*, p. 208.

²⁸ BRANDÃO, Cláudio. *Acidente do Trabalho e Responsabilidade Civil do Empregador*. São Paulo: LTr, 2015, p. 68.

²⁹ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 82.

³⁰ Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_236163/lang--pt/index.htm. Acesso em: 15 maio 2023.



doenças ocupacionais³¹, muitas vezes se manifestando de forma superveniente, mesmo após o término da relação de trabalho.

Por sua vez, deve-se considerar que o ambiente de trabalho do marítimo é especial, com peculiaridades que dificilmente são encontradas em outras atividades profissionais.

Francisco Edivar Carvalho chama a atenção para as peculiaridades do ambiente em que se dá o trabalho dos marítimos a bordo de embarcações.

O trabalho marítimo é de permanente risco, cujo ambiente leva o trabalhador a ficar confinado e restrito a poucos espaços da embarcação, bem como a trabalhar em turnos que se alternam nas 24 horas do dia e, em alguns casos, como na navegação de longo curso, passar até meses afastados do convívio familiar. Além dessas particularidades, há navios mercantes de bandeira nacional que não oferecem as mínimas condições de vida e de trabalho a bordo, bem como em alguns estrangeiros de bandeira de conveniência³².

O ambiente de trabalho marítimo compreende os elementos físicos, ergonômicos, químicos, biológicos, psicológicos e sociais que podem levar a acidentes, lesões e doenças ocupacionais. Como visto, os profissionais do mar enfrentam condições de trabalho rigorosas, longas horas de trabalho a bordo, estruturas organizacionais rígidas e hierarquizadas.

Adicionalmente, pode-se dizer que um navio é uma “instituição total” pois a bordo, sobretudo em períodos prolongados de embarque, há a ruptura das três esferas do cotidiano da pessoa, normalmente realizadas em espaços diversos: descanso, lazer e trabalho. No caso dos navios, essas três dimensões se dão no mesmo espaço, ou seja, a bordo. Com isso, o marítimo não tem a desconexão de seu ambiente de trabalho, mesmo quando não esteja exercendo as suas atribuições. Ao final do horário de trabalho, o marítimo continua a bordo do navio. Continua imerso no mesmo contexto ambiental de seu trabalho.

Esses fatores, conjugados com os extensos períodos de isolamento familiar e social, contribuem para elevados índices de estresse e fadiga. Tais condições, por sua vez, têm contribuído para a ocorrência de acidentes da navegação, de trabalho e de adoecimentos ocupacionais.

³¹ No Brasil, a Lei nº 8.213/1991 equiparou a acidente do trabalho determinadas patologias ligadas ao exercício do trabalho. São as doenças ocupacionais que, por sua vez, são classificadas em doenças profissionais e doenças do trabalho.

³² CARVALHO, Francisco Edivar. Trabalho marítimo à luz do Direito do Trabalho. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 15, n. 2587, 1 ago. 2010. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/17091>. Acesso em: 16 maio 2023.



Por isso, são fundamentais as normas que correlacionam o tempo de trabalho efetivo com os períodos de descanso do marítimo. Essas previsões são encontradas tanto na Convenção STCW quando na MLC 2006.

Em grande medida, os mais importantes acidentes da navegação³³, com repercussões graves em termos de perdas de vidas humanas e de poluição marinha, a despeito da origem em múltiplos eventos (teoria ou método da árvore das causas³⁴), tiveram o fator fadiga³⁵ presente na dinâmica consequencial.

Nesse contexto, a MLC 2006 afirma que a autoridade competente nos países ratificantes deve garantir que as diretrizes nacionais para a gestão da segurança e saúde ocupacional abordem os efeitos físicos e mentais da fadiga³⁶.

Por outro lado, não é despidendo realçar que o navio, considerado em sua condição de meio de transporte aquaviário, está sujeito às influências do meio em que navega. Ou seja, as condições do mar, as intempéries, repercutem na qualidade de vida dos marítimos, isto é, no bem-estar humano.

Daí a importância das normas tutelares do trabalho marítimo, sobretudo aquelas relacionadas às condições de vida a bordo dos navios.

Essas normas, em grande medida, estão relacionadas ao meio ambiente do trabalho marítimo, ou seja, as condições de trabalho a bordo sob o aspecto da segurança, bem como as questões sanitárias e de conforto.

³³ Cabe ressaltar, ainda, que os acidentes da navegação são, também, acidentes de trabalho, desde que repercutam, de alguma forma, na saúde do trabalhador. No Brasil, o conceito de acidente de trabalho, e as suas equiparações legais, se encontra nos arts. 19 a 21 da Lei nº 8.213/1991.

³⁴ Por essa teoria, o acidente é um evento complexo, com múltiplos fatores que devem ser considerados, não sendo decorrência de apenas uma causa.

³⁵ Segundo a IMO, a fadiga é um estado de deficiência física e/ou mental resultante de fatores como sono inadequado, vigília prolongada, requisitos de trabalho/descanso fora de sincronia com os ritmos circadianos e esforço físico, mental ou emocional que pode prejudicar o estado de alerta e a capacidade de operar um navio ou executar tarefas relacionadas à segurança. (“A state of physical and/or mental impairment resulting from factors such as inadequate sleep, extended wakefulness, work/rest requirements out of sync with circadian rhythms and physical, mental or emotional exertion that can impair alertness and the ability to safely operate a ship or perform safety-related duties.”) (IMO Guidelines on Fatigue, MSC.1/Circ.1598/24 January 2019 – Disponível em: <https://wwwcdn.imo.org/localresources/en/OurWork/HumanElement/Documents/MS.C.1-Circ.1598.pdf>. Acesso em: 20 maio 2023.).

³⁶ Conforme previsto na Norma A2.3, a MLC 2006, identifica que a jornada de trabalho padrão é de 8 horas diárias, com um dia de descanso por semana e descansos adicionais em feriados. Contudo, o próprio dispositivo prevê a possibilidade de adoção de disposições com vista a autorizar, ou registrar, uma convenção coletiva que fixe os horários normais de trabalho dos marítimos numa base não menos favorável que a dita norma.



Como afirmado acima, a MLC 2006 estabelece, em um único documento consolidado, os direitos da gente do mar, abrangendo, além das condições contratuais de emprego, normas de saúde e segurança, condições de vida e de trabalho, acesso a cuidados médicos e segurança social.

Por ocasião do depósito do 100º instrumento de ratificação da MLC 2006, por Omã (em 11 de abril de 2022), a IMO afirmou a finalidade da convenção em estabelecer a agenda do trabalho decente no setor marítimo. Em acréscimo, a IMO destacou que a convenção, como quarto pilar da regulação marítima, contribuiu para a operação segura dos navios, em convergência com o seu próprio lema.

A IMO deu as boas-vindas à 100ª ratificação da Convenção do Trabalho Marítimo (MLC) da Organização Internacional do Trabalho (OIT), de 2006, que é o instrumento global que determina os direitos trabalhistas dos marítimos e condições de trabalho decentes. (...) Operando em um ambiente de trabalho mais seguro e favorável aumenta a capacidade dos marítimos de evitar e responder a incidentes no mar que possam afetar as embarcações e suas tripulações, cargas e o ambiente marinho³⁷.

Para finalizar esse tópico, traz-se o significado do termo “trabalho decente”, sob a perspectiva da OIT.

Trabalho decente, para a OIT, seria um trabalho produtivo e adequadamente remunerado, exercido em condições de liberdade, equidade, e segurança, sem quaisquer formas de discriminação, e capaz de garantir uma vida digna a todas as pessoas que vivem de seu trabalho³⁸.

³⁷ “IMO has welcomed the 100th ratification of the International Labour Organization (ILO)'s Maritime Labour Convention (MLC), 2006, which is the global instrument mandating seafarers' employment rights and decent working conditions. (...) Operating in a safer and more supportive working atmosphere boosts the ability of seafarers to avoid and respond to incidents at sea that could impact vessels and their crew, cargoes and the marine environment.” (Disponível em: <https://www.imo.org/en/mediacentre/Pages/WhatsNew-1707.aspx>. Acesso em: 19 maio 2023.)

³⁸ http://www.oit.org.br/topic/decent_work/trab_decente_2.php. Acesso em: 19 maio 2023. Durante a Assembleia Geral das Nações Unidas em setembro de 2015, o trabalho decente e os quatro pilares da Agenda do Trabalho Decente tornaram-se elementos integrais da nova Agenda para o Desenvolvimento Sustentável 2030 (Agenda 2030). O objetivo 8 da Agenda 2030 da ONU relaciona-se à promoção do crescimento econômico sustentado, inclusivo e sustentável, emprego pleno e produtivo e trabalho decente para todas e todos (ODS 8). O item 8.8 do ODS nº 08 da Agenda 2030 está diretamente relacionado ao novo princípio fundamental aprovado na Conferência Internacional do Trabalho de 2022: proteger os direitos trabalhistas e promover ambientes de trabalho seguros e protegidos para todos os trabalhadores, incluindo os trabalhadores migrantes, em particular as mulheres migrantes, e pessoas em empregos precários (<https://nacoesunidas.org/pos2015/ods8/>. Acesso em: 19 maio 2023).



Para José Claudio Monteiro de Brito Filho, trabalho decente é “o mínimo indispensável para a vida digna das pessoas, no aspecto do trabalho, ou seja, compõe, na esfera trabalhista, o que se convencionou denominar de Direitos Humanos”³⁹, acrescentando que os direitos humanos são os direitos mínimos indispensáveis para que a pessoa humana tenha respeitada a sua dignidade.

Cabe ressaltar, ainda, que o trabalho decente não é um conceito abstrato. Pelo contrário, é delineado normativamente pela OIT. A Organização Internacional do Trabalho densifica normativamente o conteúdo do trabalho decente por intermédio de suas convenções fundamentais, correspondentes aos princípios fundamentais e direitos no trabalho, enumerados em sua Declaração, adotada no ano de 1998.

4 O MEIO AMBIENTE DO TRABALHO SEGURO E SAUDÁVEL COMO DIREITO E PRINCÍPIO FUNDAMENTAL NO TRABALHO. REPERCUSSÕES NA TUTELA DO TRABALHO MARÍTIMO

Em 1998, a Conferência Internacional do Trabalho, em sua 86ª Sessão, adotou a Declaração dos Direitos e Princípios Fundamentais no Trabalho, definidos, à época, como o respeito à liberdade sindical e de associação e o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva, a eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório, a efetiva abolição do trabalho infantil e a eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação.

Esses princípios e direitos, desde a adoção da Declaração, são regidos por Convenções Fundamentais conhecidas como “*core obligations*”⁴⁰.

Essas convenções adquirem um significado importante a partir da Declaração de 1988. Segundo o item 2 da Declaração, todos os Estados Membros, ainda que não tenham ratificado as convenções aludidas, têm um compromisso derivado do fato de pertencer à Organização Internacional do Trabalho de respeitar, promover e tornar realidade, de boa fé e

³⁹ BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. Trabalho Decente e a Atuação do Ministério Público do Trabalho. In: MIESSA, Élisson e CORREIA, Henrique (Orgs.). *Estudos Aprofundados do Ministério Público do Trabalho*. Salvador: JusPodium, 2013, p. 269.

⁴⁰ As “*core obligations*” são enunciadas no item 2 da Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho de 1998.



de conformidade com a Constituição, os princípios relativos aos direitos fundamentais que são objeto dessas convenções⁴¹.

Embora no momento da adoção da Declaração de 1998 já houvesse manifestações de que segurança e saúde no trabalho seriam tão fundamentais quanto os outros princípios e direitos e, nesse sentido, deveriam constar no documento, a sua formalização somente ocorreu em 2022, na 110ª Conferência Internacional do Trabalho.

A partir desse marco histórico, o item 2 da Declaração de 1988 passou a contar com a letra “e”, justamente sobre o dever dos Estados Membros da OIT de respeitar, promover e realizar o princípio de um ambiente de trabalho seguro e saudável.

2. Declara que todos os Membros, mesmo que não tenham ratificado as convenções em questão, têm o dever, que resulta simplesmente de pertencerem à Organização, de respeitar, promover e realizar, de boa fé e de acordo com a Constituição, os princípios relativos aos direitos fundamentais que são objeto dessas convenções, a saber:

- a) A liberdade de associação e o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva;
- b) A eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório;
- c) A abolição efetiva do trabalho infantil;
- d) A eliminação da discriminação em matéria de emprego e de profissão;
- e) Um ambiente de trabalho seguro e saudável.

Com a aprovação do novo princípio fundamental do trabalho, a proteção à vida humana do trabalhador passou a um outro nível na perspectiva da OIT.

Oportuno observar que a MLC 2006 já trazia, entre os direitos no emprego e direitos sociais da gente do mar, a tutela do meio ambiente do trabalho e, ainda, o direito à saúde (art. IV).

1. Toda gente do mar tem direito a um local de trabalho seguro e protegido no qual se cumpram as normas de segurança.
2. Toda gente do mar tem direito a condições justas de emprego.
3. Toda gente do mar tem direito a condições decentes de trabalho e de vida a bordo.
4. Toda gente do mar tem direito a proteção da saúde, assistência médica, medidas de bem-estar e outras formas de proteção social.

⁴¹ Dez anos após a adoção da Declaração de 1998, os princípios e direitos fundamentais no trabalho foram consolidados como um dos quatro objetivos estratégicos estabelecidos na Declaração da OIT sobre Justiça Social para uma Globalização Justa (Declaração de Justiça Social, de 2008). As duas Declarações passaram a simbolizar a missão e os objetivos da OIT, conformando a Agenda do Trabalho Decente.



5. Todo Membro assegurará, nos limites de sua jurisdição, que os direitos de emprego e direitos sociais da gente do mar, a que se referem os parágrafos precedentes deste Artigo serão plenamente implementados conforme requer esta Convenção. Salvo disposição em contrário nesta Convenção, essa implementação poderá ser assegurada por meio de leis ou regulamentos nacionais, acordos e convenções coletivas, pela prática ou outras medidas aplicáveis⁴².

A OIT editou um guia⁴³ para auxiliar os Estados signatários da convenção a implementarem, em suas legislações internas, as normas previstas na MLC 2006 relacionadas a essa temática.

O objetivo dessas diretrizes é auxiliar os Estados a implementar as disposições de segurança e saúde ocupacional da Convenção do Trabalho Marítimo, 2006 (MLC, 2006), da Organização Internacional do Trabalho (OIT). Destinam-se a fornecer informações práticas suplementares aos Estados de bandeira para serem refletidas em suas leis nacionais e outras medidas para implementar o Regulamento 4.3 e o Código relacionado do MLC de 2006, bem como outras disposições relevantes nos Regulamentos 3.1 e 1.1 . Deve-se enfatizar que as diretrizes pretendem ser um recurso prático a ser usado por qualquer governo que as considere úteis. Em todos os casos, as leis ou regulamentos nacionais relevantes, acordos coletivos de trabalho ou outras medidas para implementar o MLC de 2006 no Estado de bandeira devem ser vistos como a declaração oficial dos requisitos naquele Estado⁴⁴.

A despeito das normas relacionadas ao meio ambiente do trabalho seguro e saudável constantes da MLC 2006, com a inclusão do meio ambiente saudável e seguro na Declaração de 1998, todos os Estados integrantes da OIT passam a ter o dever de respeitar mais duas convenções consideradas fundamentais.

As novas convenções fundamentais são a Convenção sobre Segurança e Saúde dos Trabalhadores, de 1981 (Convenção nº 155) e a Convenção do Quadro Promocional para a Segurança e Saúde Ocupacional, de 2006 (Convenção nº 187).

⁴² Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_242714/lang--pt/index.htm. Acesso em: 15 maio 2023.

⁴³ Trata-se do “Guidelines for implementing the occupational safety and health provisions of the Maritime Labour Convention, 2006”.

⁴⁴ ILO. *Guidelines for implementing the occupational safety and health provisions of the Maritime Labour Convention, 2006*. International Labour Office, Sectoral Policies Department and International Labour Standards Department, Geneva, ILO, 2015, p. 1.



Assim, os países signatários da MLC 2006, mesmo que não tenham ratificados as Convenções nº 155 e nº 187, têm o dever, perante a OIT, de cumprirem as suas disposições, por força do item 2 da Declaração de 1998, citado acima.

E isso é relevante na medida em que alguns dos países que possuem as maiores frotas mercantes mundiais, no que tange aos registros de navios, não ratificaram essas duas convenções fundamentais.

Por exemplo, o Panamá, a Libéria e as Ilhas Marshall, que representam as três maiores frotas mercantes do mundo em termos de arqueação bruta⁴⁵, ainda não ratificaram as Convenções 155 e 187 da OIT. Contudo, a partir da 110ª Conferência Internacional do Trabalho (realizada em 2022), com a emenda à Declaração de 1998 da OIT, devem “respeitar, promover e realizar, de boa fé e de acordo com a Constituição, os princípios relativos aos direitos fundamentais que são objeto dessas convenções”⁴⁶.

Não se pode perder de vistas que um ambiente de trabalho seguro e saudável é requisito essencial para o trabalho decente e digno, na acepção construída pela OIT. Sob essa concepção, converge-se com os objetivos finalísticos da MLC 2006, que é justamente a implementação da agenda do trabalho decente no setor marítimo.

Portanto, o trabalho prestado fora dos parâmetros traçados pela agenda do trabalho decente da OIT viola a dignidade da pessoa humana do trabalhador, em seu aspecto individual e coletivo.

Por fim, cabe lembrar que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabeleceu, entre os direitos fundamentais laborais específicos (art. 7º e 8º da CRFB/1988), o direito dos trabalhadores urbanos e rurais à proteção no trabalho por intermédio de uma tutela adequada do meio ambiente laboral.

Como destaca Luciano Martinez, a partir do texto constitucional, não há dúvida de que os trabalhadores “têm o direito de ver reduzidos os riscos inerentes ao trabalho por meio de normas de saúde, higiene e segurança laboral”⁴⁷.

⁴⁵ Conforme arqueação bruta registrada em suas bandeiras, dados de 2022 (Disponível em: <https://www.gov.uk/government/statistics/shipping-fleet-statistics-2022/shipping-fleet-statistics-2022#section-2-trading-fleets-world-and-red-ensign-group>. Acesso em: 21 de maio de 2023.

⁴⁶ Item 2 da Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, de 1998.

⁴⁷ MARTINEZ, Luciano. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 387.



Considerando que todos os trabalhadores e trabalhadoras, em qualquer atividade laboral, compartilham o direito a condições de trabalho seguras e saudáveis, também os marítimos possuem o direito ao meio ambiente devidamente protegido.

Adquirindo a natureza de “*core obligation*”, espera-se que os Países Membros da OIT passem a exigir das empresas de navegação a efetivação da tutela do meio ambiente do trabalho saudável e seguro a bordo dos navios que arvoreem as suas bandeiras.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo discorreu sobre o novo princípio e direito fundamental no trabalho adotado na 110ª Conferência Internacional do Trabalho, realizada em 2022, sob a perspectiva do trabalho decente no setor marítimo.

Partiu-se da premissa de que o trabalho marítimo requer uma tutela especial em decorrência das condições excepcionais em que é prestado a bordo dos navios.

Sendo trabalhadores mais vulneráveis pelo distanciamento do cotidiano social, em comparação aos profissionais que exercem as suas atividades em terra, precisam de um conjunto normativo apropriado para fazer frente aos riscos a que estão expostos no mar.

Desde a sua criação, em 2019, a OIT vem buscando estabelecer um conjunto de normas de tutela do trabalho marítimo, atingindo o seu ápice com a aprovação da MLC 2006.

Considerada como o instrumento que consolidou a agenda do trabalho decente na indústria do *shipping*, a MLC 2006 contempla um conjunto amplo de direitos humanos sociais da gente do mar, inclusive relacionados ao meio ambiente do trabalho, sob a perspectiva da segurança e saúde.

Com o acréscimo do meio ambiente do trabalho seguro e saudável à Declaração da OIT sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho de 1988, avança-se ainda mais para a melhor tutela das condições de trabalho e vida a bordo dos navios mercantes.

Integrada como “*core obligations*”, as novas convenções fundamentais passam a ser de observância obrigatória na medida em que a Declaração de 1998 impõe o compromisso de seus Membros em respeitar e promover esses princípios e direitos, tenham ou não ratificado tais convenções.



Concluindo, formula-se a seguinte síntese: com a ampliação das “*core obligations*”, os Estados da bandeira e do porto, por intermédio de seus respectivos controles, passam a ter o dever de observar todo o arcabouço protetivo estabelecido pela MLC 2006 conjugado com os direitos e princípios fundamentais previstos na Declaração de 1998 da Organização Internacional do Trabalho.

6 REFERÊNCIAS

BRANDÃO, Cláudio. **Acidente do Trabalho e Responsabilidade Civil do Empregador**. São Paulo: LTr, 2015.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. **Trabalho Decente e a Atuação do Ministério Público do Trabalho**. In: MIESSA, Élisson e CORREIA, Henrique (Orgs.). *Estudos Aprofundados do Ministério Público do Trabalho*. Salvador: JusPodium, 2013, pp. 265-273.

CARNEIRO, Thais Safe. **Direitos Fundamentais e Sociais Trabalhistas, Dignidade da Pessoa Humana, Reserva do Possível e Proibição ao Retrocesso Social**. In: DELGADO, Gabriela Neves e PEREIRA, Ricardo José Macêdo de Britto. *Trabalho, Constituição e Cidadania*. A dimensão coletiva dos direitos sociais trabalhistas. São Paulo: LTr, 2014, pp. 198-211.

CARVALHO, Francisco Edivar. **Trabalho marítimo à luz do Direito do Trabalho**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 15, n. 2587, 1 ago. 2010. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/17091>>. Acesso em: 16 maio 2023.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2012.

FREITAS, Gilberto Passos de. **Ilícito Penal Ambiental e Reparação do Dano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GEORGE, Rose. **Deep Sea and Foreign Going**. Inside Shipping, the Invisible Industry that Brings You 90% of Everything. London: Granta, 2013.



ILO. Guidelines for implementing the occupational safety and health provisions of the Maritime Labour Convention, 2006. *International Labour Office, Sectoral Policies Department and International Labour Standards Department, Geneva, ILO, 2015.*

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho.** São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MEIRINHO, Augusto Grieco Sant'Anna. **O Encalhe do navio Ever Given e a vulnerabilidade do trabalhador marítimo no contexto da responsabilização pelo acidente:** Uma leitura crítica. *Revista de Direito e Negócios Internacionais da Maritime Law Academy - International Law and Business Review*, [S. l.], v. 1, n. 1, p. 30–51, 2021. Disponível em: <https://mlawreview.emnuvens.com.br/mlaw/article/view/14>.

SANTOS, Adelson Silva dos. **Fundamentos do Direito Ambiental do Trabalho.** São Paulo: LTr, 2010.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **O dumping social nas relações de trabalho:** formas de combate. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região*, v. 19, n. 20, p. 64-79, 27 abr. 2017.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional.** São Paulo: Malheiros, 2009.

SKLAIR, Leslie. **The Globalization of Human Rights.** In: WIDDOWS, Heather; SMITH, Nicola J. (Ed.). *Global Social Justice.* New York: Routledge, 2011, pp. 11-28.



ÁREAS DE PORTO ORGANIZADO NO BRASIL: CONFLITO JURISDICIONAL

ORGANIZED PORT AREAS IN BRAZIL: JURISDICTIONAL CONFLICT

Adilson Luiz Gonçalves¹

RESUMO: O artigo aborda o conflito jurisdicional existente no âmbito da relação porto-cidade, mais especificamente na cidade e porto de Santos/SP. Tal conflito decorre de interpretações sobre as atribuições constitucionais dos municípios para legislar sobre o uso e ocupação de seu território, e da União, quanto à definição de poligonais de portos organizados. Para tanto, o artigo está dividido em 3 capítulos. O Capítulo 1 discute as atribuições constitucionais da União e dos municípios, e aspectos do Estatuto da Cidade. No Capítulo 2, aborda-se a relação porto-cidade, confrontando a legislação urbanística municipal com o marco regulatório do sistema portuário nacional. O capítulo 3 trata da questão da definição das poligonais de portos organizados, com destaque para o Porto de Santos, principal complexo portuários do Brasil, administrado diretamente pelo Governo Federal, e seu impacto na prerrogativa constitucional do município de legislar sobre seu território. Nesse capítulo, é apresentada a tese de que as áreas de portos organizados, uma vez definidas as poligonais, passam a ser consideradas territórios federais, o que configura inconstitucionalidade. As considerações finais propõem que a solução para evitar conflitos na relação porto-cidade está no planejamento urbano-portuário conjunto.

Palavras-chave: porto organizado; poligonal; Constituição Federal; Estatuto da Cidade; relação porto-cidade; conflito jurisdicional.

ABSTRACT: The article addresses the existing jurisdictional conflict within the scope of the port-city relationship, more specifically in the city and port of Santos/SP. This conflict stems from interpretations of the constitutional attributions of municipalities to legislate on the use and occupation of their territory, and of the Union, regarding the definition of polygons of organized ports. Therefore, the article is divided into 3 chapters. Chapter 1 discusses the

¹ Mestre em Educação pela Universidade Católica de Santos (UNISANTOS), em 2008. Linha de Pesquisa 2: Formação do Educador - Dimensão Político-Pedagógica, com projeto de pesquisa no âmbito de uso de tecnologias e interfaces entre o ensino presencial e a distância. Ex-Coordenador e atual Pesquisador do Núcleo de Estudos Portuários, Marítimos e Territoriais – NEPOMT (<http://dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/6432935903924528>) da Universidade Santa Cecília (UNISANTA), com vários artigos publicados., bem como orientação de pesquisas de graduação relativas a logística, porto e relação porto-cidade. Coordenador no Núcleo Avançado ("Nodo Avanzado") da Asociación para la Colaboración entre Puertos y Ciudades (RETE), no Brasil, com sede na UNISANTA. Membro do Comitê Científico da RETE (www.retedigital.com). Membro do Comitê Editorial da Revista PortusPlus (ISSN 2039-6422). Revisor do Journal of Integrated Coastal Zone Management /Revista de Gestão Costeira Integrada da Universidade do Porto, Portugal (http://www.aprh.pt/rgci/index_eng.html, ISSN 1646-8872). Membro do Conselho Técnico da Fundação Centro de Excelência Portuária (CENEP/Santos). Membro do Conselho de Administração (CONSAD) da Autoridade Portuária de Santos ("Santos Port Authority" - SPA), para o biênio 2021-2023. Engenheiro Civil, graduado pela UNISANTA, em 1982. Curso de Pós-graduação em Construções e Obras Públicas no Institut Supérieur du Béton Armé, de Marselha, França, em 1986.



constitutional attributions of the Union and municipalities, and aspects of the City Statute. In Chapter 2, the port-city relationship is addressed, confronting municipal urban legislation with the regulatory framework of the national port system. Chapter 3 deals with the question of defining the polygons of organized ports, with emphasis on the Port of Santos, the main port complex in Brazil, directly managed by the Federal Government, and its impact on the constitutional prerogative of the municipality to legislate on its territory. In this chapter, the thesis is presented that the areas of organized ports, once the polygonal ones are defined, are considered federal territories, which configures unconstitutionality. The final considerations propose that the solution to avoid conflicts in the port-city relationship lies in joint urban-port planning.

Keywords: organized port; polygonal; Federal Constitution; City Statute; port-city relationship; jurisdictional conflict.

1 INTRODUÇÃO

A cidade de Santos, no Estado de São Paulo, é sede do principal complexo portuário do Brasil: o Porto de Santos, cujas instalações também abrangem áreas da cidade de Guarujá.

No caso do presente artigo, serão abordados aspectos relativos a conflitos entre a legislação de uso e ocupação do solo da cidade de Santos e a Lei Federal nº 12.815/2013, que rege o sistema portuário nacional.

Para tanto foi utilizada revisão bibliográfica, considerando as legislações pertinentes, também se caracterizando como um estudo de caso, por sua especificidade. O artigo foi estruturado de maneira a inicialmente apresentar o arcabouço legal que o embasa, seguido de um histórico sobre a definição de áreas de poligonal de porto organizado que afetaram a cidade de Santos. As considerações finais sugerem uma forma de solucionar esses conflitos, bem como de evitar o surgimento de novos.

Quanto aos aspectos legais envolvidos, a Carta Magna emerge como fundamental.

A Constituição Federal de 1988 define, em seu Título III – Da Organização do Estado, Capítulo I – Da Organização Político-Administrativa, Art. 18, que:

[...]

§ 2º Os Territórios Federais integram a União, e sua criação, transformação em Estado ou reintegração ao Estado de origem serão reguladas em lei complementar.

§ 3º Os Estados podem incorporar-se entre si, subdividir-se ou desmembrar-se para se anexarem a outros, ou formarem novos Estados ou Territórios



Federais, mediante aprovação da população diretamente interessada, através de plebiscito, e do Congresso Nacional, por lei complementar.
[...] (BRASIL, 1988)

Portanto, a criação de um território federal não é discricionária do Poder Executivo, mas decorrente da vontade majoritária da população interessada, posteriormente consolidada por ato do Poder Legislativo.

A Carta Magna (BRASIL, 1988) define, em seu Capítulo V – Do Distrito Federal e dos Territórios, Seção II – Dos Territórios, Art. 33, § 1º que: “Os Territórios poderão ser divididos em Municípios, aos quais se aplicará, no que couber, o disposto no Capítulo IV deste Título”. O referido Capítulo IV fala sobre a composição administrativa dos Municípios

Já o Título IV – Da Organização dos Poderes, Capítulo I – Do Poder Legislativo, Seção II – Das Atribuições do Congresso Nacional, define:

Art. 48. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre:
[...]
V - limites do território nacional, espaço aéreo e marítimo e bens do domínio da União;
VI - incorporação, subdivisão ou desmembramento de áreas de Territórios ou Estados, ouvidas as respectivas Assembleias Legislativas;
[...] (BRASIL, 1988)

Também é importante relacionar o estabelecido no Capítulo III – Do Poder Judiciário, Seção I – Disposições Gerais:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
I - processar e julgar, originariamente:
[...]
f) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta;
[...]
p) o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade;
[...]
III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:
a) contrariar dispositivo desta Constituição;
b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.



d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

§ 1º A **arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição** (grifo nosso), será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

[...] (BRASIL, 1988)

No âmbito específico dos Territórios Federais, há que se destacar o disposto no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias:

[...]

Art. 14. Os Territórios Federais de Roraima e do Amapá são transformados em Estados Federados, mantidos seus atuais limites geográficos.

[...]

Art. 15. Fica extinto o Território Federal de Fernando de Noronha, sendo sua área reincorporada ao Estado de Pernambuco. (BRASIL, 1988)

Ou seja, até a data de produção do presente artigo, não há territórios federais no Brasil. Como já mencionado, territórios dependem de manifestação da população interessada, via plebiscito e lei complementar.

Também é importante lembrar que o território dos municípios é definido por perímetros e áreas superficiais planas que constam nas descrições disponíveis no sítio do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE, 2022). Mas há que se ressaltar que existem áreas consideradas bens da União, a saber:

Art. 20. São bens da União:

I - os que **atualmente lhe pertencem e os que lhe vierem a ser atribuídos** (grifo nosso);

II - as terras devolutas indispensáveis à defesa das fronteiras, das fortificações e construções militares, das vias federais de comunicação e à preservação ambiental, definidas em lei;

III - os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais;

IV as ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países; as praias marítimas; as ilhas oceânicas e as costeiras, excluídas, destas, as que contenham a sede de Municípios, exceto aquelas áreas afetadas ao serviço público e a unidade ambiental federal, e as referidas no art. 26, II;

V - os recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva;



- VI - o mar territorial;
- VII - os terrenos de marinha e seus acrescidos;
- VIII - os potenciais de energia hidráulica;
- IX - os recursos minerais, inclusive os do subsolo;
- X - as cavidades naturais subterrâneas e os sítios arqueológicos e pré-históricos;
- XI - as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios. (IBGE, 2022)

Também é escusado reiterar o Art. 48., segundo o qual cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, definir os limites do território nacional, espaço aéreo e marítimo e bens do domínio da União, além da incorporação, subdivisão ou desmembramento de áreas de Territórios ou Estados, ouvidas as respectivas Assembleias Legislativas (Incisos V e VI).

2 COMPETÊNCIAS DA UNIÃO DOS MUNICÍPIOS NO ÂMBITO TERRITORIAL

2.1 A Constituição Federal

Segundo a Constituição Federal, em seu Art. 21:

Art. 21. Compete à União:

[...]

IX - elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social;

[...]

XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

[...]

f) **os portos marítimos, fluviais e lacustres** (grifo nosso);

[...]

XX - instituir **diretrizes para o desenvolvimento urbano** (grifo nosso), inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos;

[...]

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

[...]

II – **desapropriação** (grifo nosso);

[...]

X - **regime dos portos** (grifo nosso), navegação lacustre, fluvial, marítima, aérea e aeroespacial;

[...]

Parágrafo único. **Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo** (grifo nosso). (BRASIL, 1988)

A Carta Magna também define competências comuns aos três níveis de governo:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

I - zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público;



[...]

Parágrafo único. Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o **equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional** (grifo nosso).

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

I – **direito** (grifo nosso) tributário, financeiro, penitenciário, econômico e **urbanístico** (grifo nosso);

[...]

§ 1º **No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais** (grifo nosso).

§ 2º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.

[...]

§ 4º **A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário** (grifo nosso). (BRASIL, 1988)

No que se refere aos Municípios:

Art. 30. Compete aos Municípios:

I - legislar sobre assuntos de interesse local;

II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;

[...]

IV - criar, organizar e suprimir distritos, observada a legislação estadual;

[...]

VIII - **promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano** (grifo nosso);

[...] (BRASIL, 1988)

A risco ou efetividade de conflito jurisdicional emerge, no caso de cidades portuárias pela possibilidade de interpretação das competências.

Resumindo, é de competência da União: “elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social”, e “explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão” portos; instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano; e, privativamente dela: legislar sobre desapropriações, regime de portos e direito urbanístico, porém, limitada ao estabelecimento de normas gerais. Aos Municípios compete a definição do ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano.

No caso específico de bens federais, sua gestão cabe à Secretaria de Coordenação e Governança do Patrimônio da União (SPU), atualmente subordinada ao Ministério da Economia. No entanto, esses bens estão localizados em municípios, os quais são responsáveis



por determinar os usos e ocupações de solo de seu território, sendo que cabe a eles, à União e aos Estados buscar equilíbrio entre desenvolvimento e bem-estar em âmbito nacional.

O desejado equilíbrio pode ser prejudicado quando o poder discricionário de desapropriar bens de outrem ou de destinar bens da União para usos incompatíveis com o ordenamento territorial elaborado pelo Município, que tem essa prerrogativa constitucional.

Esse risco pode ser evitado pelo planejamento urbano-portuário conjunto, caso da definição de poligonais de portos organizados, tema do presente artigo.

2.2 O Estatuto da Cidade

A Constituição Federal estipula em seu Capítulo II – Da Política Urbana:

Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes (grifo nosso).

§ 1º **O plano diretor** (grifo nosso), aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, **é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana** (grifo nosso). (BRASIL, 1988)

A Lei nº 10.257/2001 (BRASIL, 2001), denominada Estatuto da Cidade, regulamentou o Art. 182 da Constituição Federal:

Art. 1º Na execução da política urbana, de que tratam os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, será aplicado o previsto nesta Lei.

Parágrafo único. Para todos os efeitos, esta Lei, denominada Estatuto da Cidade, **estabelece normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental** (grifo nosso).

Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:

I – garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações;

II – gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano (grifo nosso);

III – cooperação entre os governos, a iniciativa privada e os demais setores da sociedade no processo de urbanização, em atendimento ao interesse social (grifo nosso);

IV – planejamento do desenvolvimento das cidades, da distribuição espacial da população e das atividades econômicas do Município e do território sob sua área de



influência, de modo a evitar e corrigir as distorções do crescimento urbano e seus efeitos negativos sobre o meio ambiente;

[...]

VI – ordenação e controle do uso do solo, de forma a evitar:

- a) **a utilização inadequada dos imóveis urbanos** (grifo nosso);
- b) **a proximidade de usos incompatíveis ou inconvenientes** (grifo nosso);
- c) o parcelamento do solo, a edificação ou o uso excessivos ou inadequados em relação à infra-estrutura urbana;
- d) **a instalação de empreendimentos ou atividades que possam funcionar como polos geradores de tráfego, sem a previsão da infra-estrutura correspondente** (grifo nosso);
- e) a retenção especulativa de imóvel urbano, que resulte na sua subutilização ou não utilização;
- f) a deterioração das áreas urbanizadas;
- g) a poluição e a degradação ambiental;
- h) a exposição da população a riscos de desastres.

[...]

IX – justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização;

X – adequação dos instrumentos de política econômica, tributária e financeira e dos gastos públicos aos objetivos do desenvolvimento urbano, de modo a privilegiar os investimentos geradores de bem-estar geral e a fruição dos bens pelos diferentes segmentos sociais;

[...]

XIII – audiência do Poder Público municipal e da população interessada nos processos de implantação de empreendimentos ou atividades com efeitos potencialmente negativos sobre o meio ambiente natural ou construído, o conforto ou a segurança da população;

[...]

XVI – isonomia de condições para os agentes públicos e privados na promoção de empreendimentos e atividades relativos ao processo de urbanização, atendido o interesse social.

[...] (BRASIL, 2001)

Uma vez mais, o risco de não atendimento dessas premissas pode ser evitado pelo planejamento urbano-portuário conjunto, no caso da definição de poligonais de portos organizados.

Segundo o Estatuto da Cidade (BRASIL, 2001), compete à União legislar sobre normas gerais de direito urbanístico e sobre as normas de cooperação com os demais entes federativos.

A União pode desapropriar mediante Declaração de Utilidade Pública (DUP) terrenos públicos, estaduais e municipais, e privados. O problema não está nessa prerrogativa, mas no uso e ocupação de solo pretendido estar em desacordo com a legislação municipal. Nesse caso, tal procedimento unilateral tende a configurar prática de autoritarismo.



Seguem as definições legais de porto organizado e de poligonal de porto organizado:

Art. 2º Para os fins desta Lei, consideram-se:

I - porto organizado: bem público construído e aparelhado para atender a necessidades de navegação, de movimentação de passageiros ou de movimentação e armazenagem de mercadorias, e cujo tráfego e operações portuárias estejam sob jurisdição de autoridade portuária;

II - **área do porto organizado: área delimitada por ato do Poder Executivo que compreende as instalações portuárias e a infraestrutura de proteção e de acesso ao porto organizado (grifo nosso); [...]** (BRASIL, 2013)

A área delimitada do porto organizado é a poligonal, sendo que o Minfra (2023) deixa isso claro: “As poligonais são uma representação em mapa, carta ou planta dos limites físicos da área do porto organizado, espaço geográfico onde a autoridade portuária detém o poder de administração do porto público”.

Pela Lei Federal nº 12.815/2013 (o que também valia para a Lei Federal nº 8.630/1993), a definição das poligonais de portos organizados é atribuição do Governo Federal, porém, somente a partir desse procedimento é que passa a valer o poder de administrar o porto público.

No caso de destinação de área da União para atividade incompatível com a legislação urbanística municipal. Ambos os casos poderiam ser considerados como estabelecimento de território federal, sem respeitar o estabelecido na constituição, ou seja, mediante plebiscito junto à população interessada e aprovação de lei.

O equilíbrio entre o desenvolvimento e o bem-estar depende da conciliação entre os interesses da União, em nível geral, e dos municípios, em nível local.

Com base nas normas gerais estabelecidas pela legislação federal, cabe aos municípios elaborarem seus instrumentos legais, especialmente:

Art. 4º Para os fins desta Lei, serão utilizados, entre outros instrumentos:

[...]

III – planejamento municipal, em especial:

a) plano diretor;

b) disciplina do parcelamento, do uso e da ocupação do solo;

c) zoneamento ambiental;

[...]

g) planos, programas e projetos setoriais;

h) planos de desenvolvimento econômico e social;



- [...]
 f) instituição de zonas especiais de interesse social;
 [...]

 t) demarcação urbanística para fins de regularização fundiária;
 [...]

 VI – [...] estudo prévio de impacto de vizinhança (EIV).
 [...] (BRASIL, 2001)

3 RELAÇÃO PORTO-CIDADE

Os portos estão localizados em territórios municipais, pois os dados disponíveis no sítio do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) não os delimitam. Assim, não se pode considerá-los independentemente das cidades, por mais distanciados que sejam de áreas urbanas e, ainda mais, quando lindeiros a estas. No mais, como já visto, embora a Constituição preveja a possibilidade de territórios federais, não existe esse tipo de ente no Brasil.

Daí a importância da Relação Porto-Cidade, expressão adotada internacionalmente, a qual passou a analisar essa complexa coexistência/convivência, e suas especificidades.

As cidades portuárias sempre tiveram especial destaque na História, por sua condição estratégica, cosmopolita, comercial e política, pois, além de mercadorias e gentes, sempre foram “portas” de entrada e saída de ideias.

No mais, não há como dissociar cidades e portos, por razões econômicas, sociais e ambientais.

A definição de poligonais de portos organizados é comum a todos os complexos portuários público nacionais. No caso do presente artigo, será abordado o caso da cidade portuária de Santos, por sua relevância no contexto nacional.

Destaque-se que o modelo de exploração portuária adotado no Brasil até a data de elaboração deste artigo é o *landlord*. Segundo o *Public-Private Infrastructure Advisory Facility* (PPIAF, 2022), entidade mantida pelo Banco Mundial, esse modelo é caracterizado por sua orientação mista público-privada, no qual a autoridade portuária atua na administração e como senhorio, enquanto as operações portuárias (especialmente a movimentação de carga)



são realizadas por empresas privadas. O modelo *landlord port* foi adotado no Brasil a partir da Lei nº 8.630/1993 (BRASIL, 1993).

Atualmente, o sistema portuário nacional é regido pela Lei nº 12.815/2013 (BRASIL, 2013). Segundo ela:

Art. 2º Para os fins desta Lei, consideram-se:

I - porto organizado: bem público construído e aparelhado para atender a necessidades de navegação, de movimentação de passageiros ou de movimentação e armazenagem de mercadorias, e cujo tráfego e operações portuárias estejam sob jurisdição de autoridade portuária;

II - **área do porto organizado: área delimitada por ato do Poder Executivo** (grifo nosso) que compreende as instalações portuárias e a infraestrutura de proteção e de acesso ao porto organizado;

[...] (BRASIL, 2013)

A legislação define como atribuição do Governo Federal a delimitação da área do porto organizado, porém, não define limites para tanto, deixando dúvidas, tais como:

- **A área do porto organizado, sendo definida livremente pelo Governo Federal, caracteriza um território federal?**
- **Expansões de áreas de porto organizado, mesmo que em áreas da União, não caracterizam conflitos com a legislação municipal de uso e ocupação do solo, retirando das cidades a prerrogativa definida no Estatuto da Cidade?**
- **Quando a SPU é solicitada a destinar um terreno a ente particular ou público, pessoa física ou jurídica, há exigência de que estes apresentem, previamente, atestado de que o uso e ocupação previstos estão conformes com a legislação municipal de uso e ocupação do solo, como condição para efetivar a cessão?**
- **As Declarações de Utilidade Pública (DUPs) de áreas levam em consideração as legislações municipais de uso e ocupação do solo?**

O tema é amplo, complexo e delicado, por envolver interesses múltiplos, estratégicos: econômicos, sociais, ambientais e, sobretudo, jurisdicionais. Nesse sentido, a legislação nacional tem favorecido interpretações de múltiplos matizes.

De fato, a Constituição prevê a competência da União em explorar os portos marítimos, fluviais e lacustres, mas isso não implica que essa exploração prejudique a união



entre entes federativos e o respeito ao poder que emana do povo, preconizados no Art. 1º da Carta Magna.

A Art. 22 define a competência privativa da União para legislar sobre o regime de portos.

Segundo o Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa, regime é: “Forma de governar, administrar, reger ou dirigir” (MICHAELIS, 2022).

O presente artigo não aborda a forma como as poligonais são definidas, mas a maneira como são administradas.

O motivo dessa preocupação é o risco de que qualquer ampliação da poligonal implique em perda da prerrogativa constitucional dos municípios em legislar sobre o uso e ocupação do solo, mesmo considerando apenas terrenos da União, potencializando ocupações incompatíveis com o entorno, gerando novos conflitos na Relação Porto-Cidade.

A Secretaria do Patrimônio da União (SPU) dispõe de informações sobre a ocupação e terrenos da União, por pessoa física ou jurídica, independentemente da modalidade (Foro, Concessão Especial de Uso para Fins de Moradia - CUEM, Concessão de Direito Real de Uso - CDRU, Cessão, Autorização de Uso etc.) (SPU, 2022).

No item “Obter Autorização de Obras em Imóvel da União” (Disponível em: <https://sistema.patrimoniode todos.gov.br/#/requerimentoAutorizacaoObras?servico=30>. Acesso em: 03 Abr. 2023), foi constatado que o nele disposto vale para pessoas físicas ou jurídicas.

Caso haja remissão de foro, ou seja, aquisição de terreno da União por pessoa física ou jurídica, não há dúvida de que a ocupação do solo ficará sujeita à legislação urbanística municipal. O Governo Federal é pessoa jurídica, portanto, isso também deve valer para áreas de poligonais de portos organizados, ou aquelas que o Governo Federal tenha intenção de a elas agregar.



O fato da Lei Federal nº 12.815/2013 atribuir ao Governo Federal a definição das poligonais de portos organizados e a gestão dos complexos portuários públicos não pode se sobrepor ao regramento definido pela SPU para a ocupação de terrenos da União. Não se pode exigir de outrem aquilo que não se cumpre.

O requerimento formal para solicitação dessa autorização (Disponível em: <https://sistema.patrimoniode todos.gov.br/#/requerimentoAutorizacaoObras?servico=30>. Acesso em: 03 Abr. 2023), inclui informação sobre dados cadastrais do requerente, seja pessoa física ou jurídica, e apresentação de documentação, com destaque para: “Comprovação de prévia autorização dos órgãos federais, estaduais e **municipais** (grifo nosso) competentes para a realização da obra”.

Ora, no caso específico de áreas de poligonal de portos organizados, há dois aspectos a analisar: o uso (zoneamento municipal) e ocupação (o que se pode implantar) do solo. A autorização de uma obra pelo Município é subordinada à conformidade com o zoneamento da área onde se pretende construí-la. Partindo dessa premissa, em tese, a SPU não poderá acatar o pedido do requerente, se não houver autorização prévia do município, independentemente das manifestações dos outros níveis de governo. Se isso vale para particulares, também não vale para a própria União? Se a União ignorar manifestação contrária do Município, e autorizar a ocupação pretendida, com ou sem utilização do recurso de Declaração de Utilidade Pública, não estaria caracterizada uma intervenção federal no Município?

Sobre intervenção federal, a atual Carta Magna dispõe o seguinte:

Art. 34. **A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para** (grifo nosso):

[...]

IV - garantir o livre exercício de qualquer dos Poderes nas unidades da Federação (grifo nosso);

[...]

VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais (grifo nosso):

[...]

c) **autonomia municipal** (grifo nosso);

[...] (BRASIL, 1988)



No caso da definição de áreas de poligonal de portos organizados, os itens IV e VII, inciso “c” têm gerado conflitos, na medida em que a União alega ter a prerrogativa de gerir o sistema portuário nacional, enquanto a autonomia municipal envolve a competência para definir a legislação de uso e ocupação do solo.

O Art. 34, dessa forma, permite que a União intervenha para garantir o princípio constitucional da autonomia municipal. Mas não é o que tem ocorrido, no caso da definição de poligonais de porto organizado, tendo o caso do Porto de Santos como referência.

4 POLIGONAIS DO PORTO ORGANIZADO DE SANTOS – HISTÓRICO RECENTE

Recordando: o Porto de Santos foi concedido à operador privado (Companhia Docas de Santos – CDS), entre 1890 e 1980. Após findo o prazo de concessão, o Porto de Santos passou a ser administrado pelo Companhia Docas do Estado de São Paulo (CODESP), empresa estatal.

Isto posto, segue o histórico recente da Poligonal do Porto Organizados de Santos.

4.1. Poligonal de 2002

Definida pelo Decreto nº 4.333/2002 (BRASIL, 2002), a poligonal do Porto Organizado de Santos, ao contrário dos demais portos relacionados, não incluiu a definição de vértices com coordenadas:

Art. 2º A área do Porto Organizado de Santos, no Estado de São Paulo, é constituída:

I - pelas instalações portuárias terrestres existentes na margem direita do estuário formado pelas Ilhas de São Vicente e de Santo Amaro, desde a Ponta da Praia até a Alamoia e, na margem esquerda, desde as Ilhas de Barnabé até a embocadura do Rio Santo Amaro, abrangendo todos os cais, docas, pontes, piers de atracação e de acostagem, armazéns, pátios, edificações em geral, vias internas de circulação rodoviárias e ferroviárias e, ainda, os terrenos ao longo dessas faixas marginais e em suas adjacências, pertencentes à União, incorporados ou não ao patrimônio do Porto de Santos, ou sob sua guarda e responsabilidade, incluindo-se também a Usina Hidrelétrica de Itatinga e a faixa de domínio de suas linhas de transmissão;

II - pela infra-estrutura de proteção e acesso aquaviário, tais como áreas de fundeio, bacias de evolução, canal de acesso até o **paralelo 23º 54' 48"S e áreas adjacentes a este até as margens das instalações terrestres do porto organizado** (grifo nosso), conforme definido no inciso I deste artigo,



existentes ou que venham a ser construídas e mantidas pela Administração do Porto ou por órgão do Poder Público.

Parágrafo único. **A Companhia Docas do Estado de São Paulo - CODESP fará a demarcação em planta da área definida neste artigo (grifo nosso).** (BRASIL, 2002)

O resultado dessa demarcação é apresentado na Figura 1.

Figura 1 – Área do Porto Organizado de Santos – 2002.



Fonte: SPA (Adaptada pelo Autor).

O inciso I inclui: “[...] terrenos ao longo dessas faixas marginais e em suas adjacências, pertencentes à União, incorporados ou não ao patrimônio do Porto de Santos, ou sob sua guarda e responsabilidade [...]”.

O círculo tracejado na cor branca indica área da antiga pedreira que fornecia blocos para a construção dos primeiros trechos de cais do Porto de Santos. Essa pedreira era interligada ao porto por meio de linha férrea, a qual foi desativada em 1961. Assim, essa ligação não mais existia, seccionada por vias urbanas, com os terrenos remanescentes murados. Observa-se que tanto o terreno circunscrito, como a faixa da antiga linha férrea foram considerados como dentro dessa poligonal, cujo traçado foi critério exclusivo da CODESP, conforme definido no decreto.



4.2. Poligonal de junho/2020

A redefinição da Poligonal do Porto Organizado de Santos ocorreu somente em 2020. A Prefeitura de Santos colaborou com o Governo Federal em sua elaboração, disponibilizando recursos físicos e lógicos da Fundação Parque Tecnológico de Santos, além de pessoal técnico, de maneira a definir claramente os vértices da poligonal, eliminando a subjetividade da Poligonal de 2002.

Durante esse processo a Prefeitura de Santos pleiteou a retirada da área da antiga pedreira da poligonal.

A nova Poligonal foi definida pela Portaria nº 77, de 29 de junho de 2020, do Ministério da Infraestrutura (MINFRA, 2020), correspondente à área em vermelho da Figura 2. O Paralelo 23°54'48" S é indicado apenas como referência à poligonal anterior.

Figura 2 – Área do Porto Organizado de Santos – 2020 (parcial).



Fonte: MINFRA (Adaptada pelo Autor).



No entanto, ao tomar conhecimento da publicação oficial da nova Poligonal, a PMS constatou que, além do traçado ter sido alterado, incorporando novas áreas. O Governo Federal também havia mantido a área da antiga pedreira, porém, sem os terrenos remanescentes da antiga linha férrea que a interligava ao porto, desativada deste 1961. Ao menos, ficou ainda mais caracterizado que esse terreno não tem qualquer conexão direta como a área portuária, ao contrário de todas as demais.

Nessas circunstâncias, essa área poderia, quando muito, ser caracterizada como terminal retroalfandegado, subordinado à Receita Federal, e não à Autoridade Portuária de Santos.

Houve consulta e participação do Município na fase preliminar, mas sem efetiva conciliação entre o planejamento portuário e o urbano.

Antes da definição oficial da Poligonal do Porto Organizado de Santos, a Prefeitura de Santos e a Autoridade Portuária vinham negociando um termo de acordo, visando o compartilhamento da manutenção da Avenida Perimetral da Margem Direita do Porto de Santos, nos trechos onde há interface entre ela e vias urbanas. Era considerado o eixo da avenida, nesses trechos, para definir as áreas de intervenção de uma e outra administrações, considerando serviços de: manutenção de pavimento do sistema de drenagem e de calçadas; paisagismo, iluminação pública, sinalização viária e limpeza.

A inclusão da totalidade da Avenida Perimetral na Poligonal surpreendeu tanto a Prefeitura de Santos quanto a própria equipe técnica da Autoridade Portuária, que não tinha condições para atender as demandas de imediato.

4.3. Poligonal de janeiro/2022

Ainda em 2021, a SPA apresentou, sem consulta prévia às Prefeitura de Santos e Guarujá, uma proposta de alteração da Poligonal do Porto Organizado de Santos. Tal ocorreu no evento SPA DAY 2021 (SPA, 2021), realizado em Santos/SP, em 25/08/2021. A Figura 3 mostra a proposta apresentada durante o evento.



Figura 3 – Proposta de ampliação da Poligonal – SPA DAY 2021.

Fonte: SPA (2021).

Como pode ser visto, a proposta previa acréscimo de 6,1 km² de área terrestre à Poligonal, sendo que toda essa porção de território se encontra na parte continental da cidade de Santos.

Reiterando, essa proposta foi feita sem consulta ao Município. A alegação era de que as áreas incluídas pertenciam à União.

Como já visto, o Inciso II do Art. 2º da Lei Federal nº 12.815/2013 define área de porto organizado como: “área delimitada por ato do Poder Executivo que compreende as instalações portuárias e a infraestrutura de proteção e de acesso ao porto organizado”. Essa delimitação corresponde à poligonal. No caso, as áreas incorporadas, mesmo sendo da União, não se enquadram na definição do inciso, mas como destinadas à expansão territorial.

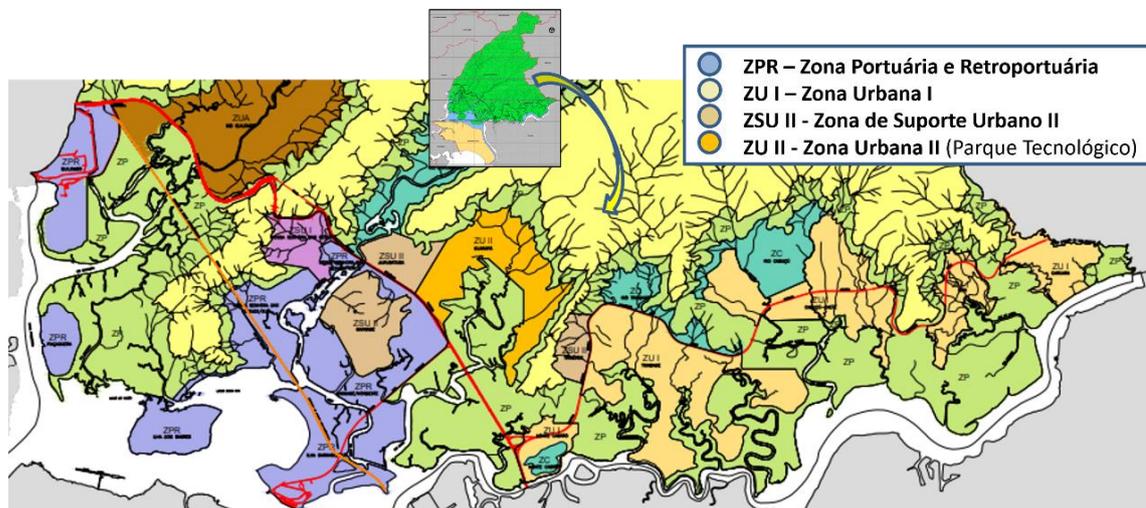
Assim sendo, não se pode administrar aquilo que ainda não existe.

Por serem da União, não implicam em desapropriação, porém, a SPU demanda anuência prévia do Município, para verificar se a ocupação prevista é compatível com a



legislação municipal de uso e ocupação do solo, o que não foi feito. Isto porque a área continental de Santos também dispõe de legislação de uso e ocupação do solo, a Lei Complementar nº 729/2011. Parte do mapa relativo a essa lei é apresentada na Figura 4, com destaque para as Zonas Portuárias e Retroportuárias (ZPR). E mesmo que haja compatibilidade, tanto no caso de áreas privadas como da União, pode haver necessidade de Declaração de Utilidade Pública (DUP), caso a área considerada esteja no âmbito da Lei Federal nº 11.428/2006 (“Lei da Mata Atlântica”).

Figura 4 – Excerto do zoneamento da área continental de Santos.



Fonte: PMS.

As ZPRs já preveem esse tipo de atividades, além de indústrias e plataformas logísticas. Mas, a incorporação de áreas à poligonal potencializa, pelo histórico anteriormente relatado, que o Governo Federal poderá ali dispor atividades indesejáveis, de parte do Município.

Há que se acrescentar que parte das áreas previstas na proposta de expansão feita pela SPA, era em Zonas de Preservação, assim definidas na LC nº 729/2011:

Art. 15. A Zona de Preservação – ZP é formada pelas áreas caracterizadas por abrigar ecossistemas do complexo florestal atlântico, nas quais as formações naturais permaneceram intactas ou apresentem pequena ou mínima intervenção humana.



Parágrafo único. Nesta Zona, de preservação de vida silvestre, além da proteção dos ecossistemas, serão protegidos os recursos genéticos, as populações tradicionais e o ambiente natural, com incentivo à educação, à pesquisa, ao uso técnico e científico. (PMS, 2011)

O entendimento da SPA continuou desconsiderando a legislação urbanística municipal, culminando com a publicação da Portaria nº 66, de 18 de janeiro de 2022 (MINFRA, 2022), que redefiniu a Poligonal do Porto Organizado de Santos.

Essa nova poligonal e apresentada na Figura 5.

Figura 5 – Poligonal do Porto Organizado de Santos de janeiro/2022.

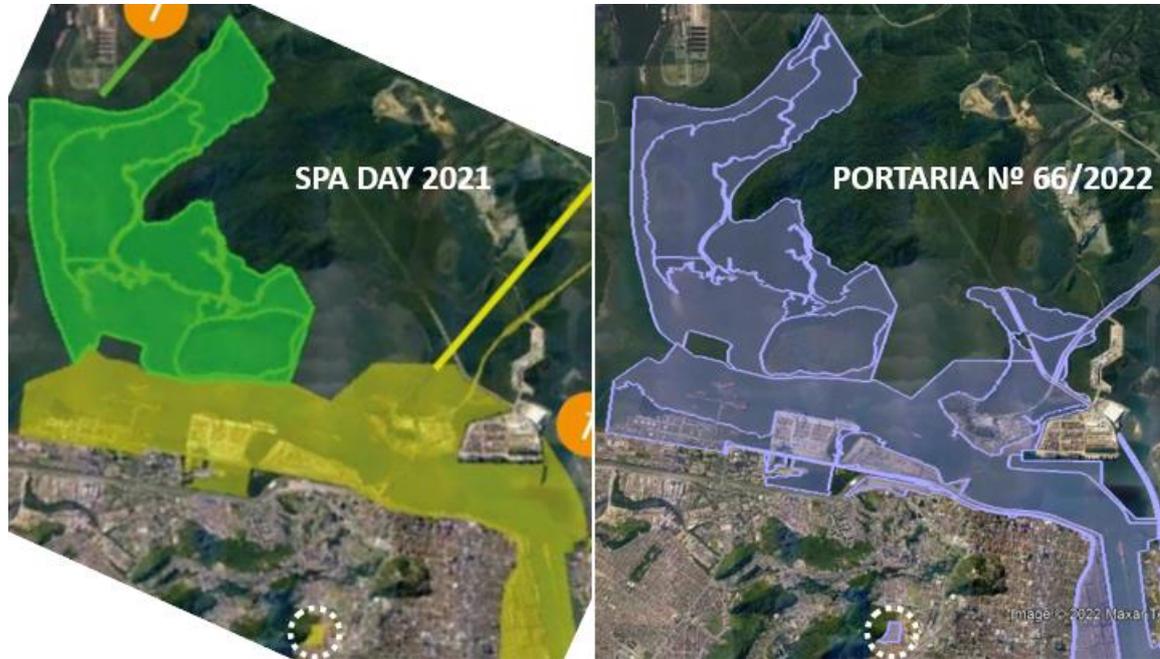


Fonte: MINFRA (2022).

Comparando a versão aprovada com a proposta apresentada no SPA DAY 2021, com ênfase nas áreas insular e continental de Santos, temos a Figura 6.



Figura 6 – Comparação entre a Poligonal proposta no SPA DAY 2021 e a definida pela Portaria nº 66/2022, do MINfra.



Fonte: SPA/MINFRA (2022, adaptada pelo Autor).

Como pode ser visto, a área foi, inclusive, ampliada na área continental de Santos, uma vez mais, sem consulta ao Município.

Aos questionamentos dos municípios de Santos e Guarujá, também se somaram os de Terminais de Uso Privado, cuja eventual expansão seria limitada pela nova configuração da Poligonal.

4.4. Poligonal de outubro/2022

Em função desses questionamentos, o Governo Federal fez nova revisão da Poligonal do Porto Organizado de Santos, porém, desta vez, mediante consulta pública prévia, aberta em 23/08/2022 e encerrada em 01/09/2022 (MINFRA, 2022). O material incluía: Memorial Descritivo da Área do Porto Organizado (APO); planta da APO; e a Nota Técnica nº 25/2022/CGPI-SNPTA/CGGI-SNPTA/DGMP/SNPTA.

A Nota Técnica nº 25/2022 trouxe uma importante inovação, convergente com as reivindicações do Município, ao mencionar o disposto no Despacho nº 10/2022/SNPTA,



segundo o qual o Secretário Nacional de Portos e Transportes Aquaviários, ao solicitar a instauração de procedimento tendente à revisão da área da Poligonal do Porto Organizado de Santos, enfatizou:

Cumprе destacar, preliminarmente, que **doravante somente levaremos a efeito alterações nas poligonais e nos Planos de Desenvolvimento e Zoneamento - PDZ dos portos organizados, mediante prévio procedimento de consulta pública** (grifo nosso), para o quê, deveremos ajustar nossos procedimentos e instrumentos normativos no sentido de contemplar tal condição, visando sobretudo evitar questionamentos a exemplo daqueles formulados por empresas que se sentiram prejudicadas com a alteração ocorrida de forma unilateral no curso do procedimento de desestatização do porto de Santos.

Ao promover a alteração no procedimento, passaremos, a meu juízo, a observar as melhores práticas de governança e transparência (grifo nosso). Cabe esclarecer, por oportuno, que referida demanda é proveniente do Gabinete do Ministro da Infraestrutura, sendo certo que se encontra devidamente aderente com a nossa linha de pensamento. Desta forma, solicito que sejam envidados esforços no sentido de adaptar o texto dos normativos carecedores de ajuste. (MINFRA, 2022)

A adoção de consulta pública prévia nos casos de alterações de poligonais e PDZs vem se somar a recomendação idêntica aos Planos Mestres, feita no Acórdão nº 778/2016 – TCU – Plenário (TCU, 2016). Ele se referiu ao processo de elaboração do Plano Mestre do Porto de Santos, como vinha sendo desenvolvido até o ano de 2015.

A auditoria que embasou esse Acórdão justificou:

255. Portanto, a forma como foi tratada a relação Porto-Cidade no atual processo de elaboração do Plano Mestre do Porto de Santos, sem levar em consideração os planos dos municípios afetados pelo porto e sem possibilitar a participação efetiva dos municípios no processo, pode trazer diversos efeitos nocivos ao planejamento portuário, como por exemplo:

- risco de futura judicialização, dificultando a implementação do planejamento;
- desconsideração de áreas previstas no zoneamento do município como alternativas de expansão do porto no Plano Mestre;
- baixa participação dos municípios no processo de elaboração do Plano Mestre;
- definição de diretrizes de um plano mestre que não refletem a realidade local podem distorcer o planejamento de investimentos das empresas atuantes do porto; e
- diminuição da percepção de legitimidade do plano pela comunidade local. (TCU, 2016)

A recomendação, nesse sentido, foi bastante objetiva e coerente:

257. Por todo exposto, a equipe de auditoria propõe recomendar a SEP/PR que promova as alterações necessárias para que a relação Porto-Cidade seja considerada estratégica e tratada desde o início do planejamento dos complexos portuários, com a efetiva compatibilização do planejamento portuário com os planos de desenvolvimento urbano dos municípios, assim como crie



mecanismos institucionais que permitam e facilitem a efetiva participação dos municípios no processo de elaboração dos planos mestres dos portos públicos (grifo original). (TCU, 2016)

O Voto do Ministro Relator também o foi, ao mencionar a conclusão dos auditores sobre a importância dos municípios e da Relação Porto-Cidade no processo de elaboração de planos:

17. Como resultado do cotejo, os auditores do TCU concluíram ser necessário assegurar a participação da comunidade portuária, da sociedade e dos municípios no processo de elaboração dos planos mestres, bem assim considerar a relação Porto-Cidade como aspecto estratégico do planejamento portuário (grifo nosso). (TCU, 2016)

E o Acórdão referendou esse voto, determinando que o Governo Federal:

9.3.4. promova as alterações necessárias para que a relação Porto-Cidade seja considerada estratégica e tratada desde o início do planejamento dos complexos portuários, com a efetiva compatibilização do planejamento portuário com os planos de desenvolvimento urbano dos municípios, assim como crie mecanismos institucionais que permitam e facilitem a efetiva participação dos municípios no processo de elaboração dos planos mestres dos portos públicos (grifo nosso); (TCU, 2016)

Aliás, isso deve ser regra e não uma decisão de governo; e não apenas uma consulta para cumprir formalidades legais, mas efetivamente uma construção participativa, proativa e colaborativa.

Voltando à revisão da poligonal, a Nota Técnica nº 25/2022 avaliou as solicitações de alterações indicadas pela SNPTA, e assim se manifestou, no que se refere a áreas terrestres nas porções insular e continental de Santos:

4.9.4. (iv) Ajuste em área que pertence a instalações privadas na região da Alemoa em razão de registro equivocado da SPU:

4.9.4.1. Segundo o Despacho nº 10/2022/SNPTA, a área referente ao "ANEXO 090 - Áreas lindeiras ao "Terreno na Alemoa - parte 1" é uma instalação privada e foi incluída na poligonal em razão de **registro equivocado da SPU** (grifo nosso). (MINFRA, 2022-1)

Embora não seja objeto de artigo, também era de conhecimento da PMS que a área 4 da Figura 7, embora inserida dentro dos limites da Poligonal do Porto Organizado de Santos desde o Decreto Federal nº 4.333/2002 (BRASIL, 2022), e mantida nas portarias editadas pelo MINFRA que o sucederam (MINFRA 2020 e 2022), havia sido destinada pela SPU à Justiça Federal, mediante Termo de Entrega. Daí a retirada dessa área da Poligonal.



A decisão de retirar essa área da Poligonal é emblemática, na medida em que mostra que um impasse entre poderes constitucionais (Executivo e Judiciário), houve compreensão de que um instrumento formal (um Termo de Entrega) foi determinante para a decisão.

No caso entre níveis diferentes de governo (federal e municipal), a atribuição constitucional dos municípios em legislar sobre o uso de seu território tem sido preterida em favor da prerrogativa da União, também prevista na Carta Magna, em gerir o sistema portuário nacional. Num caso como no outro, a definição da área das poligonais tem sido determinante nesse que pode ser considerado um conflito jurisdicional, sujeito, como já visto, a interpretações geralmente favoráveis ao Governo Federal, ignorando aspectos locais.

A área 3 da Figura 7 foi retirada para propiciar ajuste em traçado de linha férrea que permitirá acesso a futuro Terminal de Uso Privado. Parte dessa área também foi retirada, por conveniência da SNTPA, como será visto mais adiante.

Quanto à área 1 da Figura 7, a Nota Técnica afirma que, embora tenham sido identificados registros comprobatórios de que as áreas são de propriedade da União:

4.9.7.3. Nesse sentido, a decisão de retirar a área da poligonal tem relação direta com a conveniência e oportunidade do poder público em destinar determinada área para a exploração portuária ou não, o que ultrapassa a competência desta setorial técnica. (MINFRA, 2022-1)

É importante notar a menção feita pela Nota Técnica nº 25 ao Parecer nº 00158/2015/ASJUR/SEP/CGU/AGU, no que se refere à área às áreas 1 e 3 da Figura 7:

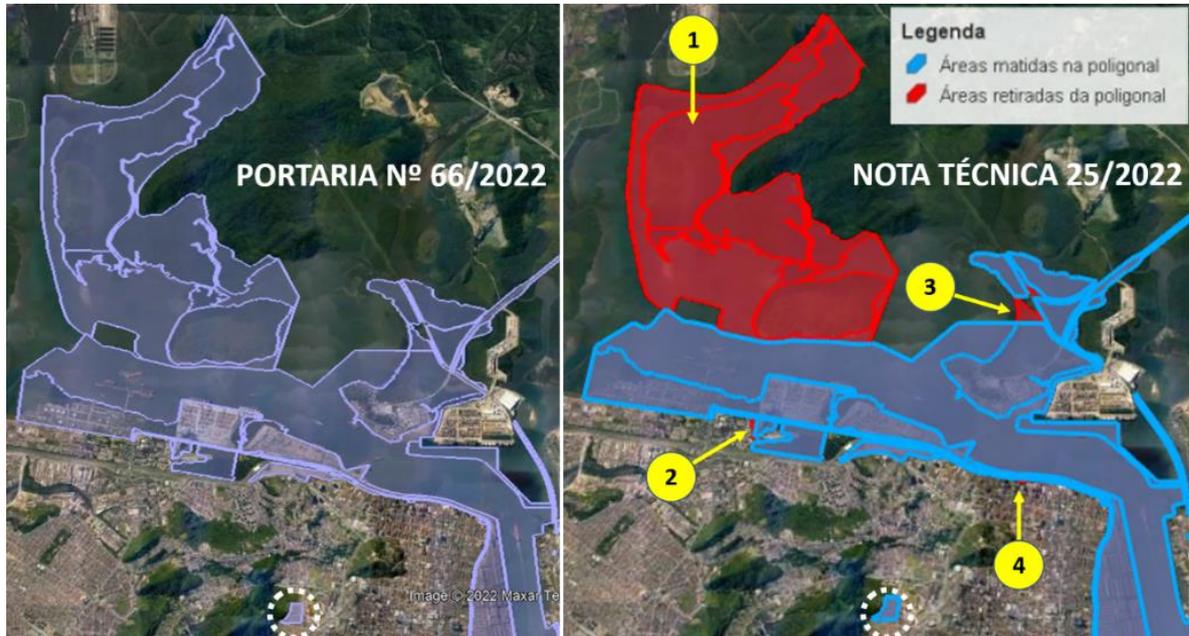
4.9.1.3. Nesse sentido, conforme destacado no Parecer nº 00158/2015/ASJUR/SEP/CGU/AGU, "**a inclusão ou exclusão de áreas dentro do porto organizado tem relação direta com a conveniência e oportunidade do poder público em destinar determinada área para a exploração portuária ou não.** Se a área está dentro dos limites do porto organizado e não possui, nem possuirá segundo o planejamento setorial, destinação portuária, a recomendação é que a mesma seja excluída da poligonal". (MINFRA, 2022-1)

Essa manifestação preocupa, na medida em que pressupõe que a União pode incluir áreas de forma discricionária. A preocupação decorre do argumento que tem sido alegado pelo MInfra, com recorrente suporte do STF e TCU, segundo o qual, em área de porto organizado, cabe ao Poder Concedente definir o tipo de atividade a ser desenvolvida. Nesse caso, estaria confirmada mais uma vez a tese de que áreas de porto organizado são tratadas



como território federal, com sua expansão podendo ser considerada como uma intervenção em território municipal.

Figura 7 – Proposta de alteração da Poligonal do Porto Organizado de Santos – outubro/2022.



Fonte: MINFRA (2022-1, adaptada pelo Autor).

A retirada da área 1 da Figura 7 também foi decorrente de questionamentos de Terminais de Uso Privado existentes ou em estudo, expressos durante a consulta pública., que consideram essa expansão da Poligonal (área *greenfield* inicialmente prevista como parte do processo desestatização da Autoridade Portuária de Santos) um potencial limitador à eventual ampliação de seus empreendimentos.

O fato é que, a retirada dessa área da poligonal e, conseqüentemente, do processo de desestatização da Autoridade Portuária de Santos, coincidiu com a inclusão da futura licitação dos terminais STS 10 (contêineres) e STS 53 (granéis sólidos) do Porto de Santos.

Em resumo, consultada pelo MInfra sobre as alterações propostas, a Prefeitura de Santos, que já havia alertado a SPA sobre potenciais problemas desde que havia tomado conhecimento da apresentação feita no SPA DAY 2021 (SPA, 2021), não fez objeções a



nenhuma. A única ressalva foi que a área da antiga pedreira foi mantida (área destacada pelo círculo tracejado branco).

Assim, em 07 de outubro de 2022, menos de dez meses depois da definição anterior, o MINFRA, por meio da Portaria nº 1.366/2022 redefiniu a Poligonal do Porto Organizado de Santos, que passou a ter a conformação da Figura 8, considerando especificamente seu traçado em áreas do Município de Santos.

Figura 8 – Poligonal do Porto Organizado de Santos – Outubro/2022.



Fonte: MINFRA (2022-2, adaptada pelo Autor).

O terreno da antiga pedreira permanece uma espécie de “nó górdio” e, a julgar pelo tratamento que o Governo Federal vem dando ao tema, com a “espada de Alexandre”, em vez de cortá-lo, parece defender os interesses da União.

O Governo Federal tem definido as poligonais de portos organizados de forma unilateral, inicialmente por Decreto do Poder Executivo e, mais recentemente, mediante Portarias Ministeriais. A expansão das poligonais tem sido considerada condicionante para



qualquer ocupação portuária, e o instrumento da Declaração de Utilidade Pública (DUP) é um recurso considerado facilitador desse processo, sendo a área da União, de ente federado ou privado. Mas, tanto uma como outra solução, consideradas como prerrogativas do Governo Federal, implicam, de fato, na supressão de território municipal, ainda mais quando o tipo de ocupação pretendido conflita com a legislação urbanística dos municípios. Isso vale para qualquer cidade portuária, potencializando conflitos que afetam negativamente a Relação Porto-Cidade.

Não consta que tais atitudes sejam consideradas como boas práticas.

Também é importante lembrar que, segundo a SPU, mesmo áreas da União, quando pessoa física ou jurídica (a União o é) pleiteia seu uso, devem ser submetidas à prévia anuência dos municípios.

Daí ser possível depreender que as áreas de poligonais de portos organizados, na forma como vem sendo concebidas e geridas, são consideradas território federal, porém, sem os pré-requisitos constitucionais exigidos, quais sejam: mediante aprovação da população diretamente interessada, através de plebiscito (e não de portarias ministeriais ou decretos do Poder Executivo); e do Congresso Nacional, por lei complementar, como estabelece o Art. 18, § 3º da Carta Magna de 1988.

Assim, sua expansão ou ocupação com atividades incompatíveis com os usos permitidos pela legislação urbanística municipal podem ser caracterizados como espécie de intervenção do Governo Federal nos municípios. O fato disso ocorrer somente após a expansão oficial da poligonal, reforça essa tese.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A definição de áreas de poligonais têm sido objeto de interpretações e judicializações, como relatado no presente artigo.

O Governo Federal tem alegado que a Medida Cautelar concedida a seu favor, pelo STF, relativa à ADPF nº 316/2014 (STF, 2014) - cujo mérito ainda não foi julgado em plenário, até a data de produção deste artigo - garante que a definição das atividades a serem



desenvolvidas na área de poligonais de portos organizados são prerrogativa do Poder Concedente, a União, em razão do disposto na Lei Federal nº 12.815/2013. No entanto, tal medida é justificada pela área em questão estar em Zona Portuária, segundo a legislação de uso e ocupação do solo da cidade de Santos. Assim sendo, esse entendimento não pode ser estendido a áreas não gravadas como zonas portuárias pelo Município, a menos que a legislação seja previamente adequada a esse fim.

Afora essa condição, esse entendimento contraria o disposto no Estatuto da Cidade, as exigências da Secretaria de Patrimônio da União e a própria Constituição Federal.

A legislação urbanística municipal define o uso e a ocupação do solo. Assim, a ocupação de áreas dentro das poligonais de portos organizados deve ser compatível com a legislação municipal. Para tanto, o ideal é que o sejam avaliados os impactos e riscos dessa ocupação em relação ao em torno, ainda mais quando urbano.

Com base nesse entendimento, **caso a Prefeitura retire áreas da Zona Portuária definida em sua legislação de uso e ocupação do solo, o Poder Concedente não poderia definir ocupações incompatíveis.**

Considerando as várias interpretações anteriormente relacionadas, o cenário permanece complexo, reforçado pela inclusão de áreas na Poligonal, em janeiro/2022, suprimidas em outubro do mesmo ano.

Nesse caso, especificamente, cabe destacar fala do Secretário Nacional de Portos e Transportes Aquaviários, Mário Povia, no evento da *American Association of Port Authorities* (AAPA), realizado em Santos/SP, em 28/11/2022, segundo a qual, é preciso pensar além da poligonal. Ou seja, a expansão das atividades portuárias e correlatas não implica necessariamente da inclusão de novas áreas na poligonal. Pelo contrário, considerando a burocracia estatal e os trâmites inerentes à legislação de licitações, é agregar mais impedâncias ao processo. **O ideal é que haja conjunção entre todos os níveis de governo, iniciativa privada e comunidade no planejamento e implantação de planos e projetos.**



Em suma, **tudo isso pode ser superado se o planejamento urbano portuário for feito de forma conjunta**, pois as atividades portuárias e correlatas são estratégicas em todos os níveis de governo.

Afinal, se coexistência é fato, sendo impossível dissociar cidade e porto, não importando qual surgiu primeiro, a sinergia entre esses entes é indispensável, por sua importância estratégica. Assim, **o aprimoramento e efetiva consolidação de uma Relação Porto-Cidade harmônica é basilar para o desenvolvimento sustentável local, regional e nacional.**

Cabe reiterar as seguintes perguntas:

- **Caso o município venha a alterar a legislação de uso e ocupação do solo, retirando áreas de zonas portuárias, em função do tipo de ocupação existente ser prejudicial ao ambiente urbano, prevalecerá o direito do Governo Federal manter ocupações incompatíveis com o novo uso permitido?**
- **O Governo Federal pode expandir a área da poligonal, seja em áreas da União ou desapropriadas, em áreas incompatíveis com a legislação municipal de uso e ocupação do solo? Em caso positivo, isso não constituirá invasão do Governo Federal na competência do Município de realizar o ordenamento territorial? Isso não caracteriza uma intervenção federal?**
- **A competência privativa do Governo Federal quanto ao regime de portos, sendo estes circunscritos às áreas de poligonais, as torna território federais, mesmo sem que ocorra plebiscito e lei complementar, como previsto na Constituição Federal?**

Por tudo o aqui exposto, é possível constatar que a legislação nacional permite interpretações, o que explica o atual quadro de instabilidade jurídica e regulatória no País, que vai bem além da mera suposição ou percepção. Esse contexto tem resultado em constantes judicializações de processos, com impactos negativos no desenvolvimento do Brasil, por mais sustentáveis que sejam os empreendimentos propostos. O resultado é a falta de atratividade a investimentos da iniciativa privada, que poderiam gerar mais e melhores empregos, redução da dependência externa e aumento da competitividade de produtos nacionais no comércio internacional, além de gerar tributos e compensações financeiras que viabilizariam programas sociais, inclusive habitacionais, e recursos para assegurar a recuperação e preservação ambiental de áreas hoje desprotegidas.



6 REFERÊNCIAS

BRASIL (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília/DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 Out. 2022.

_____ (1993). **Lei nº 8630, 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)**. Brasília/DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 17 Out. 2022.

_____ (2001). **Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001 - Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências (Estatuto da Cidade)**. Brasília/DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/at02011-2014/2013/lei/112815.htm. Acesso em: 17 Out. 2022.

_____ (2002). **Decreto nº 4.333, de 12 de agosto de 2002 - Regulamenta a delimitação das áreas do Porto Organizado de Fortaleza, Santos e Vitória, suas instalações, infraestrutura e planta geográfica**. Brasília/DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4333.htm. Acesso em: 17 Out. 2022.

_____ (2006). **Lei nº 11.428, de 22 de dezembro de 2006 - Dispõe sobre a utilização e proteção da vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica, e dá outras providências**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/at02004-2006/2006/lei/111428.htm. Acesso em: 03 Abr. 2023.

_____ (2013). **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; altera as Leis nºs 5.025, de 10 de junho de 1966, 10.233, de 5 de junho de 2001, 10.683, de 28 de maio de 2003, 9.719, de 27 de novembro de 1998, e 8.213, de 24 de julho de 1991; revoga as Leis nºs 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, e 11.610, de 12 de dezembro de 2007, e dispositivos das Leis nºs 11.314, de 3 de julho de 2006, e 11.518, de 5 de setembro de 2007; e dá outras providências**. Brasília/DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110257.htm. Acesso em: 17 Out. 2022.

IBGE (2022). **Conheça Cidades e Estados do Brasil**. Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/>. Acesso em: 13 Out. 2022.

MICHAELIS (2022). **Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa**. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/regime>. Acesso em: 19 Out. 2022.



MINFRA (2020). **Portaria nº 77, de 29 de junho de 2020 – Define a área do Porto Organizado de Santos, no Estado de São Paulo.** Brasília/DF. Disponível em: <https://www.portodesantos.com.br/wp-content/uploads/portaria-minfra-77-2020-define-a-area-do-porto-organizado-de-santos.pdf>. Acesso em: 16 Nov. 2022.

_____ (2022). **Portaria nº 66, de 18 de janeiro de 2022.** Disponível em: https://www.portodesantos.com.br/wp-content/uploads/portaria_minfra_66-2022_define_a_area_do_porto_organizado_de_santos.pdf. Acesso em: 21 Nov. 2022.

_____ (2022-1). **Nota Técnica nº 25/2022/CGPI-SNPTA/CGGI-SNPTA/DGMP/SNPTA, de 22 de agosto de 2022.** Brasília/DF. Disponível em: <https://www.gov.br/participamaisbrasil/revisao-area-porto-organizado-santos>. Acesso em: 21 Nov. 2022.

_____ (2022-2). **Portaria nº 1.366, de 07 de outubro de 2022.** Disponível em: <https://in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-1.366-de-7-de-outubro-de-2022-435208856>. Acesso em: 22 Nov. 2022.

_____ (2023). **Poligonais – Portos.** Disponível em: https://www.gov.br/infraestrutura/pt-br/assuntos/transporte_aquaviario/poligonais. Acesso em: 03 Abr. 2023.

PMS (2011). **Lei Complementar nº 729, de 11 de julho de 2011 – Disciplina o Ordenamento do Uso e da Ocupação do Solo na Área Continental do Município de Santos, e dá outras providências.** Disponível em: <https://egov.santos.sp.gov.br/legis/documents/3537>. Acesso em: 19 Dez. 2022.

PPIAF (2022). **Module 3 - Alternative Port Management Structures and Ownership Models.** Washington/DC. USA. Disponível em: https://ppiaf.org/sites/ppiaf.org/files/documents/toolkits/Portoolkit/Toolkit/module3/port_functions.html. Acesso em: 17 Out. 2022.

SPA (2021). **SPA DAY 2021.** Santos/SP. Disponível em: <https://www.portodesantos.com.br/wp-content/uploads/SPADay2021.pdf>. Acesso em: 21 Nov. 2022.

SPU (2022). **Obter autorização de obras em terreno da União.** Brasília/DF. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/servicos/obter-autorizacao-de-obras-em-imovel-da-uniao>. Acesso em: 01 Dez. 2022.

STF (2014). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental ADPF nº 316, de 24 de janeiro de 2014.** Superior Tribunal Federal – STF. Brasília/DF. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4520101>. Acesso em: 17 Out. 2022.



TCU (2016). **Acórdão nº 778/2016, de 03 de abril de 2016. Brasília/DF.** Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/KEY:ACORDAO-COMPLETO-1707564/NUMACORDAOINT%20asc/0. Acesso em: 18 Nov. 2022.



**AVERÍA GRUESA: PROPEDÉUTICA DE UN INSTITUTO DESDE LA TEORÍA Y
PRÁCTICA**

**AVARIA GROSSA: PROPEDÊUTICA DE UM INSTITUTO A PARTIR DA TEORIA E
DA PRÁTICA**

**GENERAL AVERAGE: PROPAEDEUTICS OF AN INSTITUTE FROM THEORY AND
PRACTICE**

Renato Pezoa Huerta¹
Vicente Ríos Urzúa²

RESUMO: El presente artículo provee una revisión concisa y sistematizada, desde la dogmática jurídica y la práctica, de la Avería Gruesa, considerando los factores de su construcción en torno a las Reglas de York & Amberes y sus elementos generales. A su turno, el presente trabajo corresponde a un segmento preliminar de la investigación desarrollada por los autores, en el capítulo V del libro “Breviario Práctico de Seguros Marítimos y de Gestión de Reclamaciones”, que se encuentra en proceso de publicación.

Palabras claves: avería gruesa; Reglas de York & Amberes; riesgos.

RESUMO: O presente artigo faz uma revisão concisa e sistematizada, a partir da dogmática e da prática jurídica, da Avaria Grossa, considerando os fatores de sua construção em torno das Regras de York e Antuérpia e seus elementos gerais. Por sua vez, o presente trabalho corresponde a um segmento preliminar da pesquisa desenvolvida pelos autores no capítulo V do livro "*Breviario Práctico de Seguros Marítimos y de Gestión de Reclamaciones*", que se encontra em processo de publicação.

Palavras-chave: avaria grossa; Regras de York e Antuérpia; riscos.

¹ Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas por la Universidad Bolivariana de Chile. MBA en Derecho Internacional por la Universidad Antonio de Nebrija, Madrid, España. Postulado en Derecho Marítimo por la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile, y en Seguros Marítimos y Riesgos Portuarios por la Escuela de Seguros de Chile y la Universidad de los Andes, Chile. Árbitro Internacional por el Centro Internacional de Arbitraje de la Cámara de Bélgica y Luxemburgo en el Perú (CIACBLP). Profesor de Derecho Marítimo en la Maritime Law Academy, Brasil. Corresponsal en Chile del The London Shipping Law Centre (LSLC) Reino Unido. Contacto: rph@almyp.com.

² Abogado, Licenciado en Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad Adolfo Ibáñez. LL.M. in Business Law, por la Universidad Adolfo Ibáñez, Chile, y Magíster en Derecho de Daños y Responsabilidad Civil de la Universidad de los Andes, Chile Estudios de posgrado en Derecho Administrativo, Derecho Económico y Derecho de Seguros. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Marítimo (Chile) y de la Association Internationale de Droit des Assurances (Chile). Editor del Boletín de Actualidad Jurídica del IIDM-Chile. Gerente de Asuntos Legales y Seguros en Liventus S.A. y ejerce libremente la profesión. Contacto: v.riosurzua@gmail.com.



ABSTRACT: This article provides a concise and systematised review, from legal dogma and practice, of General Average, considering the factors of its construction around the York & Antwerp Rules and its general elements. In turn, the present work corresponds to a preliminary segment of the research developed by the authors in chapter V of the book "Breviario Práctico de Seguros Marítimos y de Gestión de Reclamaciones", which is in the process of publication.

Keywords: General average, York & Antwerp Rules, perils of the sea.

1 CONTEXTO, HISTORIOGRAFÍA Y FUNDAMENTO JURÍDICO

La Avería Gruesa se configura bajo un contexto de sacrificio de uno de los intereses de la navegación para salvaguardar la generalidad de la expedición. En este sentido, la institución de la Avería Gruesa viene en fomentar la contribución de todos aquellos que se hubieren beneficiado a expensas del detrimento o pérdida que debió asumir, cualesquiera de aquellos, igualmente interesados en la exitosa culminación de la aventura marítima, pero que no pudo por determinada causa, arribar a buen puerto.

Barroilhet razona en torno a sus fundamentos, sobre la practicidad del instituto en comento, al expresar que en lugar de que cada interesado luche por salvar lo suyo y, a falta de un esfuerzo mancomunado, se arriesgue la pérdida de todo, se afronta organizadamente el peligro (bajo el mando del capitán, que es el jefe de la expedición) y lo que se pierda en ese intento, se soporta colectivamente entre los interesados que logran salvar sus pertenencias³. Al decir de Chami, la Avería Gruesa permite distribuir, entre los intereses que se aúnan en una aventura marítima, los gastos incurridos o los daños producidos para la seguridad común⁴. La Avería Común produce este efecto de crear un derecho y una obligación de contribución, en beneficio y a cargo de toda persona que está interesada en la expedición marítima⁵.

El caso clásico de echazón de carga (*jettison of cargo*) de la antigua Ley de Rhodia -el primer caso de Avería Gruesa del que se tiene registro- indica como principio fundamental de este instituto, que el reparto de sacrificios que se han impuesto intencionalmente a una parte en una aventura marítima común para salvar el barco y la carga restante, o cualquiera de ellos, debe ser asumida por todos. Así, la concepción absoluta del *res perit domino* como principio,

³ BARROILHET, C. **Derecho Marítimo**. Santiago de Chile: Librotecnia, 2016, p. 530.

⁴ CHAMI, D. **Curso de Derecho de la Navegación**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2022, p. 789

⁵ RIPERT, G. **Compendio de Derecho Marítimo**. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1954, p. 343.



o su equivalente *casus sentit dominus*, ha sido reemplazada en el comercio marítimo por un principio más equitativo, a saber, que la pérdida sufrida en beneficio de todos los que participan en la lucrativa aventura marítima, debe ser soportada por todos. Los peligros comunes a los que están expuestos un barco y su carga en el mar, asunto que los alemanes llaman *Gefahrengemeinschaft*⁶, conduce razonablemente a una "comunidad de intereses", siendo esta, en nuestra opinión, la base teórica más exitosa de la Avería Gruesa⁷.

Esta institución jurídica fue llamada originalmente por los griegos y los romanos como "ley de la echazón", a partir del ejemplo más simple de su ejercicio, el de arrojar mercancías por la borda para alijar el barco; y se estableció la regla de que, lo que se da en beneficio de todos debe ser compensado por la contribución de todos⁸.

2 CONCEPTO

El artículo 66(2) de la Marine Insurance Act 1906, define la Avería Gruesa de la siguiente manera:

Hay Avería Gruesa cuando se hace o incurre voluntaria y razonablemente en cualquier sacrificio o gasto extraordinario en tiempo de peligro con el fin de preservar los bienes en peligro en la aventura común.

Por su parte, la Regla A de las Reglas de York – Amberes, establecen que

Existe un acto de Avería Gruesa cuando, y solamente cuando intencionada y razonablemente se incurra en un gasto o se haga un sacrificio extraordinario para la salvación común con el objeto de preservar de un peligro la propiedad comprometida en una común aventura marítima.

En el Derecho Marítimo chileno, el Código de Comercio estatuye una definición que, en concepto de la doctrina⁹, refleja la médula de la institución: un sacrificio o un gasto (extraordinario e imprevisto) hecho para afrontar un peligro común a los intereses de la expedición marítima. Así, el artículo 1095 de dicho cuerpo legal, expresa que

⁶ GOURLIE, J. **General Average**. Philadelphia: Sherrerd's Printing House, 1881, pp.50-54

⁷ RIPERT, G. 1954, pp. 343-344.; y en este mismo sentido, WÜSTENDÖRFER, Hans. **Neuzeitliches Seehandelsrecht**. Tübingen: Karl F. Wede Verlag Hamburg, 1950. p. 376

⁸ LOWELL, J. **General Average: 'Qui Sentit Commodum Sentire Debet et Onus'** in Harvard Law Review. Oct. 25, 1895, Vol. 9, Nº 3, pp. 185-197.

⁹ BARROILHET, 2016, p. 528



Constituyen avería gruesa o común los sacrificios o gastos extraordinarios e imprevistos, efectuados o contraídos intencional y razonablemente, con el objeto de preservar de un peligro común a los intereses comprometidos en la expedición marítima.

De modo concluyente, la contribución a la Avería Gruesa se define como el aporte necesario, de todas las partes en una aventura marítima, para reparar la pérdida sufrida por una de ellas debido al sacrificio voluntario de parte del buque o de la carga de alguno de los interesados en la navegación, para salvar el resto, y las vidas de los que se encuentran a bordo de un peligro inminente; o para gastos extraordinarios necesariamente incurridos por una o más de las partes, para el beneficio general de todos los intereses embarcados en la empresa. Las pérdidas que dan derecho a la Avería Gruesa se dividen generalmente en dos grandes clases: Primero, las que resultan de sacrificios de una parte del buque o de una parte de la carga, efectuados a propósito y para evitar que toda la aventura perezca; y en segundo término, las que resultan de gastos extraordinarios efectuados en beneficio común del buque y de la carga¹⁰. La esencia de la Avería Gruesa es que constituye, en sí, una regla de equidad análoga a la de la contribución entre personas sujetas a una carga común, pero no vinculadas por un contrato *inter se*, y que se impone por ley a las partes¹¹, aunque autores como Brunetti, estiman que igualmente esta institución tiene como fuente al contrato¹².

Quizás la rama más intrincada del derecho marítimo se encuentra en las aplicaciones de la doctrina de la Avería Gruesa: y es que se intenta igualar, entre todos los intereses, los desembolsos, cargas y sacrificios en el curso del viaje. Si han surgido de la necesidad y se han contraído para la utilidad común, son comunes a todos. Esta comunidad, fundada en la necesidad, a menudo evocada en situaciones de angustia -cuyas doctrinas se encuentran muy desarrolladas en su declaración más antigua- ha dado lugar a muchas especulaciones sobre el origen de una práctica tan conveniente. Grocio consideraba la idea subyacente de la Avería Común, como una comunidad por necesidad, en tiempos de angustia, y veía en ella un

¹⁰ KENDALL, W; BOYKIN, N; HELLER, N. **The Law of General Average: Possible Consequences of a Resurgence of Acts of Piracy** in Transportation Journal. Penn State University Press. Vol. 50, nº2 (Spring 2011), p. 219

¹¹ LOWELL, J. 1895, p. 187

¹² BRUNETTI, Antonio. **Derecho Marítimo Privado Italiano**. Tomo III “Las Obligaciones”. Barcelona: Bosch, 1951, pp. 38-39



fragmento superviviente de la primitiva comunidad de bienes, de la que había surgido el derecho de propiedad. Como los hombres habían abandonado esta comunidad en su propio beneficio, dijo Grocio, "no es extraño que deban volver a ese estado por necesidad, que es más fuerte que la utilidad"¹³.

Los tres intereses contribuyentes en la Avería Gruesa son el buque, el flete y la carga. Sus relaciones y la rendición de cuentas entre estos coaventureros se comparan, metafóricamente en el Derecho Inglés, con tres turistas que realizan un viaje común. En la mayoría de los casos, los gastos comunes se reparten de forma que cada uno pague su cuota personal. Como esta liquidación suele tener lugar al final del viaje o cuando el grupo se separa, se dice que el prorrateo y la declaración de la Avería Común deben hacerse separando definitivamente estos intereses. Sin embargo, esta analogía de los tres turistas no puede asemejarse del todo a los tres intereses marítimos, ya que las facultades peculiares del buque, su ruta minada y su destino, distinguen y separan los derechos y deberes de su propietario de los de la carga pasiva. No obstante, se acepta la teoría general de que el lugar de destino previsto, si el buque lo alcanza, o donde el viaje puede interrumpirse por un desastre, es el lugar donde debe establecerse y liquidarse esta contabilidad. Sin embargo, y dado que las partes tienen derecho a recurrir en ese momento a los tribunales locales para rectificar cualquier injusticia o división, se deduce que la declaración y liquidación de dicha contribución debe regirse por la *lex loci* del puerto en el que finaliza el viaje¹⁴.

El viaje por mar, después de todo, sigue siendo una aventura peligrosa, aunque en menor medida, y nadie puede estar absolutamente seguro de su finalización exitosa y segura¹⁵. No obstante, puede decirse de inmediato que la Avería Gruesa se aplica muy bien cuando hay pocos intereses de carga, como en el caso de un petrolero, en la carga de hierro, o en los casos de carga seca a granel, como cereales donde un cargador usa en su totalidad, un barco. Los

¹³ Véase en este sentido, **Introduction to Dutch jurisprudence**, Book III, c. 33, § XVII., citado por PUTNAM, H. **General Average Liability with Cargo for Successive Ports** in Columbia Law Review. May, 1902, Vol.2, Nº5, pp. 275-282

¹⁴ PUTNAM, H. 1902, p. 276

¹⁵ VLACHOS, Sp. **Is Damage to Machinery Good in General Average?** in The American Journal of Comparative Law, Winter, 1960, Vol. 9, nº 1, pp. 104-112. Véase también, DE VALROGER, L. **Droit Maritime. Commentaire**. Paris: L. Larose et Forcel, 1886, §2021; y en este mismo sentido, DANJON, D. **Traité de Droit Maritime**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1913, §1218.



puntos de vista adversos se despiertan en algunos casos de carga de línea regular (*liners*), cuando cientos e incluso miles de bultos tienen que ser inspeccionados y valorados a efectos de prorrateo¹⁶.

3 ELEMENTOS EN QUE SE ERIGE LA AVERÍA GRUESA

Es pertinente, para efectos de un análisis sistemático, revisar los elementos que componen esta institución. Tales elementos son los siguientes: En primer lugar, un peligro común al buque y la carga; en segundo término, un acto voluntario y deliberado del capitán; En tercer lugar, un sacrificio; y finalmente, un resultado benéfico.

El objeto de mantener el buque y la carga alejados del riesgo común, es una de las más importantes esencialidades de la Avería Gruesa¹⁷. Si el buque no tiene carga ni lastre, no hay interés común. Por lo tanto, no puede haber Avería Gruesa. Y su peligro debe amenazar tanto al buque como a la carga. El peligro debe ser admitido incluso si no es inminente. Lo anterior, significa que tal peligro es, entonces, justificable porque no se debe esperar que el capitán emita una orden en el último momento, sino que debe actuar como un diligente *Magister Navis*, o sea, se le debe permitir ordenar y declarar lo que considere necesario, dentro de un margen deliberado y consciente en el curso de la navegación, de modo que el riesgo pueda reducirse o evitarse, y las posibilidades de una conclusión segura del viaje aumenten¹⁸. En cuanto a la naturaleza del peligro, este no debe ser hipotético y mucho menos imaginario¹⁹. Basta con que exista un germen de certeza y probabilidad por asuntos indiciarios, para que el capitán adopte las decisiones declarativas.

El acto declarativo debe derivar o provenir directamente de una orden que emane de la persona o sujeto al mando del barco, tal y como ocurrió en el caso *Ralli v. Troop*, donde las

¹⁶ KNAUTH, A. **The Survival of General Average. A Necessity or an Anachronism?** by K. S. Selmer in The American Journal of Comparative Law. Vol. 8, nº 1 (winter, 1959), pp. 95-96.

¹⁷ FUJIMOTO, K. **The Essentials of General Average** in The Annals of the Hitotsubashi Academy, October 1954, Vol. 5, nº1, p. 8

¹⁸ Ver en concreto, *Vlassopoulos v. British and Foreign Marine Ins. Co.* [1929] I.K.B. 187, donde Roche J. dijo: “sería muy negativo que los capitanes de los buques tuvieran que esperar a que se produjera ese estado de cosas para justificar la realización de cualquier acto que constituyera avería gruesa. También la Regla A de las Reglas de York y Amberes no exige que el peligro deba ser inmediato o presente”. Disponible en Lloyd’s List Intelligence sitio web: <https://www.i-law.com/ilaw/doc/view.htm?id=140954>

¹⁹ CHORLEY & GILES. **Shipping Law**. London: Pitman Publishing, 1952, p. 175



órdenes de declaración de Avería Gruesa fueron impartidas por las autoridades del puerto²⁰ y no necesariamente por el capitán. Esta persona suele ser el capitán como regla casi absolutamente general, pues así lo consagran la mayoría de las normas jurídicas que regulan la materia como ocurre en el Derecho Marítimo chileno, con el artículo 1097 de Código de Comercio, pero posiblemente también cualquier persona que lo sustituya y comanda el buque en el momento crítico, o haga las veces de este personero, deba hacerse cargo de deliberar conscientemente y adoptar una decisión voluntaria como la de marras. El acto, ya sea una ejecución o una abstención²¹, debe ser extraordinario, es decir, uno que no se tome en circunstancias normales, y debe ordenarse con el propósito de sacar el buque y la carga de un peligro común²².

Por sacrificio se entienden los daños que el casco o el motor o, más ampliamente, cualquiera de los aparejos del barco sufre como resultado del acto del capitán; o una parte de la carga que va a bordo de la nave. Es necesario establecer que el acto que motiva a la declaración de Avería Gruesa es la causa próxima del daño, sin la interferencia de ningún otro factor. El daño debe ser contemplado, aunque sólo sea vagamente, cuando se emite la orden, pero no es necesario que se prevea su alcance y naturaleza exactos²³.

Finalmente, por resultado beneficioso y exitoso, se comprende por tal el que, después de superado el riesgo, el peligro cesa y, por lo tanto, el buque como la carga y los fletes pueden tener la seguridad de que la aventura marítima puede continuar con normalidad desde el lugar en que oportunamente fue interrumpida por la declaración de Avería Gruesa. Para estos efectos, la propiedad tiene un significado amplio, y en su interpretación estricta, los bultos de correspondencia, el equipaje de los pasajeros, las joyas, la ropa, etc. también son reputados como propiedades²⁴. Como premisa, el sacrificio de uno de los intereses de la aventura marítima debe realizarse razonablemente, y los bienes de los demás afectados con el

²⁰ Véase en integridad, *Ralli v. Troop*, 157 U.S. 386 (1895) disponible en el sitio web: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/157/386/>

²¹ D'OIDIO, A.; PESCATORE, G. *Manuale di diritto della Navigazione*. Milan: Dott. A. Giuffrè Editore, 1969, §1674

²² THE HARVARD LAW REVIEW ASSOCIATION. *Admiralty. Torts. Application of General Average to Liability for a Tort Committed in Saving the Ship* in Harvard Law Review, Mar., 1916, Vol. 29, nº 5 p. 546

²³ SMEESTERS, C.; WINKELMOLEN, G. *Droit maritime et droit fluvial*. Belgique: F. Larcier, 1929, p. 457

²⁴ FUJIMOTO, K. 1954, p. 11



perigo deben salvarse efectivamente. En este punto, las leyes, usos y costumbres de los distintos países son prácticamente uniformes. En otras palabras, incluso después de declarada la Avería Gruesa, si el resto de los bienes, incluido el buque, se hunden, es decir, se pierden totalmente, y el resto de los propietarios no obtienen ningún beneficio por el desprendimiento experimentado por uno de los cargadores, por el armador, o por los desembolsos realizados, no se conjugarán los requisitos copulativos para que proceda en amplitud la declaración de Avería Gruesa.

4 SITUACIÓN JURÍDICA DEL BUQUE SIN FLETAR Y NAVEGANDO EN LASTRE

Cuando el buque navega en lastre y sin que medie un contrato de fletamento que le vincule con otra parte contractual, no existe un caso de Avería Gruesa propiamente tal, toda vez que sólo hay un interés, esto es, el del propietario de la nave (*shipowner*).

No obstante lo antedicho, y si el capitán ha debido incurrir en gastos o desembolsos constitutivos o reputados de Avería Gruesa, los aseguradores igualmente indemnizarán al armador sobre estos gastos o daños que hubiere sufrido o desembolsado a fin de preservar este único interés -el armatorial- liquidándose de conformidad a las Reglas de York y Amberes, pero excluyendo de su aplicación las reglas XI(d) sobre salarios y mantenimiento de la tripulación y otros gastos de puesta en y en un puerto de refugio, etc.; XX sobre provisión de fondos, y XXI sobre intereses sobre las pérdidas abonadas en Avería Gruesa. Así las cosas, se ha insertado en la *Institute Time Clauses-Hulls 95'*, la regla 10(3) que establece:

Cuando el buque navegue en lastre, no en régimen de fletamento, se aplicarán las disposiciones de las Reglas de York-Amberes (excluidas las Reglas XI(d), XX y XXI), y a estos efectos se considerará que el viaje continúa desde el puerto o lugar de salida hasta la llegada del buque al primer puerto o lugar posterior que no sea un puerto o lugar de refugio o un puerto o lugar de escala únicamente para aprovisionamiento de combustible. Si en cualquiera de dichos puertos o lugares intermedios se abandona la aventura originalmente prevista, el viaje se considerará terminado.

Por esta cláusula se comprometen, en definitiva, los aseguradores a indemnizar los gastos o daños de naturaleza de Avería Gruesa que caigan dentro de las Reglas de York y Amberes, con la única salvedad de que no se abonará la comisión ni los intereses que se



estipulan en las Reglas XI(d), XX y XXI. Esta nueva cláusula es, desde luego, muy beneficiosa para los armadores.

5 TRATAMIENTO DE LA AVERÍA GRUESA EN VIRTUD DE LAS CLÁUSULAS DE IRRESPONSABILIDAD DEL NAVIERO QUE PRETENDAN EXIMIR A ESTE DE RESPONSABILIDAD

En algunos regímenes jurídicos, principalmente basados en el sistema o imperio de las Reglas de La Haya-Visby, es común que los conocimientos de embarque (*bill of lading*) incluyan en sus formas estandarizadas, cláusulas de irresponsabilidad del naviero, que propendan en definitiva, a la exoneración de su responsabilidad frente a determinados casos²⁵.

En el caso de la Avería Gruesa, el fallo judicial de *The Roanoke*, fue decisivo para zanjar la cuestión de fondo, a propósito de si es válida una cláusula de irresponsabilidad, en términos tales que, un estatuto o excepciones en el conocimiento de embarque en el sentido de que el armador no será responsable de los daños a la carga resultantes de incendio o humedad, no le exime de la responsabilidad de contribuir a la Avería Gruesa²⁶.

Pues bien, en el Derecho Marítimo chileno, las normas sobre el contrato de transporte marítimo serán imperativas para las partes, según reza el artículo 929 del Código de Comercio, y las cláusulas de irresponsabilidad del naviero se tienen por no escritas en los correspondientes conocimientos de embarque. No obstante, en las pólizas de fletamento, es posible incluir cláusulas de irresponsabilidad, cuando por la culpa o negligencia de los dependientes del armador, se causa un evento constitutivo de Avería Gruesa, y en el cual a mayor abundamiento, el armador puede exigir la contribución de los demás intereses de la aventura marítima a dicha Avería Común, siempre y cuando la nave se haya encontrado en condiciones *antecedens* de navegabilidad. Tal es el caso de la *New Jason Clause*²⁷.

La *New Jason Clause* va inserta en la generalidad de las pólizas internacionales de fletamento (*charterparties*) y su eficacia sobreabunda cuando se complementa en el respectivo contrato de fletamento, con una *Paramount Clause* que prorroga la competencia,

²⁵ PEZOA HUERTA, R. **On the validity of the New Jason Clause in charterparties and bills of lading under Chilean law** in *The Journal of International Maritime Law*. Vol. 23 (2023) nº 3.

²⁶ THE YALE LAW JOURNAL COMPANY INC. **General Average. Statutory Exemption. Exceptions in Bill of Lading. The Roanoke**, 59 *Fed. Rep.* 161 in *The Yale Law Journal*. May, 1894, Vol. 3, nº 5, p. 181.

²⁷ PEZOA HUERTA, R. 2023, p. 175



ante un conflicto o contienda jurídica, para ante la judicatura de un sistema que acoja las Reglas de La Haya-Visby o se basamente normativamente en su espíritu *pro naviero*²⁸.

Como se ha expresado, una *conditio sine qua non* de la que pende su eficacia e invocación clausular es, precisamente, la precedente condición de navegabilidad del buque al momento de acontecer el peligro que justifica la declaración de Avería Gruesa. En un caso resuelto en torno a la sección tercera de la *Harter Act*, que establecía que si el propietario del buque ha ejercido la debida diligencia para que esa nave esté en todos los aspectos, en condiciones de navegar, ni el buque ni el armador serán responsables, en lo sucesivo, de los daños o pérdidas resultantes de fallos o errores en la navegación o en la gestión del buque. Así, en el caso *May v. Hamburg*, se resolvió que cuando el propietario hace valer su exención en virtud de la *New Jason Clause*, tiene la carga de probar la navegabilidad de su buque o la diligencia debida para hacerlo navegable en todos los aspectos²⁹.

En el caso *Folger Coffee Co. v. M/V Olivebank*, la nave se encontraba en condiciones de navegabilidad inicial, esto es, al zarpar con destino a Sudáfrica, pero por un error náutico, una escotilla quedó abierta permitiendo el ingreso de agua de mar en una tormenta, a los dos alternadores, provocando un cortocircuito que resultó en un corte total de la energía eléctrica del barco. En este caso, invocándose como ley de fondo COGSA, se resolvió que esta ley exime al transportador marítimo, de responsabilidad por daños causados por un “[a]cto, negligencia o incumplimiento del capitán, marino, piloto o de los empleados del transportador en la navegación o en la dirección del buque” y que, al encontrarse inicialmente la nave, en condiciones de navegabilidad, hace responsable a *Folger Coffe Co.* frente al armador, debiendo contribuir a la Avería Gruesa³⁰.

Como se ha anticipado, es imprescindible que para la validez y eficacia de una *New Jason Clause* en una póliza de fletamento, más no en un conocimiento de embarque, se

²⁸ PEZOA HUERTA, R. 2023, p. 177

²⁹ N.D.R. **Admiralty: Harter Act, § 3. Jason Clause: Seaworthiness as Condition Precedent to Contribution to General Average** in California Law Review, Jul., 1934, Vol. 22, Nº 5, pp. 567-569

³⁰ CHARVET, K; MCNEIL, A. **Recent Developments in Admiralty and Maritime Law** in Tort & Insurance Law Journal, Winter 2001, Vol. 36, nº 2, pp. 204-205.; y en este mismo sentido, THE HARVARD LAW REVIEW ASSOCIATION. **Shipping. Harter Act. Owner’s Failure to Use Due Dilligence to Make Ship Seaworthy as Barring General Average Contribution for Damages Resulting Solely from Negligent Navigation** in Harvard Law Review. Feb., 1934, Vol. 47, nº 4, pp. 715-716



introduzca una *Paramount Clause* que prorrogue la competencia para ante un tribunal correspondiente a un sistema que valide su eficacia en torno a la incorporación de una cláusula de exención armatorial y, a su turno, admita *per se* la exoneración del naviero.

6 AVERÍA GRUESA Y EL EFECTO RELATIVO DEL SEGURO MARÍTIMO

Es relevante señalar, de acuerdo al principio del efecto relativo de los contratos, que consagra que lo pactado sólo obliga a las partes que han concurrido en su celebración, que el seguro marítimo sólo tiene fuerza obligatoria respecto del armador y sus aseguradores, sin poder alcanzar, desde luego, a los intereses de la carga que son totalmente ajenos a dicho negocio. Por esta razón, y en mérito de los efectos de la liquidación de la Avería Gruesa, la práctica obliga a remitirse, en primer lugar, a las estipulaciones contenidas en el respectivo contrato de fletamento, o en su defecto, al conocimiento de embarque, toda vez que estos documentos son representativos de las disposiciones de cada uno de estos contratos en la relación diádica armador-cargador; y por lo tanto, uno u otro contrato serán los que gobiernen las soluciones aplicables a los casos de conflictos jurídicos a que el transporte marítimo y/o el fletamento den lugar en el marco de una Avería Gruesa.

Como en la póliza de seguro va inserta la cláusula 10(2), admitiendo que la liquidación sea practicada de conformidad a las Reglas de York y Amberes, si así ha sido convenido -ya que la mayoría de las pólizas de fletamento así integran dichas Reglas expresamente- suele bastar la liquidación efectuada a la luz de dichas Reglas para los efectos de determinar las averías entre el cargador y el armador; y para fijar los montos indemnizatorios que después éste tiene que reclamar contra sus aseguradores por la proporción que le corresponde al buque en dicha aventura marítima.

Pero puede darse el caso en que el fletamento determine que la liquidación se practicará conforme las normas de un puerto determinado y a determinadas leyes, y que no correspondan al puerto donde termina la aventura marítima. En este caso será pertinente, en primer lugar, practicar la liquidación de acuerdo con lo estipulado en el contrato de fletamento para el reparto de averías y gastos de Avería Gruesa entre el cargador y el armador; y después, este último -el naviero- tendrá que ordenar nuevamente ajustar la liquidación de conformidad con lo estipulado en las respectivas pólizas de seguro marítimo, vale decir, en razón de las



leyes, normas, usos y costumbres del puerto donde finalizó la aventura marítima, manteniendo siempre presente que la póliza incluye esta regla; esto es con el objeto de presentar la debida reclamación a sus aseguradores sobre estas bases, por la proporción correspondiente al buque en dicha liquidación.

La situación antedicha es prácticamente infrecuente. No obstante el armador, en un caso de este tipo, y antes de preparar la segunda liquidación de conformidad a lo dispuesto en la respectiva póliza de seguro marítimo, debe consultar directamente con sus aseguradores, quienes muy probablemente darán su conformidad con dicha liquidación y le indemnizarán, por supuesto, bajo el imperio de la liquidación primitiva, si es que no existe una diferencia sustancial entre los que pudiera aritméticamente calcular el asegurador, todo con el claro objeto de prevenir y evitar incurrir en gastos inoficiosos.

7 ORIENTACIONES EN TORNO A LOS REQUISITOS QUE DEBE CUMPLIR EL CAPITÁN DE LA NAVE Y QUE DEBEN VERIFICARSE PARA LA PROCEDENCIA DE LA DECLARACIÓN DE AVERÍA GRUESA

El capitán debe hacer su declaración de Avería Gruesa en el puerto donde ocurra el siniestro o la necesidad de desembolsos, en el puerto donde acontece el caso, o en el puerto de arribada. A este efecto, es dable orientar el ámbito de actuación del capitán, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 1098 del Código de Comercio, que dispone:

Artículo 1098. Adoptada la decisión que da origen a la avería común y tan pronto como las circunstancias lo permitan, el capitán deberá dejar constancia de ella en el libro de bitácora, la que contendrá la fecha, hora y lugar del acontecimiento, las medidas ordenadas por el capitán y sus fundamentos.

En el primer lugar de arribada, y tan pronto le sea posible, el capitán deberá ratificar los hechos relativos a la avería común, consignándolos en el libro bitácora, ante un ministro de fe, sin perjuicio de la información a la autoridad marítima respectiva, si el puerto fuere chileno.

Cuando la arribada ocurriere en el extranjero y la avería tuviere consecuencias en Chile, la ratificación deberá efectuarse ante el cónsul chileno, y en su defecto, ante un ministro de fe o ante el tribunal local competente.



Aun así, el capitán debe notificar de inmediato al armador, informándole la índole y naturaleza de la Avería Gruesa, y la importancia que a primera vista puede apreciar de las averías, para que ellos puedan prontamente impartirle instrucciones.

También será muy conveniente si la nave está asegurada en Londres, que el capitán notifique cuanto antes a los aseguradores, para disponer de mayor tiempo y ventajas ostensibles a su favor, de modo que estos puedan imponerse de la situación acontecida, y aconsejarle -al armador y al capitán en especial- de las medidas convenientes a ejecutar en dicho caso, para mejor cautelar y promover los intereses de las partes asegurada y aseguradora.

En el primer puerto de arribo, el capitán debe tomar contacto con quien represente los derechos del asegurador o con el comisario de averías si hubiere; y antes de zarpar y hacerse a la mar desde ese puerto, el capitán debe procurar como un aspecto absolutamente esencial, obtener y premunirse del correspondiente certificado de navegabilidad, a fin de que si más tarde ocurriere una nueva situación de contingencia, los intereses de la carga y del mismo modo, los aseguradores, no puedan alegar que la nave no reunía las condiciones de navegabilidad, pues es de exclusiva obligación del armador y su capitán, tener el buque siempre en condiciones de absoluta navegabilidad.

Desde la práctica y tal como se hubiere supradicho, para el caso que la nave mantenga carga a bordo, una vez llegado al puerto de destino, el capitán debe tomar contacto con los consignatarios, o con quienes estén diputados para recibir dicha carga o mercancías, a fin de que, previo a la entrega de la carga, le suscriban o firmen un *Average Bond* o la correspondiente documentación en que conste la obligación de resarcimiento y contribución, con los cuales se comprometen y obligan a la contribución que corresponda en la liquidación de la Avería Gruesa. Es importante que también obtenga los correspondientes depósitos dinerarios, para lo cual es recomendable que el capitán se haga asesorar por el liquidador si ya hubiese sido designado y asumido el cargo, a menos que los armadores dispensen de dicha diligencia por constarles, que dichos dueños de la carga, son de reconocida solvencia y honorabilidad.



8 DE LA NORMATIVA QUE GOBIERNA LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRIBUCIÓN, LIQUIDACIÓN Y AJUSTE DE AVERÍAS GRUESAS, Y LA DETERMINACIÓN DEL TRIBUNAL COMPETENTE

Los procedimientos de contribución, liquidación y ajuste de las Averías Gruesas, generalmente son substanciados ante los tribunales del puerto de destino de la expedición que, por regla general y si no hubiere mediado senda avería, la comunidad de intereses quedaría disuelta por haber finalizado dicha aventura marítima. Por lo tanto, rige en este sentido la *lex fori* y los usos y costumbre de los puertos de destino, a menos que los contratos de fletamento o los conocimientos de embarque dispongan otra cosa.

Así, por ejemplo, el artículo 1104 del Código de Comercio dispone:

La avería común se liquida, tanto en lo concerniente a las pérdidas como a las contribuciones, sobre la base de los intereses comprometidos, en la fecha y en el lugar donde termina la expedición marítima.

Idéntica consideración se desprende del tenor del artículo 1105 inciso segundo del mismo Código, que señala

Declarada la avería gruesa, si no estuviere convenido de antemano el nombre del liquidador, o no se produjere de acuerdo en cuanto a la persona a designar, cualquiera de los interesados podrá solicitar el nombramiento al juez del puerto donde termina la descarga.

En el Derecho Marítimo argentino, a nivel comparado, dicha regla viene igualmente inserta en el artículo 615 de la Ley de Navegación, pero señalando que los tribunales de la República Argentina serán competentes cuando la aventura marítima finalice o termine en puerto o lugares del territorio argentino; o si la liquidación y el prorrateo se realizan en puertos de dicho país.

En cuanto a la prórroga de competencia, la generalidad de las pólizas de fletamento (*charterparties*) contemplan la jurisdicción aplicable al ajuste y liquidación de las Averías Gruesas, y señalan sus reglas aplicables -que en todos los casos, son las Reglas de York y Amberes-, tal y como ocurre, por ejemplo, con la cláusula 35 de la *Intertanktime 80 Tanker*



Time Charter Party; con la cláusula 32(c) de la *Cementvoy 2006 Voyage Charter Party for the transportation of bulk cement*; cláusula 12 de la *Uniform general charter "GENCON"* de BIMCO. Todas las anteriormente citadas, acuerdan prorrogar la competencia en Londres. En cambio, la cláusula 20 del *Qatar fertiliser Company (SAQ) Fertiliser Voyage Charter Party "QAFCOCHARTER"*, igualmente hace aplicables las Reglas de York y Amberes, pero prorroga competencia a la justicia de Estados Unidos.

En el caso de algunos conocimientos de embarque (*bill of lading*) para ser usados con contratos de fletamento como el denominado "*Congebill 1978*", en su cláusula tercera, se incluye una expresa remisión a las Reglas de York y Amberes, y una prórroga de competencia en Londres, con la salvedad de que "(...) a menos que se acuerde otro lugar en el Contrato de Fletamento".

En materia de seguros marítimos, la Regla 10(2) de la *Institute Time Clauses-Hulls 95'*, dispone en concreto, que

La Avería Gruesa y el Salvamento serán ajustados de conformidad con las leyes y prácticas del lugar donde termine la aventura marítima, como si el contrato de fletamento no contuviese ninguna cláusula especial sobre el particular; pero cuando el contrato de fletamento así lo estipule, la liquidación se practicará de acuerdo con las Reglas de York y Amberes.

De esta manera, si la póliza de fletamento respectiva no indica expresamente que la liquidación y ajuste de la Avería Gruesa se practicará de conformidad a las Reglas de York y Amberes, caso en el cual los aseguradores manifiestan su plena conformidad, la liquidación deberá practicarse y sujetarse a las normas y costumbre del foro correspondiente al puerto en que termine la aventura marítima, tal y como se ha manifestado precedentemente de manera uniforme, a menos que las partes hubieren pactado en contrario.

9 DOCUMENTOS O INSTRUMENTOS NECESARIOS PARA LA ADECUADA PREPARACIÓN DE UN PROCEDIMIENTO DE AVERÍA GRUESA

Normalmente, la elaboración de una Liquidación de Avería Gruesa requiere bastante tiempo ya que el Liquidador debe realizar un examen minucioso para determinar qué partidas deben ser incluidas en la liquidación, calcular los valores exactos que deben contribuir, y



recopilar la documentación necesaria. Por lo tanto, es importante que el armador colabore para facilitar este proceso proporcionando de manera oportuna los documentos e información necesarios. Para ayudar con esto, se presenta una lista de los documentos e información que, en general, suelen ser requeridos por los Liquidadores para asegurar el éxito de la gestión de la Liquidación del siniestro por avería gruesa:

- 1) La protesta del Capitán.
- 2) Probablemente se solicitará el Cuaderno de Bitácora (o Diario de Abordo) y el Diario de Máquinas o, en su defecto, extractos de ambos libros donde conste lo ocurrido.
- 3) Contrato de Fletamento.
- 4) Conocimientos de Embarque emitidos.
- 5) Obligaciones de Resarcimiento o *Average Bonds*, y copia de las notas de Fianza y Depósito que se hayan emitido. Las obligaciones de resarcimiento o *Average Bonds* son documentos legales utilizados en el transporte marítimo para garantizar el pago de las contribuciones de un armador en un caso de Avería Gruesa. Los *Average Bonds* son habitualmente emitidos por los propietarios de la carga y garantizan el pago de su parte de las contribuciones de la Avería Gruesa que les corresponda en caso de que se produzca este tipo de evento durante el transporte marítimo. Estos documentos pueden ser requeridos por el armador o su asegurador antes de la entrega de la carga y son un requisito común en el transporte marítimo internacional.
- 6) Se deberán presentar todas las facturas y/o comprobantes de pago asociados a reparaciones derivadas del siniestro de avería que se reclama.
- 7) Se deberán presentar todos los reportes de inspección que existan.
- 8) Se deberá dar cuenta de todos los desembolsos y gastos ejecutados con motivo de la avería, incluyendo los comprobantes de pago por los gastos de protestas, honorarios de peritos, etc.
- 9) Se deberá presentar un Certificado de Valoración del Cargamento.
- 10) Cuenta final del Flete, indicando el total cobrado por adelantado y el cobrado en el *Port of Discharge* (POD).



- 11) Cuentas y comprobantes de los gastos de puerto, incluyendo aquellos gastos incurridos en los puertos de destino, puertos de carga y puertos intermedios.
- 12) Detalle de fecha en la que se terminó la descarga del cargamento embarcado bajo el contrato de fletamento en que ocurrió la avería que se está liquidando.
- 13) Si el contrato de fletamento ha sido cancelado con motivo de la avería, debe enviarse el respectivo documento o correspondencias que demuestre la cancelación, su fecha y el motivo expresamente reclamado.
- 14) Se deberá emitir un certificado firmado por el capitán y primer maquinista, haciendo constar la cantidad de combustible, lubricante, etc., consumidos extraordinariamente con motivo de la avería.
- 15) Factura del costo neto de la reposición de los combustibles, lubricantes, etc., utilizados.
- 16) Pólizas originales del seguro de Buque, Flete y demás aplicables.

Cabe consignar que se deberá entregar, además, toda otra información y/o documentación que tenga relación con la avería que se reclama o que se crea que pueda facilitar la emisión del informe de Liquidación en los términos pretendidos.

El listado previamente detallado no es taxativo, es decir, podrá ampliarse o reducirse conforme la naturaleza concreta del caso particular que se esté liquidando. En este contexto, algunos documentos citados podrían no ser solicitados y/o podrían no ser suministrados sino hasta bastante tiempo después de ocurrida la avería. En este último caso, el armador deberá enviar al liquidador de seguros, por medio de sus corredores, todos los documentos disponibles en un primer momento e informar, además, plazo estimado de recopilación de los demás antecedentes, debiendo siempre y en todo caso acompañar desde el inicio de la liquidación aquella documentación básica esencial, cual es la Protesta del Capitán, el Contrato de Fletamento que exista y los Conocimientos de Embarque emitidos y vigentes al momento de la avería.



10 EJEMPLO PRÁCTICO DE LIQUIDACIÓN DE AVERÍA GRUESA CONFORME LAS REGLAS DE YORK Y AMBERES

Es probable que el caso más corriente o habitual de avería gruesa que se hubiera concebido, casi como un arquetipo de sí misma, sea el de echazón de carga al mar o *jettison of cargo*, de modo que en el plano factual, como de ejercicio liquidatorio, resulta pertinente plantear el esquema aritmético de su determinación.

Para su acertado desarrollo, supóngase que el Capitán de una nave, peligrosamente escorada, adopta la decisión deliberada y consciente de arrojar o echar carga al mar, bajo la supervisión y consejo de los oficiales y desde luego, del sobrecargo, con el objeto de adrizar el buque y, al fin, expectorar cualquier probabilidad de zozobrar o naufragar. Amén de lo antedicho, la nave transportaba más carga que la arrojada al mar, beneficiándose con la indemnidad, entonces, el resto de los intereses -armatoriales, carga y fletes- que iban a bordo.

Para facilitar el desarrollo de este ejercicio, supóngase que el valor de la carga sacrificada es de \$1.000, y sobre los cuales resulta pertinente añadir los gastos de protesta, liquidación, intereses e inspecciones, entre otros. De esta forma, y siguiendo el esquema propuesto por las Reglas de York y Amberes, una liquidación debe practicarse en la forma que sigue:

DAÑOS, DESEMBOLSOS Y EXPENSAS DE LA AVERÍA GRUESA:

Valor de la carga sacrificada	\$1.000.-
Gastos de Protestas, Inspecciones, Intereses, Comisiones, Etc.	\$70.-
Honorarios del Liquidador	\$30.-
	<hr/>
Masa total de la Avería Gruesa	\$1.100.-

VALORES O SUMAS DE LOS CONTRIBUYENTES:

Valor real de la NAVE a la terminación de la aventura marítima	\$10.000.-
Valor de la CARGA llegado a su destino (incluyendo los fletes ya pagados)	\$7.000.-
Valor de la CARGA SACRIFICADA*	\$1.000.-
Valor del FLETE a riesgo del armador **	\$2.000.-
	<hr/>
Total de Valores Contribuyentes	\$20.000.-

\$1.100 entre \$20.000.- = **5,50%**



Por lo tanto, el reparto de la Masa de Averías entre los diferentes valores contribuyentes, se practicará así:

	Valor Contribuyente	Tipo prorrata	Cantidad
que debe pagar:			
Al ARMADOR por el valor del BUQUE	\$10.000.-	a 5,50%	= \$550.-
A los CARGADORES			
Carga salvada	\$7.000.-	a 5,50%	= \$385.-
Carga sacrificada	\$1.000.-	a 5,50%	= \$55.-
Al Armador por los FLETES a su riesgo	\$2.000.-	a 5,50%	= \$110.-
Totales	\$20.000.-	a 5,50%	= \$1.100.-

* Es importante considerar que, si bien la carga sacrificada se pierde, igualmente se puede considerar, desde un punto de vista económico, como salvada para su propietario o dueño, por haberse abonado en la liquidación de Avería Gruesa, y de este modo, debe también contribuir por la misma cantidad que se le ha pagado.

** Los fletes a riesgo del armador, corresponden a aquellos que debe cobrar el naviero en el puerto de destino; y a estos se les debe restar los gastos en que se debe incurrir para ganarlos con posterioridad al siniestro constitutivo de Avería Gruesa.

En un sentido práctico, el armador podrá recobrar la suma de \$550.- correspondiente al valor del buque o nave de parte de los aseguradores de casco, esto es, en virtud de la correspondiente indemnización; y en el evento que dicho naviero también hubiere asegurado los fletes con una póliza que contemplase la cobertura de Avería Gruesa, adicionalmente se podría recobrar el valor de la contribución, esto es, \$110.- De este modo, y si el armador no asegura los fletes, la recuperación de los mismos queda a su cargo.

Por su parte, los intereses de la carga, y sólo si hubieren asegurado respectivamente dichas cargas, podrían optar a reclamar de los aseguradores las respectivas indemnizaciones que ascienden, en el caso propuesto, a la suma de \$440.-; de lo contrario, la asunción de riesgos es por su propia cuenta.

11 REGLAS DE YORK Y AMBERES 2016

La palabra "avería" proviene de la Edad Media y era utilizada para referenciar una pérdida. La diferencia fundamental entre la "avería gruesa" y la "avería particular" es que la primera involucra varios intereses del viaje marítimo, mientras que la segunda afecta solo a uno. A través de los años, dada la complejidad propia de la aventura marítima, diversas acciones destinadas a salvar a la tripulación y la carga, se han entendido aceptadas y



transformado en prácticas tolerables desde el punto de vista de la administración de los riesgos de la navegación. Así, los actos de echazón y alijo³¹, por ejemplo, vinieron a ampliar la noción inicial de avería y se han aceptado como técnicas de emergencia que se han intentado reglamentar de diversas maneras, especialmente en lo relativo a quiénes y cómo se distribuyen los costos o pérdidas asociados a tales actos.

Fue con el correr del tiempo que las Reglas de York y Amberes se establecieron como un conjunto de reglas y prácticas diseñadas para dar respuestas a los problemas de distribución de costos, gastos y pérdidas a partir de hipótesis de avería gruesa durante la navegación. Estas normas no son un tratado internacional único, sino que la consecuencia de una evolución histórica que se tendió a unificar a partir de la primera versión de estas reglas en 1890.

Tal como expone el profesor Pejovés, históricamente los griegos conocieron la avería común, y los romanos recogieron la Lex Rodhia de Iactu (c., 475 a. C.) en el Digesto de Justiniano (533 d. C), es decir, la figura de la “echazón” como acto voluntario del capitán de arrojar bienes transportados al mar para salvar la expedición. A su vez, en el Derecho marítimo medieval, el libro del Consulado del Mar del siglo XIV, trata a la referida institución como un contrato de hermanamiento –*agermanement*-, y las Ordenanzas del Consulado de Bilbao de 1737 que se aplicaron en la América española durante la colonia, contienen una regulación completa de la avería gruesa³².

Con la evolución normativa y la codificación acelerada a partir del Código francés de 1807, diversos códigos y leyes de navegación de Hispanoamérica comenzaron a reconocer y regular la figura de la avería gruesa. Este loable esfuerzo trajo consigo alta dispersión en las bases normativas nacionales, e imposibilidad práctica en su aplicación. Fue por lo anterior que

³¹ Este concepto, en términos generales, dice relación con aligerar la carga de una embarcación o con descargarla o desembarcarla total o parcialmente por una situación de riesgo. Este concepto se extiende al desembarco legal, es decir, cumpliendo con los trámites aduaneros establecidos, o ilegal, asociados a una situación de emergencia propio de una situación de avería gruesa.

³² PEJOVÉS, J. (2018). **Avería Común y las Reglas de York y Amberes en la esencia del Derecho Marítimo: ¿Cómo se justifica el sacrificio de la carga durante una aventura marítima?** Columna. Medio electrónico MundoMarítimo. Recurso online disponible en: <https://www.mundomaritimo.cl/noticias/averia-comun-y-las-reglas-de-york-y-amberes-en-la-esencia-del-derecho-maritimo>.



se comenzaron a discutir técnicas de unificación para efectos de dar un mismo tratamiento a la figura de la avería gruesa, la liquidación y las formas de contribuir a las pérdidas.

Fue finalmente el 3 de marzo de 1860 que la National Association for the promotion of Social Science, celebró una conferencia internacional en Glasgow con la participación de Cámaras de Comercio y las asociaciones de armadores de la época, con el exclusivo objetivo de uniformar las reglas sobre las averías comunes, lo que se conoce como el inicio de la orientación internacionalista del derecho marítimo³³. A partir de este primer esfuerzo, se han desarrollado sucesivas actualizaciones en los años 1924, 1950, 1974, 1994, 2004, y la última de 2016.

Las Reglas de York y Amberes son una solución contractual, es decir, para que sean aplicables, deben tener reconocimiento expreso en el contrato de transporte. Así, en el caso de que se hayan pactado las Reglas de York y Amberes en el contrato de transporte, la avería gruesa se liquidará en el país donde se celebró el acuerdo, independientemente de la jurisdicción aplicable al contrato. Por el contrario, si no se ha pactado contractualmente la aplicación de las Reglas de York y Amberes, en caso de que se declare una avería gruesa, se liquidará de acuerdo con la legalidad, práctica y/o costumbre del país de arribada del buque.

Es importante destacar que el papel del liquidador es clave en este proceso, ya que es el encargado de determinar las contribuciones proporcionales que deben hacer cada una de las partes involucradas en la avería gruesa, así como de supervisar la liquidación de la misma. Por lo tanto, es esencial que el liquidador sea una persona con experiencia y conocimientos especializados en este ámbito. Es relevante señalar, sin embargo, que es posible encontrar legislaciones que pueden desconocer la figura del liquidador de seguros o de averías, o que los denominen de otro modo. En cualquier caso, si las partes deciden aplicar las Reglas de York y Amberes, están aceptando expresamente la intervención de un liquidador de seguros o quien haga sus veces en la legislación que corresponda.

En la práctica, cuando el armador declara la avería gruesa, la primera diligencia que debe realizar, es notificar según el procedimiento informado por cada asegurador, a un liquidador de averías gruesas. Adicional a aquella primera notificación, y siempre que se

³³ FARIÑA, F. **Derecho y legislación marítima**. España: Bosch. 1955, pág. 6.



hayan pactado las Reglas de York y Amberes, debe procederse con la redacción del *average guarantee* y el *average bond*, asegurándose de que ambos documentos coincidan en cuanto a la información que contienen. Si el liquidador recibe ambos documentos y no coinciden, tendrá que complementar el peritaje o liquidación con acciones de investigación adicional conducentes a aclarar el sentido y alcance real de los hechos denunciados, es decir, del siniestro. Esto último puede traer consecuencias financieras adicionales pues, si la mercancía está retenida, lo seguirá estando hasta que se resuelvan los detalles de la liquidación.

El *average guarantee* es una garantía que debe ser firmada por el asegurador y tiene como finalidad avalar el pago de la contribución correspondiente a la mercancía asegurada que deberá ser posteriormente determinada por el liquidador. A su vez, el *average bond* es un documento que debe ser firmado por el propietario de la carga o el cargador, según corresponda. En este documento, el firmante se compromete a asumir su parte proporcional de los gastos relacionados con la avería gruesa, en relación con el valor de su mercancía. Por lo tanto, se trata de dos documentos de garantías mutuas.

A continuación, revisaremos los aspectos normativos esenciales de las normas actualmente vigentes:

11.1 Estructura Regulatoria

Estas reglas basan su estructura en una regla preliminar de interpretación y una regla predominante, para posteriormente establecer reglas particulares por orden alfabético desde la A a la G. Las reglas preliminares establecen la preferencia de las Reglas de York y Amberes frente a cualquier ley o práctica incompatible con ellas. Además, consagra la aplicación preferente de las reglas numeradas, aplicándose las reglas alfabetizadas del cuerpo normativo sólo en lo no previsto por las primeras.

11.2 Del alcance en la Definición de Avería Gruesa

En *supra* §2, se ha precisado el respecto del concepto que estatuyen las Reglas de York & Amberes, sobre lo que se entiende por Avería Gruesa. Así, a partir de la lectura de la regla A, podemos indicar que los requisitos de la avería gruesa son: 1) Debe tratarse de un acto intencional y razonable; 2) debe existir un sacrificio o gasto extraordinario; 3) que dicho



gasto o sacrificio sea para la seguridad común; y, 4) que aquel sacrificio se haya realizado con el objeto de preservar de un peligro a los bienes.

El artículo 1095 del Código de Comercio de Chile, siguiendo de cerca la definición previamente revisada, conceptualiza con copiosa precisión, qué se entiende por avería gruesa. Lo habitual es que las legislaciones nacionales incorporen en sus códigos, definiciones para este concepto. Sin embargo, podemos encontrar casos donde lo anterior no ocurre, como los ordenamientos jurídicos de Brasil o Argentina, donde no hay un concepto de avería gruesa sino más bien descripciones genéricas de sus efectos.

11.3 Daños y Pérdidas que se Admiten

Las reglas de York y Amberes admiten expresamente los siguientes daños y pérdidas:

- Regla I y II: Echazón del cargamento, y sus daños derivados.
- Regla III: Daño causado a un buque o su cargamento por agua con el objeto de extinguir fuego a bordo.
- Regla IV: Corte de restos.
- Regla V: Varada voluntaria.
- Regla VI: Remuneración por salvamento.
- Regla VII: Daños a maquinarias y calderas.
- Regla VIII: Gastos de aligeramiento de un buque en tierra y daños consiguientes.

A su vez, el Código de Comercio de Chile, en su artículo 1100 establece como daños o pérdidas admitidas las siguientes:

“Todo gasto en que se haya incurrido para evitar una pérdida, daño o desembolso que habría sido abonable en avería gruesa será también admitido como tal, solamente hasta concurrencia del valor del daño o pérdida evitada o del gasto economizado, según corresponda”.

Esta norma viene seguida del artículo 1101, que establece que la carga de la prueba respecto del daño o gasto que se pretende tener por admitido bajo avería gruesa, recae en quien lo reclama, siguiendo la regla contenida en la letra E de las reglas en revisión.



11.4 Definición Conceptual de quién soporta el Sacrificio o Gasto ejecutado con motivo de la Avería Gruesa

La regla A establece que los sacrificios y gastos de avería gruesa serán sufragados por los distintos intereses contribuyentes. El artículo 1102 del Código de Comercio chileno, establece que las averías gruesas son de cargo de la nave, del flete y de las mercancías que existan en ella al tiempo de producirse aquéllas, y que se pagarán por contribución proporcional al valor de los bienes mencionados.

11.5 Prescripción de las Acciones

Las reglas de York y Amberes establecen un plazo de prescripción de 1 año, contado desde que ocurrió el hecho calificable como avería gruesa o común. La legislación chilena, en cambio, establece un plazo de prescripción de 6 meses contados desde el término de la descarga, conforme el frástico del inciso segundo del artículo 1106 del Código de Comercio.

La Reglas en estudio fueron actualizadas al año 2016, incorporando las siguientes modificaciones en particular:

- La Regla VI24 señala que el salvamento será admisible en la avería gruesa, al contrario de lo que ocurría en la versión de 2004.
- La Regla X25, referida a los gastos en puerto de arribada que son admitidos como avería gruesa, vuelve al texto de 1994 que se había modificado en 2004.
- La Regla XI26, relativa a los salarios de la tripulación, de la misma manera que ocurrió con la Regla X, retoma el texto del 1994, pero aclara los conceptos de provisiones y suministros.
- En la Regla XIV27, que también vuelve a la redacción de 1994, hace referencia a las reparaciones provisionales, señalando que serán admitidas cuando hagan posible que el buque y la carga finalicen el viaje.
- La Regla XVII28, que se refiere a los valores contribuyentes, permite excluir la carga de la contribución cuando el liquidador haya considerado que su aceptación provocaría una desproporción en relación con lo que en realidad debería contribuir.
- En las Reglas XX29 y XXI30, sobre el adelanto de fondos y los intereses sobre la pérdida, se resolvió, estando todos de acuerdo, eliminar: (i) la comisión del 2% sobre



el importe de los desembolsos de la avería gruesa que estaba prevista en la versión de 1994; y (ii) la potestad de la Asamblea del Comité Marítimo Internacional, prevista en la versión de 2004, para fijar anualmente la tasa aplicable a los intereses sobre la pérdida, que en la versión de 1994 era de 7%.

La técnica utilizada en la redacción de las normas y las materias que se abordan son claramente un aporte para la determinación de cómo se transfieren los costos o sacrificios derivados de una avería gruesa o común. Sin embargo, la aplicación de estas reglas no es tan universal como se esperaría, y aquello podría tener diversos motivos, tales como la existencia de seguros cuyas coberturas incluyen riesgos de avería gruesa menor, lo complejo del proceso de liquidación que supone la declaratoria de la avería gruesa, entre otras causas de similar naturaleza.

Actualmente, las Reglas de York y Amberes se disputan su ubicación en el mundo marítimo, debido a, entre otras razones, la contratación de pólizas de seguros cuyas coberturas amparan los riesgos de una avería gruesa menor, caso en el cual el asegurador del casco pagaría el importe total de la contribución a la avería, sin requerir la contribución que le correspondería a la carga, lo que desestima entonces pacto alguno por avería gruesa.

Sin perjuicio de lo anterior, sí es posible afirmar que las Reglas de York y Amberes son incorporadas en la mayoría de los contratos marítimos, a pesar de implicar esto dificultades en su aplicación por diversas interpretaciones o colisiones normativas con legislaciones nacionales. Es, quizás, el carácter no vinculante de estas reglas lo que ha devenido en menos uniformidad en su uso. Han sido las prácticas comerciales y privadas entre las partes contratantes del contrato de transporte quienes han dado mayor aplicabilidad práctica a estas reglas³⁴.

Un hito práctico relevante que ha potenciado el uso de estas reglas, ha sido la incorporación de las cláusulas Jason o *Jason Clause*. El origen de esta norma dice relación con la aplicación práctica de la regla D, que establece:

³⁴ PEZOA HUERTA, Renato. **La acción de subrogación en el contrato de seguro marítimo, desde la jurisprudencia y el derecho comparado** in Revista Novos Estudos Jurídicos [NEJ] de la Universidade do Vale do Itajaí, Brasil. Vol. 26. Nº 1 Jan-Abr 2021. Pág. 529.



“Los derechos a obtener la contribución en avería gruesa no serán afectados aunque el acontecimiento que dio lugar al sacrificio o gasto pueda haberse debido a la falta de una de las partes en la aventura; pero esto no perjudicará a las acciones o defensas que puedan ejercitarse contra dicha parte en razón de tal falta...”.

Sin perjuicio de lo literal de la norma, hubo un fallo de la Corte Suprema de Estados Unidos por el caso de la varadura del buque *Irrawaddy* (1895), que considerando las condiciones del Conocimiento de Embarque y principalmente de la *Harter Act* con vigencia en ese país desde 1893, negó al armador su derecho a recobrar los gastos y sacrificios realizados en Avería Gruesa, por haber tenido el accidente, su origen en un error náutico. Ese fallo constituyó un elemento de grave preocupación en las asociaciones de armadores de la época que tenían buques con puertos de escala o destino en Estados Unidos y los llevó a redactar e incluir en sus conocimientos y contratos de fletamento cláusulas que se denominaron "*General Average Negligence Clauses*", cuyo efecto era similar al de la regla D precitada³⁵.

Fue finalmente un nuevo fallo de la Corte Suprema de Estados Unidos, de 1912, que vino a reconocer y aceptar la incorporación de esta cláusula en los contratos de transporte marítimo, justamente a raíz de un reclamo en avería gruesa realizado por los armadores del *B/M "Jason"* a raíz de los sacrificios y gastos incurridos para hacer zafar el buque de su varadura en la costa cubana en 1904. A partir de este hito, los principales Clubes de P&I incorporaron en sus condicionados y recomendaciones para contratos de transporte con o sin destino a Estados Unidos, la llamada "*Jason Clause*" (luego "*New Jason Clause*"), cuyo texto actual recomendado por el Consejo Marítimo Internacional y del Báltico (BIMCO) es el siguiente, en español:

"En el caso de accidente, peligro, daño o siniestro, antes o después del comienzo del viaje resultante de cualquier causa, sea o no debida a negligencia, por la que o a consecuencia de la que el transportista no es responsable por ley, contrato o de cualquier otra forma, las mercaderías, cargadores, consignatarios, o propietarios de las mercaderías contribuirán con el transportista en avería gruesa al pago de cualquier sacrificio, pérdida o gastos que puedan ser efectuados o incurridos en

³⁵ VIVANCO, E. (2011). **La Cláusula New Jason en los Contratos de Transporte Marítimo y Conflictos con las Reglas de York Amberes**. Seminario sobre Seguridad Marítima, características y aseguramiento. Instituto Iberoamericano de Derecho Marítimo, rama argentina. Pág. 3.



Avería Gruesa y pagarán el salvamento y los gastos especiales incurridos con respecto a las mercaderías...³⁶.

Es a través de la incorporación de este clausulado que se reconoce la aplicación indirecta de las reglas de York & Amberes, tanto para la liquidación como para la contribución a los gastos y sacrificios de la avería, lo que actualmente también cuenta con reconocimiento jurisprudencial expreso en otras jurisdicciones. A su vez, los aseguradores de carga, particularmente organizados a través de la *International Union of Marine Insurance*, y dadas las prácticas comerciales propias de la industria, han realizado múltiples esfuerzos para que, en lo concreto, sean los transportistas y sus aseguradores de P&I quienes asuman en la mayoría de los casos, las pérdidas de sus cargamentos asegurados. Los problemas surgen realmente cuando se trata de contribuciones de monto mayor, caso en el que las coberturas adicionales de carga podrían no ser suficientes, debiendo entonces enfrentarse el asegurador de carga con el liquidador de averías a través del ejercicio de acciones que, como vimos, son de larga data y compleja realización.

En suma, estas reglas tienen íntima relación con la aplicación práctica de las coberturas derivadas de los seguros de casco, pues establecen los procedimientos y principios para el reparto equitativo de los costos entre los diversos intereses que confluyen en un contrato de transporte marítimo, aún cuando en Chile su aplicación resulta relativa.

11.6 Rules of Practice of the Association of Average Adjusters.

La *Association of Average Adjusters* o Asociación de Comisarios de Averías, es una asociación profesional de expertos en seguros marítimos y derecho, cuyo origen se remota a 1869 a partir del esfuerzo de los suscriptores de Lloyd's y la Asociación de Aseguradores de Liverpool. Esta organización se fundó por concedores de las contingencias marítimas, quienes a lo largo de los años han prestado servicios de inspección y constatación de daño tanto a aseguradores como a armadores, y a los demás intereses del transporte.

El propósito de la constitución de esta asociación, fue arbitrar los procesos de ajustes en pérdidas disputados o con opiniones divergentes entre los intereses que confluyen en el seguro. Con el devenir de los años, la asociación fijó sus objetivos en “la promoción de principios

³⁶ Ver cita en: https://www.bimco.org/contracts-and-clauses/bimco-clauses/current/new_jason_clause



correctos en el ajuste de averías, y la uniformidad de la práctica entre los Ajustadores de averías y el mantenimiento de una buena conducta profesional”.

Una de las primeras tareas de la Asociación fue encontrar las áreas prácticas de divergencia, para posteriormente determinar condiciones de resolución homogéneas en base a las costumbres propias de la práctica mercantil-naviera. Según narra la organización, este objetivo fue alcanzado en gran medida por la Asociación en los primeros quince años de su existencia mediante un enfoque doble: la recopilación y el perfeccionamiento de la Aduana de Lloyd's y la adopción de Reglas de práctica, relacionadas con el ajuste de averías y los derechos y obligaciones de los ajustadores.

Uno de los primeros éxitos de esta organización fue justamente constituir un apoyo cierto en la pretensión de uniformidad internacional en el ajuste de la Avería Gruesa, lo que resultó en las primeras Reglas de York-Amberes de 1877. Luego de esto, y a lo largo de la vigencia de estas reglas, la Asociación se ha mantenido siempre proveyendo contenido y soporte técnico a la actualización de dichos principios.

Actualmente la asociación tiene más de 150 años operando, con sede fundacional en Reino Unido, y con dos fuertes áreas de soporte a la industria marítima: 1) El establecimiento y actualización permanente de *Rules of Practice*, y, 2) Un *Dispute Board*, o panel de resolución de controversias especializado.

Sobre las *Rules of Practice*, es dable señalar que las Reglas Prácticas de la Asociación de Ajustadores de Averías no constituyen un tratado o convención internacional, sino que son reputadas como un instrumento de derecho internacional privado no vinculante que establece recomendaciones que las partes de un contrato de transporte marítimo pueden libremente adoptar o no. La versión más actualizada de estas reglas es de mayo de 2022.

Estas reglas tienen 4 secciones, identificadas por las letras A, B, C, D, E y F y relativas a Reglas Generales, Avería General, relación con reglas de York y Amberes, Daños y Reparaciones al buque, Liquidación de daños a la carga y liquidación o ajuste de averías bajo la Ley inglesa.

La regla A4 de las reglas actualmente vigentes establece los deberes de los ajustadores de pérdidas, cuales son:



- 1) Que en el ajuste de avería particular sobre buque o avería gruesa que incluya reparaciones, es el deber de los Ajustadores de cerciorarse de que tales precauciones razonables y usuales han sido para mantener bajo el costo de las reparaciones como lo hubiera hecho un Armador prudente sin seguro
- 2) Cuando surja una reclamación por avería particular y el Asegurado haya optado por reparar la embarcación, el Asegurado tiene derecho a:
 - (a) recuperar el costo razonable de las reparaciones en términos de la sección 69(1) de la Ley de Seguros Marítimos de 1906, independientemente de que las reparaciones se realicen antes o después del vencimiento de la póliza.
 - (b) aplazar las reparaciones, sujeto a la aprobación de la Clase, a la primera oportunidad razonable que se probablemente sea la próxima revisión de rutina o el período de dique seco. Cualquier aumento en el total del costo de las reparaciones que surjan del aplazamiento más allá de la primera oportunidad razonable será por cuenta del Asegurado.

Como se colige, se trata de normas de debida diligencia que limitan el actuar de los ajustadores de averías particularmente respecto de la idoneidad, oportunidad y eficacia de las recomendaciones financieras que puedan emitir en el contexto de una liquidación de averías.

En la regla B1, relativa a las bases de la liquidación o ajuste de pérdidas, se establece:

En todos los casos los Ajustadores deberán:

1. Dar detalles, en un lugar destacado en el ajuste, de la cláusula o cláusulas contenidas en el contrato de fletamento y/o conocimientos de embarque que se relacionen con el ajuste de avería gruesa o, si no existe tal cláusula o cláusulas, la ley y la práctica vigentes en el lugar donde se termina la aventura.
2. Enunciar los hechos que dan lugar a la avería común.
3. Cuando se apliquen las Reglas de York-Amberes o similares, identifique las Reglas con letras y/o números en los que se confía para hacer las principales concesiones en el ajuste.

Las reglas sucesivas regulan demás detalles relevantes del proceso de ajuste, teniendo especial valor la regla B26 que establece los siguientes principios: 1) Cuando alguno de los intereses del buque (naviero o armador) o cuando el flete esté sujeto a las reglas de York-Amberes, la avería gruesa se debe ajustar conforme a dichas normas, la ley y la práctica inglesa, sin considerar principios o regulación extranjera; 2) Los intereses que contribuirán a la avería gruesa serán los del buque, sean propietarios del barco, o sea que estén haciendo uso de él a partir de un contrato de fletamento; 3) los montos, costos o pérdidas a contribuir se determinarán donde termina la aventura, y si ello no se puede determinar, se considerará sobre



la base del puerto final de descarga bajo las condiciones del transporte contratado, deduciéndose los gastos posteriores a la avería; 4) a falta de determinación previa del fletamento por tiempo, el viaje se considerará que termina en el primer puerto de descarga al que llegue el buque después de la avería común; 5) mientras el buque se encuentre bajo la contingencias de avería, el periodo de detención fuera del puerto de carga o refugio será irrelevante, siempre que persista la circunstancia extraordinaria; y 6) ni el embarcador de la carga que se dañe y ni el fletador por tiempo contribuirán a la avería gruesa.

Tal como se ha supradicho, estas reglas no son vinculantes, es decir, no tienen carácter obligatorio, y no resultan legalmente exigibles. En otras palabras, no hay una obligación legal de cumplir con esas reglas, y su incumplimiento no conlleva consecuencias legales o sanciones. Sin embargo, la fuerza de esta regulación deriva de su especialidad, la larga data, su reconocimiento jurisprudencial y la constante actualización, lo que las elevan a un ejemplo de estándar de conducta exigible y, en ese sentido, cumplir con estas normas sería una manifestación del deber de diligencia y profesionalismo esperable del liquidador de seguros o inspector de averías.

Por su parte, y en relación a los *Dispute Boards*, en términos generales, estos son órganos o comités establecidos para resolver disputas o controversias que puedan surgir durante la ejecución de un proyecto o un contrato. Son una forma alternativa de resolución de conflictos que tiene como objetivo evitar judicializar conflictos, y busca fomentar la resolución ágil y eficiente de los desacuerdos y disputas que puedan surgir durante la ejecución de un contrato. Estos organismos son vinculantes sólo para los miembros activos de la asociación o para aquellos terceros que se obliguen voluntariamente a las reglas y condiciones especiales de resolución de controversias que define la asociación.

Conforme lo estatutos de la Asociación, los deberes de este panel son:

- Responder cualquier pregunta sobre la cual se solicite el asesoramiento de la Asociación.
- Asistir en la resolución de disputas relacionadas con asuntos de ajuste o marítimos.
- Mantener en revisión el Reglamento de Práctica de la Asociación.



- El Panel está compuesto por el Presidente de la Asociación, si es un Socio en ejercicio o el Vicepresidente si no lo es, y otros siete Socios elegidos en la Asamblea General Anual.

El Panel también emite opiniones sobre asuntos de interés general propuestos por el mercado de seguros para consideración de la Asociación. La opinión será emitida por al menos cinco miembros del Panel y, en la mayoría de los casos, se publicará en el sitio web.

La Asociación podrá responder a cualquier pregunta planteada sobre un punto específico de la práctica de ajuste, lo que se podrá llevar a cabo mediante el nombramiento de dos o más becarios. La parte nominadora será responsable de los honorarios de la Asociación y los costos incidentales por este servicio.

12 REFERENCIAS

- BARROILHET, C. **Derecho Marítimo**. Santiago de Chile: Librotecnia, 2016.
- BRUNETTI, A. **Derecho Marítimo Privado Italiano**. Tomo III “Las Obligaciones”. Barcelona: Bosch, 1951.
- CHAMI, Diego. **Curso de Derecho de la Navegación**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2022.
- CHARVET, K; MCNEIL, A. **Recent Developments in Admiralty and Maritime Law** in Tort & Insurance Law Journal, Winter 2001, Vol. 36, nº 2.
- CHORLEY & GILES. **Shipping Law**. London: Pitman Publishing, 1952.
- D’OVIDIO, A.; PESCATORE, G. **Manuale di diritto della Navigazione**. Milan: Dott. A. Giuffrè Editore, 1969.
- FARIÑA, F. (1955). **Derecho y legislación marítima**. España: Bosch.
- FUJIMOTO, K. **The Essentials of General Average** in The Annals of the Hitotsubashi Academy, October 1954, Vol. 5, nº1.
- GOURLIE, J. **General Average**. Philadelphia: Sherrerd’s Printing House, 1881.
- KENDALL, W; BOYKIN, N; HELLER, N. **The Law of General Average: Possible Consequences of a Resurgence of Acts of Piracy** in Transportation Journal. Penn State University Press. Vol. 50, nº2 (Spring 2011).
- KNAUTH, A. **The Survival of General Average. A Necessity or an Anachronism?** by K. S. Selmer in The American Journal of Comparative Law. Vol. 8, nº 1 (winter, 1959).
- LOWELL, J. **General Average: ‘Qui Sentit Commodum Sentire Debet et Onus’** in Harvard Law Review. Oct. 25, 1895, Vol. 9, Nº 3.



PEJOVÉS, J. (2018). **Avería Común y las Reglas de York y Amberes en la esencia del Derecho Marítimo: ¿Cómo se justifica el sacrificio de la carga durante una aventura marítima?** Columna. Medio electrónico MundoMarítimo. Recurso online disponible en: <https://www.mundomaritimo.cl/noticias/averia-comun-y-las-reglas-de-york-y-amberes-en-la-esencia-del-derecho-maritimo>.

PEZOA HUERTA, R. **La acción de subrogación en el contrato de seguro marítimo, desde la jurisprudencia y el derecho comparado** in Revista Novos Estudos Jurídicos [NEJ] de la Universidade do Vale do Itajaí, Brasil. Vol. 26. Nº 1 Jan-Abr 2021.

PEZOA HUERTA, R. **On the validity of the New Jason Clause in charterparties and bills of lading under Chilean law** in The Journal of International Maritime Law. Vol. 23 (2023) nº 3.

PUTNAM, H. **General Average Liability with Cargo for Successive Ports** in Columbia Law Review. May, 1902, Vol.2, Nº5.

RIPERT, G. **Compendio de Derecho Marítimo**. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1954.

SMEESTERS, C.; WINKELMOLEN, G. **Droit maritime et droit fluvial**. Belgique: F. Larcier, 1929.

THE HARVARD LAW REVIEW ASSOCIATION. **Admiralty. Torts. Application of General Average to Liability for a Tort Committed in Saving the Ship** in Harvard Law Review, Mar., 1916, Vol. 29, nº 5.

THE YALE LAW JOURNAL COMPANY INC. **General Average. Statutory Exemption. Exceptions in Bill of Lading. The Roanoke, 59 Fed. Rep. 161** in The Yale Law Journal. May, 1894, Vol. 3, nº 5, p. 181.

VLACHOS, Sp. **Is Damage to Machinery Good in General Average?** in The American Journal of Comparative Law, Winter, 1960, Vol. 9, nº 1.

VIVANCO, E. (2011). **La Cláusula New Jason en los Contratos de Transporte Marítimo y Conflictos con las Reglas de York Amberes**. Seminario sobre Seguridad Marítima, características y aseguramiento. Instituto Iberoamericano de Derecho Marítimo, rama argentina. Pág. 3.

13 JURISPRUDENCIA CITADA

Vlassopoulos v. British and Foreign Marine Ins. Co. [1929] I.K.B. 187. Disponible en Lloyd's List Intelligence sitio web: <https://www.i-law.com/ilaw/doc/view.htm?id=140954>.

Ralli v. Troop, 157 U.S. 386 (1895) disponible en el sitio web: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/157/386/>.



**INFRAÇÕES E PENALIDADES NO ÂMBITO ADUANEIRO:
UMA REVISÃO SOBRE O SISTEMA.**

INFRACTIONS AND PENALTIES ON CUSTOMS LAW: A SYSTEM REVIEW

Bruno Eduardo Budal Lobo¹

RESUMO: Neste trabalho, promoveu-se a avaliação e construção da conceituação de infrações e penalidades aduaneiras. Abordou-se de maneira objetiva, utilizando-se do método indutivo, a forma pela qual o ordenamento jurídico brasileiro constitui em mora o administrado pela inobservância de determinadas normas procedimentais. De forma complementar, intentou-se a discussão acerca da observação da norma infracional a partir do contexto de construção da norma jurídica em sentido estrito, composta pelas suas duas faces: a norma primária e secundária. Na decomposição da norma objetivou-se a redução da complexidade para o intérprete pela divisão em elementos que permitam uma melhor definição da hipótese e do consequente normativo ao identificar-se onde se enquadra a infração e a penalidade. Conceituou-se os dois institutos com a abordagem às espécies, aplicação e restrição. Ao final, observou-se a necessidade de análise da reincidência excessiva dos administrados às penalidades e a possível ausência da sua finalidade pedagógica.

Palavras-chave: aduaneiro; infrações; penalidades; norma jurídica em sentido estrito; dolo; culpa.

ABSTRACT: In this work we developed the evaluation and conceptualization of customs infractions and penalties. The way in which the Brazilian legal system constitutes in arrears what is administered due to non-compliance with certain procedural rules was approached objectively and with the inductive method approach. In a complementary way, a discussion was attempted about the observation of the infraction rule from the context of construction of the legal norm in the strict sense, composed by its two faces: the primary and secondary norm. In the decomposition of the norm, the objective was to reduce the complexity for the interpreter by dividing it into elements that allow a better definition of the hypothesis and the consequent normative by identifying where the infraction and the penalty fit. The two institutes were conceptualized with the approach to species, application and restriction. In the end, there was a need to analyze the excessive recidivism of those administered penalties and the possible absence of their pedagogical purpose.

Keywords: customs; infractions; penalties; legal rule in the strict sense; malice; fault.

¹ Possui graduação em Direito - Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina (2010). Pós-graduado pela UNIVALI em Direito Aduaneiro e Comércio Exterior. Sócio-fundador do escritório Lobo & Vaz Advogados Associados. Coordenador da Pós-Graduação em Direito Aduaneiro e Tributação Internacional. Mestrando em Direito na Universidade Católica de Brasília - UCB Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Aduaneiro e Marítimo.



1 INTRODUÇÃO

As infrações e penalidades aduaneiras estão mais presentes no dia a dia do interveniente de comércio exterior do que se deseja. É um fator de conhecimento notório, ao menos a nível de Brasil, que as operações de importação e exportação, e suas afluentes, desaguam em mares infracionários com suas consequências punitivas numa frequência diária e, muitas vezes, com tratamento dispensado ao operador que flerta com a inconstitucionalidade.

Na construção dos modelos normativos positivados não é dispensado um verdadeiro tratamento que faça frente ao postulado do Modelo Garantista adotado pela constituinte. Nesta ordem, há que se verificar a proximidade da norma penal daquela tributária e aduaneira para formular o questionamento sobre o modo pelo qual é conduzida a imposição ao operador.

Se verá, neste trabalho, como a construção da norma jurídica em sentido estrito penal e aduaneira se relacionam e quais seriam os limites do feixe interpretativo que autorizam a defesa do contribuinte no momento de sua aplicação.

Doutro norte, para um melhor entendimento do sistema, será necessário classificar e segregar as infrações e penalidades por suas características para uma melhor observação do fenômeno jurídico.

O que se buscará apresentar é a estrutura pela qual os sistemas de infrações e penalidades aduaneiras está constituído e o alcance dos direitos do contribuinte no momento da imposição e definição da conduta delitiva. Objetiva-se, de maneira geral, instigar a revisão das bases às quais o ordenamento está constituído com vistas às penalidades serem vistas como *ultima ratio* e não como um mecanismo de arrecadação.

2 INFRAÇÕES

Ao se pensar sobre o conceito de infrações logo vem à cabeça a noção de um ato reprovável, atribuído à uma conduta à qual o agente tem plena consciência do ilícito e opta por agir desta maneira ou, doutro lado, a ideia de que este está envolvido num circuito social donde a ação ilícita se revela de maneira eminentemente comum e corriqueira.



Todavia, há que se considerar no escopo da ocorrência das infrações o modo pelo qual a norma sancionatória é construída e as características técnicas de sua incidência. Esta diagramação de sua ocorrência permitirá construir relações elementares sobre a sua gênese, donde serão amarrados conceitos e princípios jurídicos que lhes são – ou, ao menos, deveriam – afetos.

2.1 Norma e Sanção

Saber serem elementos fundantes do Direito, num primeiro momento, parece desprezível e um conhecimento que qualquer cidadão com o mais parco conhecimento de sua estrutura de direitos compreende, a regra imposta e o local de sua aplicação. Porém a questão é mais profunda à qual seja interessante pequena digressão.

Nos dizeres do grande jusfilósofo Miguel Reale, ao fazer uma análise sobre a “divisão tripartida” da filosofia do direito expõe que “o homem é um ser que é, conhece e age²”. Não pretendo aprofundar este tópico, mas utilizá-lo para desenvolver o que pretendemos estudar aqui.

Quando falamos de norma e jurisdição, necessariamente pressupomos a existência de um ser que conhece e age, porém devemos entender o quão correlacionadas estão estes conceitos.

Lembremos que na concepção de Kelsen, “Norma” sempre se apresentará como a direção de uma ação manifestada pela prescrição, permissão ou outorga de competência, portanto o dever ser de um ato³. Assim, aqui temos a primeira relação entre ser, conhecer e agir, pois uma vez que a conduta está determinada, seu conhecimento é necessário e o sujeito de direito está constituído.

Todavia a questão é entender as relações de competência, principalmente por estarmos tratando de um tópico que envolve o exercício da fiscalização por meio do exercício do

² Pois bem, é dentro desta linha de evolução que encontramos uma *divisão tripartida* da Filosofia do Direito, obedecendo ao critério de que o homem é um ser que é, conhece e age. *Conhecer, agir e ser* são três pontos de vista levados em consideração para se discriminarem os problemas da Filosofia Jurídica. (REALE, Miguel. **Filosofia do Direito** – 20. ed. – São Paulo: Saraiva, 2002, p. 292.

³ “Norma” é o sentido de um ato através do qual uma conduta é prescrita, permitida ou, especialmente facultada, no sentido de adjudicada à competência de alguém (...) Na verdade, a norma é um dever-ser e o ato de vontade que ela constitui o sentido é um ser. (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987, p. 5).



“Poder de Polícia”; ao qual remetemos o conhecimento de Hely Lopes Meirelles, para um esclarecimento: “Poder de Polícia é a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividade e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado⁴”.

Portanto, é importante destacar o elemento da “faculdade de que dispõe” este ponto deve ser observado com cautela, para que não se observe a faculdade como aquela possibilidade de não-exercício deste poder.

Observe-se que a outorga de competência à qual a norma estabelece, segundo o sentido que mencionamos de Kelsen, trata-se daquela autorização (“regulamentação positiva”) para a prática de determinados atos, tal qual a aplicação de pena determinada sentença pelo agente de execução⁵. Ou seja, é uma disposição de norma que define a autoridade, obrigando ao exercício da ação.

Neste sentido constitui-se do ser a prática do fato prescrito na norma⁶. Porém entender que a norma prescreve condutas somente nos traz metade do caminho, já que o questionamento que logo vem a seguir é “e se o sujeito não praticar o ato prescrito, o que acontece?”

Quando Kelsen estatui a condição de dever ser e o ser da norma, determina a necessidade de que a para se constituir por norma jurídica válida ela precisa ser interpretada de forma a conceber os elementos da força coativa do ordenamento jurídico. De tal maneira este pressuposto demanda que a relação de prescrição tenha uma determinação de ordem coativa na sua consequência, ou tenha outra norma que lhe esteja intimamente relacionada que a preveja⁷.

⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro** – 43. ed. atual. até a Emenda Constitucional 99, de 14.12.2017. – São Paulo: Malheiros, 2018, p. 157.

⁵ Competente por força de uma lei, que é uma norma geral, para decidir os casos concretos, o juiz com a sua decisão – que representa uma norma individual – aplica a lei a um caso concreto. Competente, por força de decisão judicial, para executar uma determinada pena, o órgão de execução aplica a norma individual da decisão judicial. (KELSEN, 1987, p. 16-17).

⁶ “Norma” é o sentido de um ato através do qual uma conduta é prescrita, permitida ou, especialmente facultada, no sentido de adjudicada à competência de alguém (...) Na verdade, a norma é um dever-ser e o ato de vontade que ela constitui o sentido é um ser. (Idem, 1987, p. 5).

⁷ Uma norma, para ser interpretada objetivamente como norma jurídica, tem de ser o sentido subjetivo de um ato posto por este processo – pelo processo conforme à norma fundamental – e tem de estatuir um ato de coação ou estar em essencial ligação com uma norma que o estatua. Com a norma fundamental, portanto, pressupõe-se a



Desta forma, falar da relação objetiva entre o dever ser e a ordem coercitiva de seu conseqüente. Muitas vezes recai-se ao erro de imaginar que a norma jurídica é apenas aquela disposição evidente, portanto apenas se visualiza essa condição de hipótese-conseqüente quando se observa uma norma penal ou sancionatória. Porém, a referência de interpretação da norma jurídica em sentido estrito, é aquela norma completa à qual temos a conduta prescrita e o resultado. Por isso a necessidade de traduzir-se, tal qual a doutrina observa, que a norma é o resultado da interpretação e não do texto posto em ato positivo. Para reforçar este ponto, citamos a inteligência de Carvalho⁸:

Seja como for, o processo de interpretação não pode abrir mão das unidades enunciativas esparsas do sistema positivo, elaborando suas significações frásicas para, somente depois, organizar as entidades normativas (sentido estrito). Principalmente porque o sentido completo das mensagens do direito depende da integração de enunciados que indiquem as pessoas (físicas e jurídicas), suas capacidades ou competências, a ação que podem ou devem praticar, tudo em determinadas condições de espaço e de tempo. A teoria comunicacional, aliás, trata admiravelmente bem desse tema, organizando os enunciados do direito positivo (ordenamento) de tal modo que facilita as providências subseqüentes da montagem comunicativa.

E não poderia ser de maneira diferente, a interpretação do sujeito que se põe a construir a norma jurídica é aquela que validará os elementos da prescrição que antecede a conseqüência da norma, de forma que esta será integrada com os demais elementos do sistema jurídico ao qual a norma está correlacionada. Observe-se que apenas ler a regra positiva em ato não é o suficiente para aplicá-la o que, em muito, conflita com os ideais dos juízes da revolução francesa em que, segundo Montesquieu não poderiam promover a mediação de uma lei rigorosa demais, já que seriam, em sua célebre frase, “a boca que pronuncia as palavras da lei”⁹.

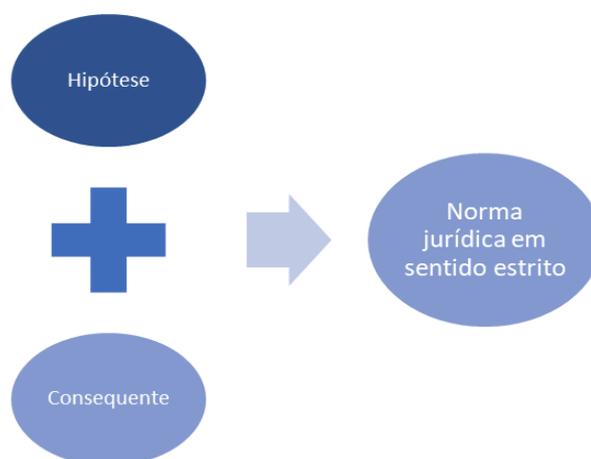
definição nela contida do Direito como norma coercitiva. A definição do Direito pressuposta na norma fundamental tem como conseqüência que apenas se deve considerar como juridicamente prescrita – ou, o que o mesmo, como conteúdo de um dever jurídico – uma certa conduta, quando a conduta oposta for normada como pressuposto de um ato coercitivo que é dirigido contra os indivíduos que dessa forma se conduzam (ou contra seus familiares). Deve notar-se, no entanto, que o próprio ato de coação não precisa ser prescrito com este sentido, que sua decretação e a sua execução pode ser apenas autorizadas. (Idem, 1987, p. 54-55).

⁸ CARVALHO, Paulo de Barros. **Para uma teoria da norma jurídica: da teoria da norma à regra-matriz de incidência tributária**. Publicado em: 24 de junho de 2019. Disponível em: <https://www.ibet.com.br/wp-content/uploads/2019/06/Paulo-de-Barros-Carvalho-Para-uma-teoria-da-norma.pdf>. Acesso em 19 fev. 2022, p. 7.

⁹ Poderia acontecer que a lei, que é ao mesmo tempo clarividente e cega, fosse, em certos casos, rigorosa demais. Mas os juízes da nação são apenas, como já dissemos, a boca que pronuncia as palavras da lei; são seres



Acontece que ao não promover a integração da norma ao sistema jurídico, são apenas palavras num papel que não trazem a verdadeira definição do que seria o bem jurídico tutelado, nem mesmo promovem os fundamentos aos quais o ordenamento está baseado. Mas para além disso, ao não se integrar o sistema deixa-se de formar a completude de incidência da norma que prescreve a conduta, para aquela que compete o agente público da aplicação de punição pela inobservância. Por esta razão, necessariamente observaremos uma construção normativa que trate de um sistema assim constituído:



Fonte: Elaborado pelo Autor (2022)

Destes pressupostos segue-se no raciocínio de Carvalho¹⁰ ao definir a hipótese (antecedente da norma) como a descrição de “fato de possível ocorrência no contexto social”, enquanto o consequente sendo aquela relação entre sujeitos de direito (necessariamente plural, v.g. relação Estado-contribuinte) e “uma conduta regulada como proibida, permitida ou obrigatória”. Assim, se conclui à expressão que “se hipótese, então consequente”.

inanimados que não podem moderar nem sua força, nem seu rigor. Assim, é a parte do corpo legislativo que acabamos de dizer ter sido, em outra oportunidade, um tribunal necessário que se mostra de novo necessária agora; sua autoridade suprema deve moderar a lei em favor da própria lei, sentenciando com menos rigor do que ela. (MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 175).

¹⁰ Se a proposição-hipótese é descritora de fato de possível ocorrência no contexto social, a proposição-tese funciona como prescritora de condutas intersubjetivas. A consequência normativa apresenta-se, invariavelmente, como uma proposição relacional, enlaçando dois ou mais sujeitos de direito em torno de uma conduta regulada como proibida, permitida ou obrigatória. (CARVALHO, 2019, p. 10).

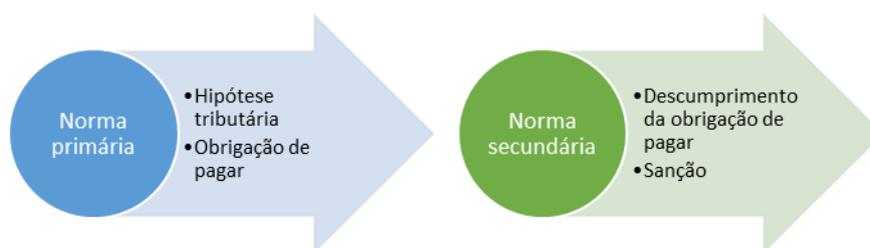


Dito isto, há de se trabalhar as possibilidades de nosso sistema não estar claramente disposto sobre quais fatos resultam em quais sanções, portanto volta-se ao contexto de integração do sistema para trabalhar com os elementos de norma primária e norma secundária. A doutrinadora Maria Padilha¹¹ trabalha bem a definição destes conceitos:

- Norma primária: é a norma que descreve um fato de possível ocorrência, a qual implica a prescrição de uma conduta relacionando sujeitos. É a norma que estatui direitos e deveres materiais correlatos.
- Norma secundária: logicamente conectada à primária prescreve uma sanção mediante a atuação coercitiva do Estado-juiz quando, verificado o fato descrito na hipótese da norma primária a conduta prescrita é descumprida. Essa norma estabelece relação de cunho processual-sancionatório. (grifos do original)

Aqui sim se adentra à formação da norma infracional. Veja, é necessário entender a correlação entre o ato-sanção para não se recair em diferenciações que vão restringir a coerência do sistema. A norma primária, tal qual exposto é aquela que prescreve a obrigação tributária ou aduaneira (v.g.: pagar o tributo, iniciar o despacho, classificar a mercadoria, etc); enquanto a norma secundária é aquela que propõe a penalidade por descumprimento da obrigação (v.g.: perdimento de mercadoria, multa, etc).

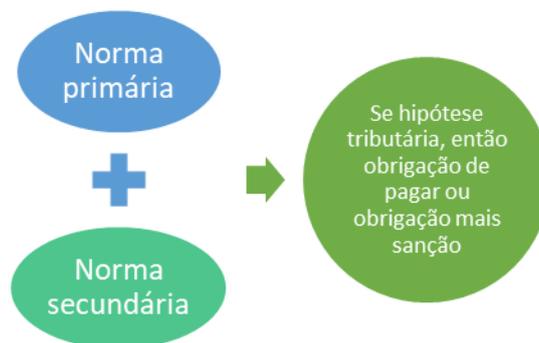
Ou seja, desta correlação entre as normas é que se estabelece a norma jurídica em sentido estrito de cada um dos fatos tributários ou aduaneiros. Assim, para que seja clara a construção passemos a sistematizar:



Fonte: Elaborado pelo Autor (2022)

¹¹ PADILHA, Maria Ângela Lopes Paulino. **As sanções no direito tributário**. São Paulo: Noeses, 2015, p. 28.





Fonte: Elaborado pelo Autor (2022)

Observe-se, então, que a norma secundária aqui disposta será o objeto principal de estudo, isto porque observar-se-á que o antecedente da norma secundária será habitado pelo conceito de infração, razão pela qual se tratará deste assunto a partir deste ponto.

2.2 Conceito de Infração

Para que fique claro o evento de se considerar a infração como antecedente da norma secundária, compreenda-se que a ao se integrar o sistema de Direito dentro do ordenamento jurídico brasileiro, se estará considerando na norma de incidência do tributo e sua penalidade, todos aqueles princípios, garantias e direitos a que o acusado da prática infracional, tão logo delitiva, detenha.

Num ordenamento jurídico como o brasileiro, em que predomina a garantia dos direitos ao acusado, a paridade de armas, a ampla produção de provas e meios de recurso, objetiva-se a decisão justa que aclare os fatos e permita a compreensão imparcial dos elementos formadores do direito de cada parte. A norma infracional, bem como seu processamento, deve buscar seguir o Modelo Garantista [MG] tal qual proposto por Luigi Ferrajoli, em “*La democrazia attraverso i diritti*”¹² do qual é possível compreender sob o jugo de seu orientando de Doutorado Prof. Hermes Zanetti Jr., quando afirma que o referido

¹² FERRAJOLI, Luigi, *La democrazia attraverso i diritti. Il costituzionalismo garantista come modello teorico e come progetto politico*. Roma/Bari: laterza, 2013.



modelo “exige a presença de quatro postulados: a) legalidade (mera e estrita); b) completude deôntica; c) jurisdicionalidade; d) acionabilidade¹³.

Postulados estes, que garantem ao jurisdicionado que o processo estará dentro da legalidade, com garantias para que os direitos tenham efetividade, com dispositivos sancionatórios e reparatórios ao caso de serem violados e com uma jurisdição sempre disponível para responder às violações¹⁴.

Isto posto, para que se possa construir uma norma dotada dos pressupostos que o Modelo Garantista [MG] estabelece, em conjunto com a ordem de direitos fundamentais da Carta Magna, é necessário que se trate da questão da infração sob a ótica tradicionalmente abordada pelos criminalistas.

Antes, para que se possa prosseguir, vale a citação à Padilha¹⁵ para esclarecer o conceito de infração tributária:

“Infração tributária”, núcleo da materialidade da proposição-hipótese, pode ser definida como a ação ou omissão que configura uma violação aos deveres jurídicos prescritos nas leis tributária, mormente o descumprimento de obrigação tributária principal (não recolhimento do tributo) ou a não prestação de deveres instrumentais, i.e., das providências formais destinadas a auxiliar na arrecadação e na fiscalização da Administração Fazendária.

No sentido impresso pela doutrinadora, a infração corresponde ao principal elemento do antecedente da norma sancionatória, que pode ter como pressuposto o não cumprimento de obrigação principal ou acessória do tributo. Mas antes de adentrar-se nestas diferenças, apenas para firmarmos um ponto com relação ao tratamento destas normas, faremos um pequeno

¹³ ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes** – 2. ed. rev. e atual. – Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 240.

¹⁴ Os quatro postulados do constitucionalismo garantista afirmados pela doutrina são os seguintes:

- a) *princípio da legalidade*, em sua dupla acepção, *mera legalidade e legalidade estrita* (...);
- b) *princípio da completude deôntica*, que obriga a introdução de garantias sempre que reconhecidos direitos pelo ordenamento jurídico (...);
- c) *princípio da jurisdicionalidade*, que garante no ordenamento jurídico a sanção e a reparação das violações às garantias primárias através de garantias secundárias de jurisdição, mediante funções e instituições de garantia previstas para correção destes vícios no ordenamento jurídico. (...)
- d) *princípio da acionabilidade*, o qual prevê, na existência de jurisdição, uma garantia complementar do ponto de vista secundário, determinando a possibilidade de acionar esta jurisdição, ativando-a para sanar os vícios decorrentes da ultrapassagem das garantias primárias, não só pelos particulares lesados, mas também, mesmo que de forma complementar e subsidiária, por órgãos públicos de garantia, a exemplo do Ministério Público Brasileiro. (Idem, 2016, p. 227-228).

¹⁵ PADILHA, 2015, p. 40.



“pit-stop” para tratamos da correlação entre a infração e o injusto penal. Portanto, buscamos na doutrina do brilhante Juarez Tavares¹⁶, a sua caracterização:

O injusto penal se caracteriza pela realização de uma ação violadora de uma norma proibitiva ou mandamental e também contrária à ordem jurídica em sua totalidade. Essa ação é atribuída a um sujeito com as qualidades de pessoa deliberativa de produz uma alteração sensível da realidade, expressa na lesão ou perigo concreto de lesão a um bem jurídico.

Apenas para complemento ao descrito o mesmo autor observa, posteriormente que o conceito de ação empregado na definição do injusto penal, constitui-se pela comissão (fazer) quanto pela omissão (não fazer)¹⁷, entenda-se o ato como aquele que realiza tanto quanto aquele que, apesar da previsão para fazê-lo, deixa-se de praticá-lo.

Tome-se nota das similaridades entre a definição de injusto penal e da infração, ambos tratam da: 1) ação ou omissão do dever de agir do agente, que 2) configura uma violação à norma proibitiva, e que 3) se expressa na lesão ou seu perigo a um bem jurídico. Ou seja, ao tratar de condutas infracionárias tributárias ou aduaneiras, que diferença há da constituição do conceito de crime? Para efeitos de persecução para a constituição da infração aduaneira, certamente as autoridades se inspiram, porém é sempre necessário lembrar dos direitos a que o contribuinte apenas faz jus.

Para reforçar este ponto e darmos continuidade ao tema, cita-se a observação de Solon Sehn¹⁸ sobre o tema:

Entre nós, cumpre destacar o estudo de Fabio Brun Goldschmidt, evidenciando a identidade ontológica do ilícito penal e do ilícito administrativo, bem como Hugo de Brito Machado, para quem “a rigor não existe nenhuma diferença ontológica entre a pena criminal e a pena administrativa, embora as sanções que atingem a liberdade de ir e vir somente possam ser aplicadas pela autoridade judiciária”.

As evidências acerca da identidade das infrações com o injusto penal estão para além da parte ontológica de sua constituição, até porque quando se fala de prática criminosa não necessariamente trata-se da ocorrência única e exclusiva da penalidade restritiva de liberdade, mas também das demais sanções tais quais restrições de direitos, multas etc.

¹⁶ TAVARES, Juarez. **Fundamentos da teoria do delito**. – 3. ed. – São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 137.

¹⁷ Inicialmente, cabe dizer que a ação, quando acolhida como elemento estrutural do conceito de delito, engloba tanto a comissão (fazer) quanto a omissão (não fazer) (Idem, 2020, p. 138)

¹⁸ SEHN, Solon. **Curso de Direito Aduaneiro**. – 1. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 401-402.



Ademais, considere-se do que a infração diz respeito, pois se trata de dois elementos da norma tributária, a obrigação principal e a acessória (também conhecida como “dever instrumental”), assim observemos o que dispõe o CTN:

Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória.

§ 1º A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente.

§ 2º A obrigação acessória decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos.

§ 3º A obrigação acessória, pelo simples fato da sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária.

A legislação de regência já entrega aquilo que são as correlações necessárias ao entendimento do que se comporta pelos conceitos aqui tratados, mas para esclarecer ainda mais, a obrigação principal se constitui da obrigação de pagar (obrigação de dar coisa certa) enquanto nas obrigações acessórias constitui-se da obrigação de apresentar documentos, prestar informações etc. (obrigação de fazer). Para um pouco mais de informação recorre-se à Padilha¹⁹:

Deveres instrumentais, consoante os arts. 113, §2º, e 115 do CTN, têm como objeto as prestações, positivas ou negativas, previstas em prol do interesse da arrecadação e da fiscalização do tributo e que não configuram a obrigação principal, consistentes em promover a inscrição no cadastro fiscal na forma e prazo determinados, antecipar valores, preencher declarações realizar a contabilidade-fiscal, emitir notas fiscais, escriturar livros, apresentar as informações quando exigidas pela fiscalização; enfim, documentar a ocorrência do fato previsto na hipótese da regra-matriz da incidência tributária e colaborar com a Administração Fazendária, nos moldes exigidos em lei.

A **obrigação tributária principal**, por sua vez, consiste na obrigação de pagar o tributo com a ocorrência do evento tributário na forma estipulada no critério temporal da RMIT, extinguindo a relação jurídico-tributária entre sujeito passivo e sujeito ativo, nos moldes do art. 156, I, do CTN. (grifos do original)

Diante desses esclarecimentos, é possível dividir as infrações entre suas espécies. Considerando-se que há dois tipos de obrigações, as infrações podem se manifestar pelo descumprimento de quaisquer de suas disposições, portanto exsurtem os tipos de infrações materiais e formais. Na doutrina de Sehn²⁰, trata das infrações formais como sendo aquelas

¹⁹ PADILHA, 2015, p. 36. Esclarecendo: RMIT = **R**egra-**M**atriz de **I**ncidência **T**ributária.

²⁰ Paralelamente, dentro de uma segunda proposta classificatória, as infrações podem ser divididas em formais e materiais. Nas *infrações formais* a conduta omissiva ou comissiva do agente substancia a não prestação de um



ações (comissivas ou omissivas) que resultem no descumprimento de algum dever instrumental, enquanto as infrações materiais são resultado do descumprimento da obrigação principal.

2.3 Dolo e Culpa

Adentrando ao que a legislação prescreve, tanto o Decreto-Lei nº 37/1966, quanto o Decreto nº 6.759/2009 possuem textos muito similares, portanto se trabalhou com aquele que melhor expressar o contexto jurídico da norma. De tal maneira, veja o que prescreve:

Art. 673. Constitui infração toda ação ou omissão, voluntária ou involuntária, que importe inobservância, por parte de pessoa física ou jurídica, de norma estabelecida ou disciplinada neste Decreto ou em ato administrativo de caráter normativo destinado a completá-lo.

Parágrafo único. Salvo disposição expressa em contrário, a responsabilidade por infração independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, da natureza e da extensão dos efeitos do ato.

Analisando o que prescreve a norma, a infração restará configurada pela prática voluntária ou involuntária da ação (ou omissão). Aqui se adentra num novo elemento de ponderação que trata da culpabilidade e dolo do infrator que exige observar o seu conceito. Neste ponto, resgata-se a doutrina de Tavares sobre o assunto:

Acerca do Dolo²¹:

Atendendo ao tema proposto na norma proibitiva, o dolo deve compreender todos os elementos que lhe dão suporte precisamente em face da lesão ou do perigo concreto de lesão do bem jurídico. Nesse sentido, o dolo será **a consciência e vontade de realizar os elementos objetivos do tipo, tendo como objetivo final a lesão ou o perigo concreto de lesão ao bem jurídico.** (grifos do original)

Sobre Culpa²²:

Atendendo à configuração diferenciada do injusto, conforme as formas do processo de imputação, o tipo dos delitos culposos se compõe de uma ação descuidada (excedente ao risco autorizado), do resultado, da relação de causalidade e da imputação do resultado ao agente, aí se incluindo a previsibilidade e inevitabilidade do evento.

A ação descuidada é aquela que excede o risco autorizado. Entende-se que o risco autorizado será excedido quando, nas circunstâncias, o perigo provocado pela conduta do agente não pode ser, juridicamente, suportado pelos demais.

dever instrumental, ao passo que, nas *infrações materiais*, de uma obrigação tributária ou aduaneira. (SEHN, 2021, p. 400).

²¹ TAVARES, 2020, p. 278.

²² Idem, 2020, p. 413.



Ainda, há que se considerar as espécies de culpa, que se dividem nas categorias de consciente e inconsciente. O mesmo autor disserta que a culpa consciente não se revela na consciência ou não do agente sobre o resultado, mas sim quando o agente violar conscientemente a norma de cuidado; o que, por outro lado, até por decorrência lógica, compreende-se que a culpa inconsciente se apresenta quando não detiver o conhecimento acerca da norma de cuidado. Por fim, ao se observar o art. 18, II, do Código Penal, compreende-se que a teoria finalista estabeleceu que o crime é culposo quando se dá por imprudência, negligência ou imperícia.

Já o dolo, apesar de seus desdobramentos, se trata da característica de vontade do agente sobre a prática de ação que venha a lesionar o bem jurídico tutelado.

Na sequência, o art. 674, do RA, determina os responsáveis pela infração:

Art. 674. Respondem pela infração (Decreto-Lei nº 37, de 1966, art. 95):

I - conjunta ou isoladamente, quem quer que, de qualquer forma, concorra para sua prática ou dela se beneficie;

II - conjunta ou isoladamente, o proprietário e o consignatário do veículo, quanto à que decorra do exercício de atividade própria do veículo, ou de ação ou omissão de seus tripulantes;

III - o comandante ou o condutor de veículo, nos casos do inciso II, quando o veículo proceder do exterior sem estar consignado a pessoa física ou jurídica estabelecida no ponto de destino;

IV - a pessoa física ou jurídica, em razão do despacho que promova, de qualquer mercadoria;

V - conjunta ou isoladamente, o importador e o adquirente de mercadoria de procedência estrangeira, no caso de importação realizada por conta e ordem deste, por intermédio de pessoa jurídica importadora (Decreto-Lei nº 37, de 1966, art. 95, inciso V, com a redação dada pela Medida Provisória no 2.158-35, de 2001, art. 78);
e

VI - conjunta ou isoladamente, o importador e o encomendante predeterminado que adquire mercadoria de procedência estrangeira de pessoa jurídica importadora (Decreto-Lei nº 37, de 1966, art. 95, inciso VI, com a redação dada pela Lei no 11.281, de 2006, art. 12).

Parágrafo único. Para fins de aplicação do disposto no inciso V, presume-se por conta e ordem de terceiro a operação de comércio exterior realizada mediante utilização de recursos deste, ou em desacordo com os requisitos e condições estabelecidos na forma da alínea "b" do inciso I do § 1º do art. 106 (Lei nº 10.637, de 2002, art. 27; e Lei nº 11.281, de 2006, art. 11, § 2º).

Seguindo-se o princípio da pessoalidade, inscrito no art. 5º. XLV, da Constituição Federal, determina que cada infração deve ter um agente correspondente. Diferentemente são os casos em que houver aquele que se beneficie ou concorra para a prática da Infração.



Os casos dos incisos II, III e IV, são específicos aos casos em que o proprietário do veículo, o condutor ou o despachante aduaneiro concorram para a prática infracional, caso contrário, a responsabilidade pela infração se traduz naquela de quem detém a mercadoria.

Acontece que os casos dos incisos V e VI, tratam das modalidades importação por conta e ordem de terceiro e por encomenda, respectivamente. Todavia, o importante destaque de SEHN sobre o assunto de que estes dispositivos se revestem de inconstitucionalidade, uma vez que a matéria relativa à responsabilidade de agentes pela infração só pode ser regradada por meio de lei complementar²³. É claro que, independentemente disto, se concorrer para a infração ou dela se beneficiar, encontra validade constitucional a aplicação da penalidade.

3 PENALIDADES

Neste tópico serão abordadas as penalidades sob o seu aspecto conceitual e técnico. Ao conferirmos às penalidades após uma clara definição das infrações no contexto da norma jurídica em sentido estrito torna-se mais clara a relação existente entre ambos, pois que há o necessário imbricamento da penalidade em razão da infração que lhe dispara. O grau de reprovabilidade da conduta, que diga-se de passagem é um elemento estritamente sociocultural, será materializado com a penalidade ao outorgar a competência de sua exigibilidade.

3.1 Conceito

Quando avançamos ao tema das penalidades, como sempre exigirá uma pequena digressão. Observar o tema do regramento da imposição das sanções, referidas na legislação dentro de somente uma de suas espécies, tal como “Penalidades” sem entender a construção epistemológica deste conceito, acaba por empobrecer o raciocínio sobre a questão.

Por isso retorna-se a Kelsen para compreender que as sanções possuem uma relação imbricada com o contexto de ordem social²⁴. Pois as ações que se traduzem em condutas

²³ Os incisos V e VI do art. 95 estabelecem a responsabilidade solidária do importador, do adquirente e do encomendante nos regimes de importação por conta e ordem e por encomenda. Esses dispositivos, contudo, são formalmente inconstitucionais, uma vez que essa matéria somente pode ser disciplinada em lei complementar.

²⁴ Vista de uma perspectiva psicossociológica, a função de qualquer ordem social consiste em obter uma determinada conduta por parte daquele que a esta ordem está subordinado, fazer com que essa pessoa omita determinadas ações consideradas como socialmente – isto é, em relação às outras pessoas – prejudiciais, e, pelo



reprováveis não são naturalmente concebidas como tal, é a partir do processo de cognição humana (tão logo a partir da construção da linguagem) que são estabelecidos quais atos devem ser reprimidos. Naturalmente, matar não está prescrito na natureza como uma ação reprovável da conduta de quaisquer seres, muito menos para humanos. É nesta observação dos fenômenos naturais e na construção das relações de causa e efeito que as ações passam a ser restritas.

Neste sentido, observa-se o conceito das sanções como sendo gatilhos jurídicos destinados ao estímulo ou desestímulo de determinadas condutas. Padilha irá ressaltar, com bastante propriedade, que as sanções podem se manifestar em duas formas, as punitivas e as premiais. Mas que apesar de sua proximidade conceitual em razão da finalidade, na forma punitiva pressupõe-se a ocorrência de um ilícito, enquanto determina um dever a quem infringe a norma; doutro lado o prêmio, declara ao agente que a conduta praticada se enquadra dentro dos valores juridicamente estabelecidos, pois que se pressupõe, nas palavras da autora, “um fato juridicamente irrepreensível”²⁵.

Todavia, neste tópico só se tratará das sanções de natureza punitiva e não das premiais. Retomando um tópico anterior em que se tratou da “norma completa” em que foi discursado sobre a sua composição de norma primária, em que há a obrigação a ser cumprida e a norma secundária que prevê a sanção para a sua inobservância, retorna-se ao que Kelsen²⁶ nos traz sobre o assunto:

O ser-devida da sanção inclui em si o ser-proibida da conduta que é seu pressuposto específico e o ser-prescrita da conduta oposta. Devemos notar a propósito que, como o ser-“prescrita” ou o ser-“proibida” de uma determinada conduta se quer dizer não o ser-devida desta conduta ou da conduta oposta, mas o ser-devida da consequência desta conduta, isto é da sanção. A conduta prescrita não é a conduta devida; devida é a sanção. O ser-prescrita significa que o contrário desta conduta é pressuposto do ser-devida da sanção. A execução da sanção é prescrita, é conteúdo de um dever jurídico, se sua omissão se torna pressuposto de uma sanção. Se não for esse o caso, ela apenas pode valer como autorizada e não também como prescrita.

contrário realize determinadas ações consideradas socialmente úteis. Essa função motivadora é exercida pelas representações das normas que prescrevem ou proíbem determinadas ações humanas. (KELSEN, 1987, p. 27)

²⁵ Isso porque, apesar de assemelharem-se no aspecto teleológico, em uma comparação entre a sanção punitiva e a sanção premial, destacam-se distinções relevantes, a saber: a sanção punitiva pressupõe um ilícito e implica um dever ao infrator, sujeito à medida coercitiva; o prêmio, por seu turno tem como pressuposto um fato juridicamente irrepreensível que concretiza os valores insertos nos mandamentos jurídicos, figurando como um direito subjetivo daquele que atendeu à prescrição normativa. (PADILHA, 2015, p. 48).

²⁶ KELSEN, 1987, p. 28.



É certo que explicar um conteúdo tão vasto é complexo, mas é importante que se entenda que o autor pretendeu aclarar as diferenças entre a norma sancionatória (secundária) e a norma de conduta (primária) para estabelecer que o antecedente da sanção é a inobservância da conduta prescrita.

Assim, diante do todo que tratamos até o presente momento, podemos compreender que penalidades são espécies do gênero sanção, cujas se constituem por imposições coativas do ordenamento jurídico decorrente do descumprimento de condutas prescritas que visam o estabelecimento de uma ordem social específica.

3.2 Espécies e aplicação

Definido o seu conceito, passa-se às espécies e sua aplicação. Importa ao jurista compreender as divisões estabelecidas para cada um, principalmente para considerar a qual feixe de normas a penalidade estará adstrita e qual a coerência sistêmica que precisa ser seguida para que sua aplicação não transborde a legalidade.

3.2.1 Espécies

Isto posto, adentremos às espécies de penalidades previstas para o ordenamento aduaneiro. Observemos o art. 675, do RA:

Art. 675. As infrações estão sujeitas às seguintes penalidades, aplicáveis separada ou cumulativamente (Decreto-Lei nº 37, de 1966, art. 96; Decreto-Lei nº 1.455, de 1976, arts. 23, § 1º, com a redação dada pela Lei nº 10.637, de 2002, art. 59, e 24; Lei nº 9.069, de 1995, art. 65, § 3º; e Lei nº 10.833, de 2003, art. 76):

- I - perdimento do veículo;
- II - perdimento da mercadoria;
- III - perdimento de moeda;
- IV - multa; e
- V - sanção administrativa.

Ao se avaliar as hipóteses previstas no Regulamento é possível reclassificar as opções de penalidades como sendo aquelas de Perdimento, Multa ou Sanção Administrativa. Importante o destaque de que as espécies serão tratadas ao largo, haja visto que cada uma possui procedimento próprio e demanda desdobramentos conceituais profundo, de tal maneira buscou-se tratar, neste momento, das competências e procedimentos.



3.2.2 Competência

O art. 676²⁷ do RA estabelece que a aplicação das penalidades será “proposta” por Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil. Sehn argumenta que o artigo repete o mesmo erro do art. 142 do CTN ao utilizar a expressão, já que não há qualquer dúvida de que o agente aplica a penalidade por meio do auto de infração²⁸.

Posteriormente, no art. 677²⁹, há a determinação da competência à autoridade julgadora para determinar a pena – ou penas –, definir quem deve responder pela infração e fixar a quantidade da pena. Acontece que apesar da definição aqui estabelecer à autoridade julgadora a competência para decidir sobre o assunto, a forma prescrita faz crer que será um processo duplo em que ocorre a propositura pelo auditor e a definição pela autoridade superior, porém este fato não ocorre desta maneira.

O auditor fiscal, como bem mencionado por Sehn, aplica a penalidade a quem desejar, nos limites que entender devido e caso o contribuinte discorde da aplicação, recorre à fase litigiosa do Processo Administrativo Fiscal (PAF). Eventualmente lá poderão ser revistas as condições lavradas no auto de infração.

3.2.3 Dosimetria

Na sequência o art. 678³⁰, do RA traz a metodologia de aplicação da pena quando a multa possuir uma faixa variável. Estabeleceu-se aqui que a pena deverá ser aplicada em seu patamar mínimo somente se majorando em três situações: 1) fique demonstrada a existência de artifício doloso na prática da infração; 2) que cause o agravamento das consequências; ou 3) que retarde o conhecimento pela autoridade aduaneira.

²⁷ Art. 676. A aplicação das penalidades a que se refere o art. 675 será proposta por Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil.

²⁸ Esse dispositivo repete o equívoco do art. 142, do CTN. Isso porque, a rigor, o Auditor-Fiscal da Receita Federal não se limita a “propor” a aplicação de penalidade, mas aplica diretamente por meio de auto de infração. (SEHN, 2021, p. 410).

²⁹ Art. 677. Compete à autoridade julgadora (Decreto-Lei nº 37, de 1966, art. 97):

I - determinar a pena ou as penas aplicáveis ao infrator ou a quem deva responder pela infração; e
II - fixar a quantidade da pena, respeitados os limites legais.

³⁰ Art. 678. Quando a multa for expressa em faixa variável de quantidade, a autoridade fixará a pena mínima prevista para a infração, só a majorando em razão de circunstância que demonstre a existência de artifício doloso na prática da infração, ou que importe agravar suas consequências ou retardar seu conhecimento pela autoridade aduaneira (Decreto-Lei nº 37, de 1966, art. 98).



Apesar da previsão legal trazer uma interessante medida para dosar a pena, hoje as penalidades previstas não possuem dispositivos que promovam a variação da pena. Portanto, acaba por esvaziar a previsão do art. 678.

3.2.4 Concurso de infrações

Prosseguindo o RA trata do concurso de infrações e de pessoas, para complementar citaremos também o disposto no Decreto-Lei nº 37/1966:

Regulamento Aduaneiro:

Art. 679. Apurando-se, no mesmo processo, a prática de duas ou mais infrações diferentes, pela mesma pessoa física ou jurídica, aplicam-se cumulativamente, no grau correspondente, quando for o caso, as penalidades a elas cominadas (Decreto-Lei nº 37, de 1966, art. 99, caput).

Decreto-lei nº 37/1966

Art.99 - Apurando-se, no mesmo processo, a prática de duas ou mais infrações pela mesma pessoa natural ou jurídica, aplicam-se cumulativamente, no grau correspondente, quando for o caso, as penas a elas cominadas, se as infrações não forem idênticas.

§ 1º - Quando se tratar de infração continuada em relação à qual tenham sido lavrados diversos autos ou representações, serão eles reunidos em um só processo, para imposição da pena.

§ 2º - Não se considera infração continuada a repetição de falta já arrolada em processo fiscal de cuja instauração o infrator tenha sido intimado.

Note-se que as diferenças entre os artigos 679 e 99 são para definição da forma pela qual será aplicada a penalidade. Um fator importante é que aqui não há a previsão para a absorção do concurso de infrações para a imposição de uma penalidade com maior gravidade, mas sim da cumulação delas. Um outro ponto é que caso as infrações não sejam continuadas, mas ainda não tenham sido objeto de autuação, poderão ser reunidos num auto só.

Na sequência, há o concurso de aparente de tipos nas infrações, assim, vejamos: “Art. 680. Se do processo se apurar responsabilidade de duas ou mais pessoas, será imposta a cada uma delas a pena relativa à infração que houver cometido”. O artigo 100, do Decreto-Lei nº 37/1966, possui o exato texto desta previsão no RA, portanto pouparemos da citação.

O interessante de se observar aqui é que no concurso de agentes, aplica-se a cada um a responsabilidade para cada fato. Mas, cabe aqui citar o entendimento de Sehn³¹ sobre o assunto:

³¹ SEHN, 2021, p. 411-412.



Não se pode confundir o concurso de infrações com o concurso aparente de tipos. Nesse há duas ou mais normas potencialmente incidentes, sendo que, após um exame mais detido apenas uma efetivamente será aplicada no caso concreto. Há uma unidade de fato e uma pluralidade de tipos concorrentes de aparente aplicabilidade. O afastamento de um dos tipos infracionais decorre da existência de coerência sistemática do direito e da impossibilidade de dupla punição do mesmo fato. A norma incidente será determinada a partir de três critérios ou princípios lógicos: o da especialidade, da consunção e da subsidiariedade.

Aqui o autor trata da incidência normativa específica para cada tipo, isto pois ao caso citado do art. 680, havemos de presumir que o mesmo fato dará origem a mais de uma infração, o que, seguindo na teoria do delito, promove o concurso de tipos dentro de um mesmo fato. Alberto Marques dos Santos, em seu artigo³², apresenta o raciocínio de que a “Tipicidade” no delito é a subsunção da conduta do agente ao tipo criminoso. Esclarece que para a aferição da tipicidade é necessário que se compare o fato com os “modelos de conduta proibida” e a partir deste processo construtivo elenca três possíveis resultados: “a) o fato não se enquadra em nenhum dos modelos: é atípico; b) o fato se enquadra em um só dos modelos: é típico; c) o fato se enquadra em dois ou mais dos modelos: é simultaneamente típico para mais de um tipo”. Em seu julgamento, no caso da situação “c)” temos o concurso de tipos.

Retornando ao abordado por Sehn³³, posteriormente conceitua os critérios tratando como o da especialidade sendo aquele que, na ocorrência de mais de um tipo em que há

³² Tipicidade é a adequação de uma conduta a um tipo legal de crime 4. No sentido jurídico-penal, tipo é um modelo de conduta. Pode ser um modelo de conduta permitida (tipo permissivo) ou um modelo de conduta proibida: o tipo incriminador. O tipo incriminador descreve (modela) a conduta proibida, e ameaçada com a pena. Ao fazê-lo cria um molde, um padrão para ser comparado com condutas da vida real. Logo, definir se um determinado fato constitui, ou não, um delito, passa pela realização do chamado juízo de tipicidade: a comparação do fato com os modelos de conduta proibida, que a lei criminal elenca *numerus clausus*. Três podem ser as conclusões dessa comparação: a) o fato não se enquadra em nenhum dos modelos: é atípico; b) o fato se enquadra em um só dos modelos: é típico; c) o fato se enquadra em dois ou mais dos modelos: é simultaneamente típico para mais de um tipo. (SANTOS, Alberto Marques dos. **Concurso aparente de tipos**. In: Revista Judiciária do Paraná, Curitiba: JM Livraria Jurídica, vol. 1 (jan./2006), p. 161-199 1. Disponível em <https://www.albertosantos.org/Concurso.pdf>. Acessado em 20 de fev. de 2022, p. 2. Disponível também no AVA).

³³ O critério da especialidade estabelece que, havendo mais de um tipo infracional com elementos em comum, aplica-se aquele com maior número de atributos especializantes. (...)

Pelo critério da subsidiariedade, diante de estágios distintos de violação de um mesmo bem jurídico protegido por mais de um tipo infracional, a ofensa maior absorve a menor. (...)

O critério da consunção ou da absorção aplica-se aos casos em que a conduta do agente se desenvolve no tempo, violando uma pluralidade de tipos infracionais contidos uns nos outros. Isso ocorre quando uma infração é etapa de realização de outra ou uma forma regular de transição para o delito final. Há uma relação meio-fim, de sorte que a aplicação do tipo infracional meio (norma consumida) é afetada pela incidência do tipo fim (norma consuntiva). É o que ocorre na falsificação da fatura (infração-meio) em relação ao subfaturamento (infração-



similaridade, aplica-se aquele com o maior número de características específicas; já pela subsidiariedade, havendo uma infração mais grave, esta absorve a de menor potencial; e, por fim, na consunção, a infração meio é consumida por aquela que é a finalidade do agente (v.g. a falsificação da fatura – meio – que causa o subfaturamento – fim, a penalidade aplicada será a de fim).

3.2.5 Restrições e denúncia espontânea

Resolvida a questão do concurso, passa-se às restrições para a aplicação de penalidades:

Regulamento Aduaneiro	Decreto-Lei nº 37/1966
Art. 681. Não será aplicada penalidade enquanto prevalecer o entendimento, a quem cumprir as obrigações acessória e principal, de acordo com (Decreto-Lei nº 37, de 1966, art. 101) :	Art.101 - Não será aplicada penalidade - enquanto prevalecer o entendimento - a quem proceder ou pagar o imposto:
I - interpretação fiscal constante de decisão de qualquer instância administrativa, proferida em processo de determinação e exigência de créditos tributários ou de consulta, em que o interessado seja parte; ou	I - de acordo com interpretação fiscal constante de decisão irrecorrível de última instância administrativa, proferida em processo fiscal inclusive de consulta, seja o interessado parte ou não;
II - interpretação fiscal constante de ato expedido pela Secretaria da Receita Federal do Brasil.	II - de acordo com interpretação fiscal constante de decisão de primeira instância proferida em processo fiscal, inclusive de consulta, em que o interessado for parte;
	III - de acordo com interpretação fiscal constante de circular, instrução, portaria, ordem de serviço e outros atos interpretativos baixados pela autoridade fazendária competente.

Fonte: Elaborado pelo Autor (2022)

O interessante das diferenças entre os artigos é verificar que já em 1966, havia a preocupação para que se avaliasse as soluções apresentadas em consultas formais e demais documentos publicados pela Receita Federal. O Regulamento Aduaneiro não alterou nada deste procedimento, apenas simplificando a linguagem da norma.

Destarte, adentremos às regras que regem a denúncia espontânea:

fim) nesses casos, deve ser aplicada apenas a sanção decorrente da infração-fim (parágrafo único do art. 88 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001), sem cumulação com a penalidade da infração-meio (art. 105, IV, do Decreto-Lei nº 37/1966). (SEHN, 2021, p 412-413).



Regulamento Aduaneiro	Decreto-Lei nº 37/1966
Art. 683. A denúncia espontânea da infração, acompanhada, se for o caso, do pagamento dos tributos dos acréscimos legais, excluirá a imposição da correspondente penalidade.	Art.102 - A denúncia espontânea da infração, acompanhada, se for o caso, do pagamento do imposto e dos acréscimos, excluirá a imposição da correspondente penalidade.
§ 1º Não se considera espontânea a denúncia apresentada:	§ 1º - Não se considera espontânea a denúncia apresentada:
I - no curso do despacho aduaneiro, até o desembarço da mercadoria; ou	a) no curso do despacho aduaneiro, até o desembarço da mercadoria;
II - após o início de qualquer outro procedimento fiscal, mediante ato de ofício, escrito, praticado por servidor competente, tendente a apurar a infração.	b) após o início de qualquer outro procedimento fiscal, mediante ato de ofício, escrito, praticado por servidor competente, tendente a apurar a infração.
§ 2º A denúncia espontânea exclui a aplicação de multas de natureza tributária ou administrativa, com exceção das aplicáveis na hipótese de mercadoria sujeita a pena de perdimento	§ 2º A denúncia espontânea exclui a aplicação de penalidades de natureza tributária ou administrativa, com exceção das penalidades aplicáveis na hipótese de mercadoria sujeita a pena de perdimento.
§ 3º Depois de formalizada a entrada do veículo procedente do exterior não mais se tem por espontânea a denúncia de infração imputável ao transportador.	

Fonte: Elaborado pelo Autor (2022)

Ainda, para não perdermos a oportunidade, cita-se o CTN:

Art. 138. A responsabilidade é excluída pela denúncia espontânea da infração, acompanhada, se for o caso, do pagamento do tributo devido e dos juros de mora, ou do depósito da importância arbitrada pela autoridade administrativa, quando o montante do tributo dependa de apuração.

Parágrafo único. Não se considera espontânea a denúncia apresentada após o início de qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização, relacionados com a infração.

A questão que envolve a aplicabilidade da denúncia espontânea se revela sobre o momento em que ela é eficaz. Promover qualquer tipo de arrependimento posterior ao início de ação fiscal sem dúvida restringe o âmbito de aplicação de seus efeitos. Um exemplo bastante discutido na doutrina é a questão do Drawback, já que é muito comum as empresas perceberem que não irão conseguir cumprir o compromisso de exportar e buscam evitar a imposição de gravames, porém a jurisprudência evita qualquer tentativa:

TRIBUTÁRIO. DRAWBACK. DESCUMPRIMENTO. RECOLHIMENTO DOS TRIBUTOS ADUANEIROS. DENÚNCIA ESPONTÂNEA. NÃO OCORRÊNCIA. SÚMULA 360/STJ.

1. Hipótese em que a contribuinte descumpriu os requisitos para o drawback na modalidade suspensão, razão pela qual teve de recolher os valores relativos ao IPI e



ao Imposto de Importação (fato incontroverso). A discussão restringe-se à aplicabilidade do benefício da denúncia espontânea.

2. A posição atual do STJ é favorável à cobrança de multas, nos termos da Súmula 360/STJ: "O benefício da denúncia espontânea não se aplica aos tributos sujeitos a lançamento por homologação regularmente declarados, mas pagos a destempo." 3. De fato, se o crédito já está constituído e o Fisco sabe de sua existência, não há falar em pagamento antes de qualquer atividade fiscal, requisito para o benefício do art. 138 do CTN.

4. No caso do drawback, é cediço que o crédito tributário relativo ao Imposto de Importação e ao IPI se forma no momento da importação, embora fique, desde então, suspenso. Quando há descumprimento dos requisitos do drawback, é desnecessária a atuação fiscal ou a constituição do crédito, pois já foi realizado o lançamento antes do desembaraço aduaneiro de importação (precedentes: REsp 463481/RS, Segunda Turma, Rel. Ministra Eliana Calmon, DJ 20/9/2004; REsp 908.538/SP, Primeira Turma, Rel. Ministra Denise Arruda, DJe 12/2/2009).

5. Inexiste, nesse contexto, espontaneidade abrangida pela égide do art. 138 do CTN, exatamente a orientação consolidada pelo STJ na Súmula 360.

6. Entender de modo distinto seria afastar penalidade tributária no caso de descumprimento dos requisitos do drawback. Dito de outra forma, qualquer importador, mesmo trazendo bens para comercialização interna, poderia sentir-se tentado a desembarcá-los na sistemática do drawback, adiando assim o pagamento dos impostos aduaneiros para o momento que desejasse, desde que anterior a algum ato fiscalizatório concreto por parte do Fisco. Adequado, portanto, que incida in casu o disposto na Súmula 360/STJ.

7. Recurso Especial não provido.

(REsp 1291018/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/06/2012, DJe 26/09/2012)³⁴.

Note-se que o entendimento firmado é no sentido de que o crédito tributário já está constituído, mas pendente do cumprimento da obrigação acessória relativa ao benefício. Portanto, entende-se que não é possível a aplicação do instituto neste caso. O que já traz uma constatação evidente de que é necessário observar-se muito claramente o que se constitui por ação fiscal e não somente imaginar que pelo fato de o tributo não estar sendo exigido naquele momento, a denúncia passa a ser efetivada.

Um elemento de observação é a súmula nº 126, do CARF³⁵:

Súmula CARF nº 126

Aprovada pela 3ª Turma da CSRF em 03/09/2018

³⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.291.018/MG. Recorrente: Companhia Ferroligas Minas Gerais – Minasligas. Recorrido: Fazenda Nacional. Relator Ministro Herman Benjamin. Brasília/DF, 21 de junho de 2012. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201102636010&dt_publicacao=26/09/2012. Acesso em 25.04.2023

³⁵ BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Súmula nº 126. Brasília/DF, 03 de setembro de 2018. Disponível em: <http://idg.carf.fazenda.gov.br/jurisprudencia/sumulas-carf/quadro-geral-de-sumulas-1>. Acesso em 25.04.2023.



A denúncia espontânea não alcança as penalidades infligidas pelo descumprimento dos deveres instrumentais decorrentes da inobservância dos prazos fixados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil para prestação de informações à administração aduaneira, mesmo após o advento da nova redação do art. 102 do Decreto-Lei nº 37, de 1966, dada pelo art. 40 da Lei nº 12.350, de 2010.

Este é um alerta importante, o descumprimento de prazos estabelecidos pelas infrações em obrigações acessórias não autoriza a utilização da denúncia espontânea. Em especial para as demandas aduaneiras há um grave problema na aplicação desta súmula, já que a experiência mostra as maiores divergências não se dão sobre a obrigação principal e sim pelas obrigações acessórias o que muito reduz o escopo de possibilidade de defesa.

4 CONCLUSÃO

Como foi possível ver por todo o presente artigo, as infrações e penalidades no âmbito aduaneiro possuem uma característica muito próxima daquilo que se exige nas obrigações tributárias, mas sem receber o devido cotejo acerca do que se materializa nas necessidades e fragilidades da operação de comércio exterior.

No primeiro tópico abordou-se a construção, à luz da teoria geral do Direito, do conceito de norma jurídica em sentido estrito. Observou-se que a norma, enquanto dever-ser, possui a construção “hipótese → consequente” na qual denotaremos que o antecedente se qualifica por ser um descriptor de uma conduta realizável socialmente. Doutro lado, o consequente caracteriza-se pela obrigação prescrita a partir da conduta com a qual se pretende o ajuste.

A observância necessária a ser feita a partir da construção da realidade normativa é a de que o plano do antecedente se encontra na dimensão ôntica das coisas enquanto o consequente se identifica pela dimensão deôntica; isto porque a hipótese, tal como dito, participa duma relação do mundo fático e participa do universo socioeconômico que a constrói a partir da manifestação do poder dominante. Doutro lado, o consequente representa aquele estímulo ou desestímulo à conduta que deve ou não participar do ordenamento jurídico.

Tome-se nota de que toda a consequência normativa possui como pano de fundo um comportamento que pretende ser integrado ou não ao universo de fatos jurídicos.



Invariavelmente, as normas com sanções punitivas não se prestam ao aceite das condutas interpeladas, mas sim para que não se repitam e o sujeito de direitos passe a integrar o ordenamento jurídico apenas com aqueles atos que se compatibilizem com o ideal socioeconômico predefinido nas normas do próprio sistema.

Outro ponto que se observa é que para uma melhor observância sobre os fenômenos jurídicos, faz-se a divisão em norma primária e norma secundária. Estes dois institutos versam sobre a decomposição da norma jurídica em sentido estrito. Isto pois quando observamos certas normas cuja pretensão seja apenas a regulação, nem sempre vemos o dispositivo consequente acoplado de si, o que nos exige a construção daquela que será o consequente na norma completa.

Portanto, quando se avalia a norma secundária, enquanto penalizadora – pois como visto é possível haverem sanções premiaias –, necessariamente está se tratando da hipótese de incidência da infração em face da sanção que lhe compete. Porém, esta norma exige do ordenamento que seja lhe dado um tratamento à luz daquilo que se observa no Modelo Garantista [MG], caracterizando-se pelo tratamento após a devida adequação constitucional.

Por esta razão observou-se a identidade entre o conceito de infração aduaneira (ou tributária) e a sua relação com o injusto penal, ou também conhecido como “tipo”. Constatamos que a infração se refere à ação ou omissão do dever de agir do agente, que configura uma violação à norma proibitiva aduaneira (ou tributária) e que se expressa na lesão ou seu perigo a um bem jurídico aduaneiro (ou tributário). Mas para além da conceituação observa-se a relação necessariamente imbricada que deve haver na gestão do ilícito aduaneiro à luz dos direitos fundamentais na mesma medida da aplicação da norma penal.

O que nos leva, alhures, a questionar acerca da relação entre dolo e culpa quando há a aplicação de penalidades aduaneiras. Pela própria disposição de lei, a culpa do infrator é objetiva e não depende de prova, o que há é somente o consequente agravamento da penalização a depender das circunstâncias as quais o agente praticou o ato. Isto é algo que exige maior digressão ao observarmos a finalidade e objetivo das normas aduaneiras, cujo será abordado noutro trabalho dada a extensão do tema e a necessidade de se verificar a compatibilidade com acordos internacionais.



Na sequência, tratou-se das penalidades, abordando seu conceito, espécies e a forma de sua aplicação. A penalidade configura uma sanção da espécie punitiva que objetiva a repressão da ação humana em desacordo com os desígnios socioeconômicos do ordenamento jurídico. Tal qual se viu em Kelsen, sobre o antecedente da norma da penalidade não ser a conduta devida e sim a sanção (no seu cumprimento), e considerando o que já fora tratado, a norma penal (no contexto de penalidade) não se presta a prescrever uma conduta admissível pelo ordenamento jurídico – diferentemente da norma primária –, mas sim, o desestímulo à sua ação cuja se pretende a integração sistema de Direito.

Ou seja, é interessante entender que a norma sancionatória aduaneira deve ser observada como repressiva ao comportamento do administrado de tal maneira que sua conduta seja efetivamente evitada. Todavia, é necessário cogitar que se o comportamento se repete em razão da estrutura do próprio sistema se esta norma estaria atingindo a finalidade pedagógica à qual se destina, caso contrário há apenas um mecanismo de restrição de direitos travestido de sanção.

No destaque das espécies, apenas apontou-se a referência legal para compreender que na aduana brasileira há basicamente três tipos de penalidades: perdimento, multa e sanção administrativa. Poder-se-ia dizer que talvez haja dois tipos: a sanção administrativa e multa; se considerarmos o perdimento dentro do contexto sancionatório praticado pelo Estado. Entretanto, tradicionalmente se faz a divisão tripartida em razão dos tipos de sanções administrativas previstas em lei.

Por conseguinte, observou-se a competência do Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil – AFRFB para a aplicação com o devido questionamento acerca da terminologia sobre a “propositura” da medida ao invés da imposição. O que, de certa forma, propõe a ideia de que haveria uma instância de confirmação do ato, o que há, na realidade são instâncias revisoras, com exceção ao procedimento monofásico para a aplicação da pena de perdimento, cuja é específica de seu processamento.

Ainda, tratou-se do concurso de infrações para delimitar a diferença para com o concurso aparente de tipos. Naquele temos que as infrações são cumulativas e as penalidades são aplicadas de maneira conjunta ao administrado, porém nesse exige-se que a observação



sobre qual o tipo prevalece e será aplicado ao caso corrente. Esta distinção é necessária e mais afeta ao ordenamento penal, ainda que deveria ser observada com mais frequência nas alfandegas, o que nem sempre acontece.

Por fim, abordou-se as diferenças entre as restrições e a denúncia espontânea no trato das penalidades. Nas restrições, somente é verificada quando há decisão administrativa, consulta ou ato interpretativo, todavia estes instrumentos dependem de larga dilação de tempo incompatível com as necessidades mais prementes da sociedade moderna.

Doutro viés a denúncia espontânea encontra guarida sempre que se tratar de obrigação principal, que não se trate de operação de drawback e, necessariamente, antes de qualquer ação fiscal.

Por meio do presente trabalho se buscou sintetizar de maneira objetiva a construção do sistema brasileiro de infrações e penalidades aduaneiras, no que tange a sua teoria geral. Observa-se, contudo, que há questionamentos que são necessários a serem explorados, principalmente quando referentes à culpa objetiva e a finalidade da punibilidade aduaneira, vez que há grande reincidência dos tipos. Acontece que se não há mudança no comportamento do administrado, partindo-se do pressuposto que não consegue realizar o ajuste, questiona-se se não haveria de ser alterada a hipótese infracional ou a sistemática de sua aplicação.

5 REFERÊNCIAS

CARVALHO, Paulo de Barros. Para uma teoria da norma jurídica: da teoria da norma à regra-matriz de incidência tributária. Publicado em: 24 de junho de 2019. Disponível em: <https://www.ibet.com.br/wp-content/uploads/2019/06/Paulo-de-Barros-Carvalho-Para-uma-teoria-da-norma.pdf>. Acesso em 19 fev. 2022.

FERRAJOLI, Luigi, La democrazia attraverso i diritti. Il costituzionalismo garantista come modello teórico e come progetto politico. Roma/Bari: laterza, 2013

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Tradução de João Baptista Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro – 43. ed. atual. até a Emenda Constitucional 99, de 14.12.2017. – São Paulo: Malheiros.



MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. O espírito das leis. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PADILHA, Maria Ângela Lopes Paulino. As sanções no direito tributário. São Paulo: Noeses, 2015.

REALE, Miguel. Filosofia do Direito – 20. ed. – São Paulo: Saraiva, 2002.

SEHN, Solon. Curso de Direito Aduaneiro. – 1. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2021.

SANTOS, Alberto Marques dos. Concurso aparente de tipos. In: Revista Judiciária do Paraná, Curitiba: JM Livraria Jurídica, vol. 1 (jan./2006), p. 161-199 1. Disponível em <https://www.albertosantos.org/Concurso.pdf>. Acessado em 20 de fev. de 2022.

TAVARES, Juarez. Fundamentos da teoria do delito. – 3. ed. – São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

ZANETI JR., Hermes. O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes – 2. ed. rev. e atual. – Salvador: JusPODIVM, 2016.



LIBERAÇÃO DE MERCADORIAS PROVENIENTES DO EXTERIOR: ANÁLISE DOS REQUISITOS LEGAIS PARA CONCESSÃO DE TUTELA PROVISÓRIA

RELEASE OF MERCHANDISE FROM ABROAD: ANALYSIS OF THE LEGAL REQUIREMENTS FOR GRANTING OF PROVISIONAL DECISION

Aylton Bonomo Junior¹

RESUMO: O presente trabalho tem como escopo analisar quais seriam os critérios legais para concessão de tutela provisória para liberação de mercadorias provenientes do exterior. Primeiramente, examinar-se-á se há, ou não, vedação legal in abstracto para concessão de tutela provisória nessa matéria; em seguida, discorrer-se-á acerca dos requisitos do *fumus boni juris*, do *periculum in mora* e da irreversibilidade da medida, aplicados especificamente em matéria aduaneira; por fim, analisar-se-á a necessidade, ou não, de caução em caso de concessão da tutela provisória.

Palavras-chave: liberação; mercadoria; tutela provisória; requisitos.

ABSTRACT: The scope of this work is to analyze what would be the legal criteria for granting of provisional decision for the release of merchandise from abroad. First, it will examine whether or not there is a legal prohibition in abstracto for granting provisional decision in this matter; then, the requirements of the *fumus boni juris*, the *periculum in mora* and the irreversibility of the measure, applied specifically in customs matters will be discussed; finally, the need, or not, of a guarantee in case of granting provisional decision will be analyzed.

Keywords: release; merchandise; provisional decision; requirements.

1 INTRODUÇÃO

Sempre foi polêmico o tema ligado à concessão de tutelas provisórias para liberação de mercadorias provenientes do exterior, tanto que há longa data normas jurídicas foram editadas para proibir, *in abstracto*, a concessão de tutela provisória nessa matéria.

De um lado, temos o interesse do importador, porquanto um dia de retenção/apreensão de sua mercadoria pode lhe causar danos financeiros de alta monta, bem como o impedimento da entrada e circulação da mercadoria em território brasileiro pode impactar toda a cadeia de

¹ Doutorando em Ciências Jurídico-Processuais pela Universidade de Coimbra (Portugal). Mestre em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Professor de Pós-Graduação da ESMAGES, FUCAPE e IBET. Juiz Federal Substituto lotado na 2ª Vara Federal Cível de Vitória (ES) - TRF 2. Ex-Procurador do Estado do Espírito Santo. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Processual Civil e Direito Processual Tributário.



consumo, inclusive prejudicando o próprio consumidor final. De outro lado, temos o interesse da Administração Aduaneira em manter a retenção/apreensão da mercadoria, que abrange o interesse primário (v.g., impedir a entrada de mercadoria proibida, que prejudique a saúde pública, ao meio ambiente) e o interesse secundário (v.g., recolhimento integral dos tributos que entende devidos), pois, do contrário, a liberação da mercadoria pode redundar em danos irreversíveis à sociedade.

Isso tudo se agrava quando a questão é levada ao Poder Judiciário, haja vista que o importador pretende a liberação imediata da mercadoria, utilizando-se, para tanto, da técnica processual da tutela provisória, que possui um regime próprio e revela nuances em matéria aduaneira, principalmente quanto ao requisito de “irreversibilidade” da medida e da necessidade (ou não) de caução.

Em síntese, o presente trabalho examinará quais seriam os requisitos legais exigidos para concessão de tutela provisória nesse assunto, investigando o direito aduaneiro à luz do direito processual civil.

2 TUTELA PROVISÓRIA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

A tutela provisória está disciplinada no Livro V do Código de Processo Civil (arts. 294 a 311). Estão agrupadas nesse gênero tanto as tutelas satisfativas como as tutelas cautelares, ambas prestadas mediante cognição sumária, isto é, lastreadas em juízo de probabilidade. Distingue-se da tutela definitiva, baseada em juízo de cognição exauriente.²

Em razão de característica a ela inerente (provisoriedade), a tutela provisória pode, a qualquer tempo, ser revogada ou modificada (art. 296, CPC), desde que o juiz motive seu

² Segundo conhecida lição de Kazuo Watanabe, a cognição no processo civil pode ser visualizada em dois planos distintos: o horizontal e o vertical. No plano horizontal (extensão ou amplitude), a cognição pode ser plena ou limitada (parcial). Será plena se o objeto da demanda for a integralidade do conflito (elementos objetivos do processo: pressupostos processuais, condição de ação e mérito – ex: ação sob o procedimento comum) e, limitada (parcial), se a demanda tiver por objeto apenas parte do conflito (ex: ação possessória – não se pode discutir propriedade). No plano vertical, a cognição pode ser exauriente ou sumária, dependendo do grau de profundidade com que é realizada a cognição é exauriente ou superficial. A cognição exauriente baseia-se em aprofundado exame das alegações e provas (ex.: ação sob o procedimento comum), o que cria um juízo de certeza. Na cognição sumária, o juiz decide com base em juízo de probabilidade da existência do direito (ex.: tutelas provisórias de urgência). (WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 84).



convencimento de modo claro e preciso (art. 298, CPC). Dispõe o art. 294 do CPC que a tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência.

A tutela provisória de *urgência* consiste na técnica processual que visa antecipar a tutela jurisdicional definitiva, fundamentando-se na urgência e na probabilidade do direito³.

A tutela de urgência pode ser cautelar ou satisfativa (art. 294, parágrafo único), podendo ambas ser concedida em caráter antecedente ou incidental.

A tutela de urgência satisfativa (tutela “antecipada”, segundo nomenclatura do CPC), consiste na técnica antecipatória que dá lugar a um provimento provisório, para viabilizar a realização e a fruição do direito pelo autor, diante de perigo de dano (v.g., liberação da mercadoria apreendida). Por sua vez, a tutela de urgência cautelar consiste na técnica antecipatória que dá lugar a um provimento provisório, para assegurar que a fruição do direito pelo autor tenha condições de eventual e futuramente ocorrer, diante de risco ao resultado útil do processo⁴ (v.g, suspensão de leilão da Receita Federal marcado para alienação de bem apreendido).

Portanto, mister se faz presentes a probabilidade de direito (*fumus boni juris*) e a urgência (*periculum in mora*), para configuração das tutelas de urgência cautelar (risco ao resultado útil do processo) e satisfativa (perigo de dano).⁵

De outro giro, como espécie do gênero tutela provisória (ao lado das tutelas provisórias de urgência), a tutela de *evidência* consiste na técnica processual que também visa antecipar a tutela jurisdicional definitiva, mas fundamentando-se na forte probabilidade do direito afirmado pelo autor, consoante hipóteses previstas no art. 311 do CPC, sobretudo com espeque em precedentes vinculantes do STF e STJ.

A importância da tutela da evidência resta nítida, sobressaindo em face da tutela de urgência, porquanto aquela dispensa a análise da urgência. A título de ilustração, veja-se um tema aduaneiro que já foi objeto de enunciado de precedente vinculante pelo STJ: “Na importação, é indevida a exigência de nova certidão negativa de débito no desembaraço

³ Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

⁴ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 376.



aduaneiro, se já apresentada a comprovação da quitação de tributos federais quando da concessão do benefício relativo ao regime de drawback.” (Súmula 596, de 27/04/2016)

2.1 Tutela provisória em Mandado de Segurança (Lei n. 12.016/2009)

No procedimento do mandado de segurança⁶, afigura-se possível a concessão de liminar (tutela provisória de urgência), quando houver fundamento relevante (*fumus boni juris*) e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida (*periculum in mora*), caso seja finalmente deferida (art. 7º, III, da Lei Federal n. 12.016/2009).

A natureza da liminar, no mandado de segurança, tanto pode ter natureza *cautelar* (tutela provisória de urgência cautelar), como natureza *satisfativa* (tutela provisória de urgência antecipada), a depender do pedido formulado pelo impetrante⁷, além de natureza de tutela de *evidência*. Aplica-se, pois, assim, tudo aquilo que foi dito acima sobre a tutela provisória prevista no Código de Processo Civil, inclusive os requisitos legais para concessão.

3 A INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO LEGAL, *IN ABSTRATO*, PARA CONCESSÃO DE TUTELA PROVISÓRIA PARA LIBERAÇÃO DE MERCADORIAS PROVENIENTES DO EXTERIOR

No ano de 2021, o STF julgou a ADI n. 4296 proposta pela OAB, e, por maioria de votos, declarou inconstitucional integralmente o art. 7º, § 2º, da Lei Federal n. 12.016/2009, segundo o qual

não será concedida medida liminar que tenha por objeto a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza.⁸

Em resumo, seguindo o voto condutor do Min. Alexandre de Moraes, entendeu-se que

⁵ Enunciado n. 143 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “A redação do art. 300, caput, superou a distinção entre os requisitos da concessão para a tutela cautelar e para a tutela satisfativa de urgência, erigindo a probabilidade e o perigo na demora a requisitos comuns para a prestação de ambas as tutelas de forma antecipada.”

⁶ Para aprofundamento acerca do Mandado de Segurança, conferir: BONOMO JUNIOR, Aylton; ZANETI JR, Hermes. *Mandado de Segurança Individual e Coletivo*. Salvador: Juspodivm, 2019.

⁷ MEIRELES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de Segurança e Ações Constitucionais*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 95.

⁸ STF, ADI 4296, Relator p/ acórdão Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, j. em 09/06/2021.



a cautelaridade do mandado de segurança é ínsita à proteção constitucional ao direito líquido e certo e encontra assento na própria Constituição Federal. Em vista disso, não será possível a edição de lei ou ato normativo que vede a concessão de medida liminar na via mandamental, sob pena de violação à garantia de pleno acesso à jurisdição e à própria defesa do direito líquido e certo protegida pela Constituição. Proibições legais que representam óbices absolutos ao poder geral de cautela.

Por via de consequência, caiu por terra, ainda que parcialmente, a redação do art. 1.059 do CPC, no sentido de que “à tutela provisória requerida contra a Fazenda Pública aplica-se o disposto nos arts. 1º a 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992, e no art. 7º, § 2º, da Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009.”

Nessa medida, em sede de mandado de segurança, inexistente proibição, *in abstracto*, de concessão de tutela provisória para a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior.

Todavia, ainda continua válida e em vigor (pois não revogada ou declarada inconstitucional em controle concentrado) a Lei Federal n. 2.770/1956, que em seu art. 1º dispõe que

nas ações e procedimentos judiciais de qualquer natureza, que visem obter a liberação de mercadorias, bens ou coisas de qualquer espécie procedentes do estrangeiro, não se concederá, em caso algum, medida preventiva ou liminar que, direta ou indiretamente importe na entrega da mercadoria, bem ou coisa.

Pois bem. Em primeiro lugar, não se afigura possível aplicar essa lei para a ação de mandado de segurança, senão seria uma burla à decisão do STF em controle concentrado, sobretudo porque o *mandamus* se trata de um direito fundamental (art. 5º, CF), não se afigurando possível realizar uma interpretação que lhe dê menos efetividade (princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais⁹).

Em segundo lugar, seguindo a mesma *ractio decidendi* do STF na ADI nº 4296, esse dispositivo também é inconstitucional, por “violação à garantia de pleno acesso à jurisdição” e por representar “óbices absolutos ao poder geral de cautela.”

Ora, aplica-se aqui o vetusto brocardo jurídico: *Ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio* (onde existe a mesma razão fundamental, aplica-se a mesma regra jurídica). Por via

⁹ “É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da atualidade das normas programáticas (THOMA), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais).” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 4. ed. Coimbra: Almedina, 1997, p. 227). De igual sorte, Jorge Miranda afirma que “a uma norma fundamental tem de ser atribuído o sentido que mais eficácia lhe dê”. (MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 260, tomo II)



reflexa, deverá o magistrado, incidentalmente, mediante provocação ou de ofício, declarar a inconstitucionalidade do aludido art. 1º da Lei Federal n. 2.770/1956, por violação ao art. 5º, inciso XXXV, da CF (princípio da inafastabilidade da jurisdição).

Firmadas tais premissas, depreende-se que não haveria, ao menos *abstratamente*, óbice legal para concessão de tutela provisória de urgência para liberação de mercadorias provenientes do exterior. Cabe, agora, analisar os requisitos legais para concessão de tutela provisória nessa matéria.

4 REQUISITOS LEGAIS PARA CONCESSÃO DE TUTELA PROVISÓRIA PARA LIBERAÇÃO DE MERCADORIAS PROVENIENTES DO EXTERIOR

4.1 O contraditório prévio como regra

As tutelas provisórias, de urgência e de evidência, podem ser concedidas liminarmente ou após justificação prévia (art. 300, § 2º, do CPC). Apesar da literalidade da lei (art. 9º, I e 311, parágrafo único, ambos do CPC), em regra, cabe ao juiz, justificadamente¹⁰, observar o princípio do contraditório prévio¹¹, intimando-se a parte ré para manifestar-se, especificamente e em prazo exíguo, apenas sobre o pedido liminar¹².

¹⁰ Enunciado n. 143 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “O juiz deve justificar a postergação da análise liminar da tutela provisória sempre que estabelecer a necessidade de contraditório prévio.”

¹¹ “Ou seja, a concessão de tutela urgente antes da ouvida do réu somente é legítima quando não se pode esperar a apresentação da resposta. Caso o juiz possa aguardar a defesa sem correr o risco de deixar o autor desamparado, não há racionalidade em aceitar a concessão da tutela antes da ouvida do demandado. Essa lógica tem sido acolhida pelo *Bundesverfassungsgericht* alemão mediante o argumento de que a negação do princípio da audiência prévia, pode significar ingerência na esfera jurídica de alguém, somente pode ser admitida quando resultar imprescindível à consecução da própria finalidade do provimento ou da tutela do direito.” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil*. Teoria do Processo Civil. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 394, v. I). De igual sorte: “[...]. 1. A tutela antecipada, via de regra, deve ser concedida após a oitiva da parte contrária. Contudo, a sua concessão inaudita altera parte não é vedada em nosso ordenamento jurídico e pode ser deferida nos casos em que o juiz verificar que o prazo de resposta possa implicar em risco de perecimento do direito invocado, como é a hipótese de deferimento de benefício previdenciário do qual a parte necessita para sobreviver. [...]” (TRF 2, Ag. 0006011-91.2016.4.02.0000, Rel. Helena Elias Pinto, 2ª Turma, DJ 24/10/2016)

¹² A liminar deve ser apreciada pelo juiz em prazo exíguo, seja para deferir, ou indeferir a medida, pelo que não se mostra razoável postergar a sua análise para após o prazo de contestação, notadamente no procedimento comum. Recomenda-se a intimação da parte ré para manifestação específica sobre o pleito liminar, em prazo curto, e não para contestar. A postergação desrazoável da análise da liminar configura, na verdade, indeferimento do pleito, passível de agravo de instrumento. Se o magistrado pretende analisar a liminar apenas quando da prolação da sentença, é porque entende não configurado o *periculum in mora* até esse momento



Isso se justifica por duas razões: *a uma*, porque o contraditório é uma garantia fundamental, de observância obrigatória, apenas devendo ceder, no caso concreto, se diante de outra garantia fundamental de igual envergadura; *a duas*, em razão da natureza da matéria discutida e do bem litigioso, já que envolve o Poder Público (presunção de legitimidade e veracidade do ato administrativo) e legislação criteriosa e específica (matéria aduaneira), sendo de suma relevância saber o motivo da retenção/apreensão da mercadoria (por exemplo, se decorreu de indícios de contrabando ou outros crimes, prejuízo à saúde pública e ao consumidor, etc).

A exceção à necessidade do contraditório prévio ocorre se estiver diante de caso de *pericimento imediato do direito*, quando, então, o juiz deverá apreciar liminarmente o pedido (*inaudita altera parte*), sob pena de sepultar a garantia fundamental da inafastabilidade da jurisdição.

Imagina-se a situação em que a mercadoria importada seja apreendida na Alfândega em uma quarta-feira, sendo que a validade do produto expira na sexta-feira seguinte; nesse caso, não haveria prazo suficiente para oitiva da União, razão pela qual o magistrado deve examinar o pedido liminar imediatamente (para deferir ou não o pedido), sob pena de pericimento imediato do direito do autor.

De todo modo, tratando-se de matéria exclusivamente de direito e repetitiva no juízo, onde o juiz já tenha tido conhecimento das informações prestadas pela Fazenda Pública em feitos anteriores semelhantes, dispensando-se maiores digressões fáticas e jurídicas a respeito da temática, torna-se despiciendo o contraditório prévio para análise do pleito liminar, mesmo em não se cuidando de pericimento imediato de direito, por nada acrescentar de novo ao processo, o que só viria a prejudicar a duração razoável do processo e a economia processual.

processual (sentença), o que deve resultar no indeferimento da medida, sem prejuízo de reapreciá-la quando da prolação da sentença. Nesse rumo de ideia é o Enunciado nº 70 da I Jornada de Direito Processo Civil do Conselho de Justiça Federal: “É agravável o pronunciamento judicial que postergar a análise de pedido de tutela provisória ou condicioná-la a qualquer exigência.” Em menor extensão: “[...]. 2. Descabe agravo de instrumento de despacho que posterga a apreciação do pedido de liminar para o momento posterior ao prazo para resposta, dada a ausência de conteúdo decisório de tal ato judicial. Apenas em situações excepcionais, quando a ausência de apreciação imediata da antecipação de tutela causar dano de difícil e incerta reparação, equivalendo ao indeferimento do pedido liminar, é que seria cabível o manejo do agravo de instrumento. [...].(TRF 1, AG 00558848720164010000, Rel. Des. Kassio Nunes Marques, Sexta Turma, DJ 07/08/2017)



4.2 Requisito “probabilidade do direito” (*fumus boni juris*)

Como é cediço, o pedido autoral deve firmar-se em *factos* e em *fundamentos jurídicos* (art. 319, III, CPC), o que constitui a causa de pedir da peça vestibular.

Se existe controvérsia fática a respeito da retenção/apreensão da mercadoria, aplica-se a regra geral de ônus da prova, segundo o qual incumbe ao autor a prova do fato constitutivo de seu direito, e ao réu a prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor (art. 373, I, CPC). A par disso, o ato de retenção/apreensão da mercadoria tem natureza administrativa, gozando do atributo de presunção de veracidade, ou seja, até que se prove em contrário, considera-se verdadeiro o fato afirmado pela Administração Pública.

Isso redundaria na dificuldade de se obter a concessão de tutela provisória no liminar do processo, pois, não raro, torna-se necessário a produção de prova pericial pelo juízo. Imagine-se a situação em que o importador classifique uma placa de vídeo importada como peça autônoma (propriamente um processador), e o Fisco a classifique como peça acessória de um processador, o que altera substancialmente o regime tributário e a alíquota aplicável. No caso, trata-se de discussão é fática.

A despeito disso, nada impede que o autor junte aos autos, como prova emprestada, prova pericial realizada em outra ação judicial, com as mesmas partes e produto semelhante, ou até pareceres técnicos, que, dependendo das circunstâncias, podem afastar a presunção de veracidade do ato administrativo, sobretudo quando este é desprendido de fundamentação analítica e concreta. Nesses casos, poder-se-ia conceder a tutela provisória mesmo antes da produção de prova pericial, a qual poderia até ser dispensada. Não custa rememorar que o ato administrativo goza apenas de “presunção” de veracidade, e não de “absoluta” veracidade.

De outra face, a praxe demonstra que a maioria das discussões aduaneiras se limita à controvérsia de direito.

Nesse campo, é amplo o reexame judicial do ato de retenção/apreensão da mercadoria, inclusive em sede de cognição não exauriente (tutela provisória), pelos seguintes motivos:

- (i) a atividade tributária e aduaneira consistem na prática de atos administrativos *vinculados*, em que a autoridade aduaneira está jungida à lei, cabendo ao Poder



Judiciário o controle de legalidade, o que não significa apenas obediência à lei em sentido formal (legalidade formal), mas, antes, obediência à Constituição como lei maior¹³, ou seja, legalidade *substantial*;

- (ii) cabe ao Poder Judiciário levar a cabo a interpretação jurídica da legislação aduaneira (extrair do texto legal a norma jurídica), que frequentemente não coincide com a interpretação procedida pela autoridade aduaneira, não se podendo confundir texto (enunciado normativo) com a norma (significado normativo)¹⁴, de modo que a norma é o resultado da interpretação do texto, e não o seu objeto¹⁵; esse aspecto é sobretudo relevante, porquanto, via de regra, a autoridade aduaneira vale-se da interpretação literal do texto, quando, na verdade, a letra da lei (interpretação gramatical) é sempre o ponto de partida do intérprete, mas nunca é o de chegada.¹⁶
- (iii) há normas legais aplicadas pelo Fisco que são formal e/ou materialmente inconstitucionais, cabendo ao Poder Judiciário declarar incidentalmente a sua inconstitucionalidade (controle difuso);
- (iv) há atos normativos infralegais em matérias aduaneira e tributária que exorbitam a sua função (inovam no ordenamento jurídico, quando deveriam apenas complementar as leis), cabendo ao Poder Judiciário proceder ao controle de legalidade.

¹³ Isso não significa estimular a declaração de inconstitucionalidade dos atos normativos. Segundo magistério de Luís Roberto Barroso, pelo princípio da presunção da constitucionalidade das leis e atos normativos, não devem os juízes e tribunais, como regra, declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo quando: (i) a inconstitucionalidade não for patente e inequívoca, existindo tese razoável para preservação da norma, militando a dúvida em favor da lei (STF, Rp n. 881/MG); (ii) seja possível decidir a questão por outro fundamento, evitando-se a invalidação; (iii) existir interpretação alternativa possível, que permita compatibilizar a norma com a CF. (*Comentários à Constituição do Brasil*. J.J. Gomes Canotilho (coord). São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 93)

¹⁴ “Texto e norma: o recurso ao ‘texto’ para averiguar o conteúdo semântico da norma constitucional não significa a identificação entre texto e norma. Isto é assim mesmo em termos linguísticos: o texto da norma é o ‘sinal linguístico’; a norma é o que se ‘revela’ ou ‘designa’.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 4ª edição. Coimbra: Almedina, 1997, p. 1218)

¹⁵ TARELLO, Giovanni. *L’Interpretazione della Legge*. Milano: Giuffrè, 1980, p. 38; GUASTINI, Ricardo. *Dalle fonti alle norme*. Torino: Giappichelli, 1990, cap. I.

¹⁶ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 58.



Todas essas questões já podem ser examinadas em sede de tutela provisória, ainda no limiar do processo, por mais complexa que seja a questão de direito controvertida, até porque, para efeito de concessão de tutela provisória, não se requer a “certeza” do direito, mas tão-somente a “probabilidade” do direito.

Não obstante, há situações concretas que suscitam real dúvida se o ato administrado seria, ou não, ilegal (“zonas cinzentas”). Nesses casos, como o ato administrativo que reteve/apreendeu a mercadoria goza de presunção de legitimidade (até prova em contrário, são emitidos em conformidade com a lei), e como a norma jurídica também goza de presunção de constitucionalidade, entendemos que se deve prestigiar o entendimento da autoridade aduaneira¹⁷.

4.3 Requisito “urgência” (*periculum in mora*)

Em lides aduaneiras é bastante controvertida a questão atinente ao convencimento do magistrado a respeito da configuração do *periculum in mora*, um dos requisitos para concessão da tutela provisória de urgência. Tal cenário também é vivenciado em lides exclusivamente tributárias.¹⁸

¹⁷ Nesse diapasão, segundo o *case* norte-americano *Chvron USA Inc. vs. National Resources Defense Council Inc* (1967 U.S. 837 (1984), decidiu-se que o Judiciário apenas deva intervir em ato da Administração se esta atuar contra a lei ou de forma irrazoável, criando-se o precedente da “teoria da deferência administrativa” quando presente interpretação razoável do administrador. Por essa mesma razão, analisando o requisito de adequação do princípio da proporcionalidade, o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha refere-se ao controle de evidência (*Evidenzkontrolle*) e de justificabilidade (*Vertretbarkeitskontrolle*) dos atos administrativos, de modo que, para preservar a prerrogativa funcional dos Poderes Executivo e Legislativo, o Judiciário apenas anula as medidas adotadas pelos outros Poderes se sua inadequação for evidente e injustificável.

¹⁸ Em matéria tributária, entendendo pela presença do *periculum in mora*: “[...]. 3-O perigo inverso da demora evidencia-se pela onerosidade da contribuição previdenciária e na provável diminuição de investimentos nas atividades comerciais da empresa caso tenha de aguardar o provimento judicial final. Assim, antecipação da tutela é medida que se impõe. [...]” (TRF 1, Ag. 00043752520134010000, Rel. Des. Luciano Tolentino Amaral, DJ 26/04/2013). De outro lado, entendendo pela ausência de *periculum in mora* nesse mesmo contexto: “[...]. 3. *Periculum in mora* não comprovado. Não demonstração, no caso concreto, de que a suspensão da isenção que se busca reverter tem o potencial de sacrificar seriamente um direito não patrimonial ou um direito fundamental, especialmente atrelado ao princípio da dignidade humana (cf. TRF2, Terceira Turma Especializada, AI 2013.02.01.009598-8, Rel. Des. Fed. RICARDO PERLINGEIRO, E-DJF2R 13.12.2013). 4. Não aplicação do conceito de dano irreparável a lesão exclusivamente patrimonial, exceto se o devedor estiver na iminência de insolvência (v. PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. 5 ed. Napoli: Jovene, 2010, p. 602, 633-635), o que não ocorre quando a Administração Pública atua na qualidade de demandada. [...]” (TRF 2, Autos n. 00152315520124020000, Rel. Des. Ricardo Perlingeiro, j. 06.05.2014)



De um lado, há aqueles que entendem que, em regra, não haveria urgência para concessão da tutela provisória, pois a espera da liberação da mercadoria até a sentença repercutiria apenas em prejuízo patrimonial, que poderia ser indenizado/ressarcido posteriormente pela Fazenda Pública.

Não comungamos desse entendimento. Julgamos que, em pedidos de tutela provisória para liberação de mercadoria proveniente do exterior, a própria retenção/apreensão da mercadoria já revela a urgência do caso, a ensejar a análise da tutela provisória antes da prolação da sentença.

A urgência se revela tendo em vista que, se não analisada a tutela provisória antes da prolação da sentença, além de trazer prejuízos financeiros ao importador em razão do pagamento de custos de armazenagem (valores significativos e que incidem por dia), a mercadoria não adentra no território nacional para ser comercializada, prejudicando o planejamento e a receita não só do importador, mas do real adquirente, do comerciante e até do próprio consumidor, pois todos, em regra, convencionam prazos de compra e venda. Ademais, traz insegurança jurídica ao importador, que por natureza exerce atividade contínua, não sabendo se a sua próxima importação será considerada legal ou não.¹⁹

¹⁹ Nesse mesmo diapasão: “[...]. 4 - Não há que se falar em possível prejuízo à União, já que as placas cimentícias importadas não são mercadorias proibidas de serem comercializadas no mercado interno e o procedimento especial de fiscalização a que estão sujeitas refere-se apenas aos indícios de ocultação do real adquirente em importação por conta e ordem de terceiro. 5 - Assim, caso seja aplicada a pena de perdimento no futuro, os bens teriam que ser levados a leilão para que fossem convertidos em renda da União, procedimento muito mais demorado e custoso, com alta probabilidade de não resultarem na apuração total do valor de avaliação em prol dos cofres públicos. 6 - Por outro lado, a liberação mediante depósito em dinheiro do valor total da avaliação realizada pelo Fisco garante que, em caso de aplicação definitiva da pena de perdimento, o valor será automaticamente revertido em renda da União, sem qualquer prejuízo, já que é inclusive atualizado monetariamente durante o período em que estiver depositado. 7 - Por sua vez, existe risco de perecimento e desvalorização das mercadorias apreendidas, que, ao término do procedimento especial de fiscalização, não terão a mesma utilidade, nem para o importador, nem para o Fisco, que apurará valor inferior ao da atual avaliação em eventual leilão. 8 - Ademais, a apelada demonstrou que as altas taxas de armazenagem aplicáveis, que já ultrapassam o valor de avaliação das mercadorias, podem chegar ao ponto de inviabilizar a importação no Brasil, pois causam instabilidade e insegurança nas relações comerciais, caso se mantenha o atual entendimento do Fisco. Assim, trata-se de risco muito maior à sociedade em geral do que o mero prejuízo financeiro de um importador.” (TRF 2, Apelação n. 0000421-06.2014.4.02.5109, Des. Luiz Antônio Soares, j. em 18/04/2017); “[...]. 3. Tenha-se em vista que a retenção de mercadorias acarreta diversos danos ao fabricante, que, além de ver inviabilizada a sua atividade e giro, é obrigado a arcar com os custos de custódia e armazenamento decorrentes da retenção pela autoridade administrativa.” (TRF 3, Apelação n. 5005598-91.2019.4.03.6100, Des. Antonio Carlos Cedenho, j. 20/05/2021)



A nosso ver, a tutela provisória de urgência apenas poderia ser analisada no bojo da sentença, se entre a distribuição da ação e a prolação da sentença perfizer lapso temporal reduzido, a ponto de, por celeridade, economia processual e efetividade (em prol do próprio autor), justificar esse comportamento processual.

De outra banda, relembra-se que, para concessão de tutela da *evidência*, dispensa-se a análise da urgência, de modo que é preferível lançar mão daquela em detrimento desta.

Por fim, sempre que cabível, também deve-se priorizar o manejo da ação de mandado de segurança, em face da ação sob o procedimento comum, já que, na forma do art. 14, § 3º, da LMS, a sentença mandamental produz *eficácia imediatamente* (o recurso de apelação não é dotado de efeito suspensivo, como previsto no CPC como regra geral), dispensando-se, dessa forma, a concessão de tutela provisória no bojo da sentença, a fim de conferir eficácia imediata à sentença.

Ressalta-se que, com a declaração de inconstitucionalidade do art. 7º, § 2º, da LMS (proibição de liminar para entrega de mercadoria importada), entendemos que cai por terra a vedação de cumprimento provisório preconizada no art. 14, § 3º, da LMS, *in verbis*: “a sentença que conceder o mandado de segurança pode ser executada provisoriamente, salvo nos casos em que for vedada a concessão da medida liminar”.

Ora, se inexistente óbice para a concessão de vantagem por meio de decisão interlocutória (tutela provisória), quanto mais para concessão através da sentença (tutela definitiva), que independe do *periculum* (eficácia imediata da sentença); logo, não há que se falar em efeito suspensivo da apelação nessa hipótese.

4.4 Risco de irreversibilidade da medida

A proibição legal de tutela provisória na matéria em testilha, historicamente, sempre esteve ligada à impossibilidade de restituição da mercadoria (risco de irreversibilidade da medida)²⁰, requisito este que ainda persiste para a tutela provisória de *urgência satisfativa*

²⁰ Segundo nos conta Celso Agrícola Barbi (*Do Mandado de Segurança*. 12. ed. Revista e Atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 162), essa proibição já continha na Lei Federal nº 2.770/1956, a qual foi criada, para impedir a perda (impossibilidade de restituição) das mercadorias liberadas judicialmente, já que, nos anos de 1946 a 1955, surgiram muitos mandados de segurança coletivos para liberação de automóveis apreendidos pelo Executivo, e, após obtida a liminar e retirados os carros da alfândegas, os impetrantes não se interessaram mais pelo andamento do feito, e, quando do julgamento final do *mandamus*, em caso de denegação, tornava-se



(“natureza antecipada”), em que pese a declaração de inconstitucionalidade pelo STF, em virtude da validade e vigência do teor do art. 300, § 3º, do CPC, a saber: “a tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.”

Analisemos os seguintes pontos.

Em primeiro lugar, conforme texto legal, o requisito da irreversibilidade apenas se aplica às tutelas provisórias de urgência satisfativas, não abrangendo, pois, assim, as tutelas de evidência, tampouco a sentença proferida em mandado de segurança (que tem eficácia imediata), visto que, nessas hipóteses, a lei já presume que o perigo de irreversibilidade da medida é reduzido, em razão da alta probabilidade do direito afirmado pelo autor.

Em segundo lugar, a regra processual do art. 300, § 3º, do CPC (irreversibilidade) não é absoluta, devendo ser sopesada diante dos bens e valores jurídicos em jogo, mediante o postulado da proporcionalidade, pois, não raro, o indeferimento da liminar pode revelar-se mais irreversível e gravoso do que o seu deferimento (irreversibilidade inversa)²¹.

Com efeito, não se pode levar a termo uma interpretação *extensiva* do conceito de “irreversibilidade”, sob pena de indevidamente limitar o acesso à jurisdição e a efetividade do processo.

Com efeito, a aplicação literal da expressão “irreversibilidade” para todo e qualquer caso de liberação de mercadoria proveniente do exterior, indistintamente, implicaria em cerceamento de mecanismos de desconstituição de ilegalidades ou abusos do poder público, ofendendo o princípio constitucional da separação dos Poderes (art. 2º), na medida em que limitaria a atuação do Poder Judiciário, abalando a inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV) e afrontando, inclusive, o princípio do não confisco (art. 150, IV), com a retenção das mercadorias como forma de coação do contribuinte para o pagamento do tributo.

inviável restituir os veículos, pois muitos já haviam sido alienados e dispersos no país. Em outras palavras: a proibição de liminar nessa hipótese está ligada à impossibilidade de restituição da mercadoria (risco de irreversibilidade da medida).

²¹ Enunciado nº 40 da I Jornada de Direito Processo Civil do Conselho de Justiça Federal: “A irreversibilidade dos efeitos da tutela de urgência não impede sua concessão, em se tratando de direito provável, cuja lesão seja irreversível.” De igual forma: Enunciado n. 419 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Não é absoluta a regra que proíbe tutela provisória com efeitos irreversíveis.”



O mesmo raciocínio nos traz Leonardo Carneiro da Cunha²² ao afirmar:

A vedação para concessão de liminar destinada à liberação de bens e mercadorias justifica-se, em princípio, pelo risco de irreversibilidade da medida, pois o desembaraço antecipado das mercadorias pode impedir eventual cominação do perdimento. Se, em princípio, houver aparente conduta criminoso ou risco para população, para o meio ambiente, para a saúde, enfim, para o interesse público, sendo possivelmente irreversível o provimento, há de prevalecer a vedação legal. Diversamente, se não houver nada disso, se, na realidade, a apreensão da mercadoria consistir num meio coercitivo indireto de cobrança de tributo, deve, então, ser possível a concessão da medida liminar. É que, devido um tributo, cabe ao ente fazendário constituir o crédito mediante lançamento tributário e promover a cobrança judicial, servindo-se da execução fiscal, não lhe sendo legítimo impor medidas restritivas ao contribuinte como forma indireta de cobrança, nem apreender bens ou mercadorias. A jurisprudência está pejada de decisões que repelem a adoção de meios coercitivos indiretos de cobrança, bastando lembrar o teor das Súmulas nºs 70, 323 e 547, todas do Supremo Tribunal Federal.

Nesse mesmo rumo de ideia, escreveu Hely Lopes Meireles: “Tem-se entendido, entretanto, que essa vedação só se refere a produtos de contrabando, e não aos bens importados ou trazidos para o País como bagagem sobre os quais as autoridades passem a fazer exigências ilegais ou abusivas para seu desembaraço.”²³

Nessa medida, impõe-se, inicialmente, examinar o motivo pelo qual a mercadoria importada fora retida/apreendida pelo Fisco.

Em se tratando de discussão a respeito de suposta mercadoria de entrada proibida no Brasil (contrabando), suposta mercadoria em si criminosa no território brasileiro, ou presente suposto interesse público primário (da coletividade, e não do Estado) que justifique a retenção/apreensão da mercadoria (vg., proteção à saúde pública, ao meio ambiente, ao consumidor), é temerário a concessão de tutela provisória de urgência para liberação da mercadoria, visto que, se cassada ou revogada a tutela de urgência posteriormente, a circulação da mercadoria no território brasileiro já teria causado danos concretos irreversíveis à sociedade.

Deve-se examinar com vagar e cuidado essas situações, e apenas *excepcionalmente*, quando o magistrado se convencer de sua inexistência, por estar nítida e cabalmente demonstrado o ato ilegal praticado pela administração aduaneira (v.g, classificou por erro

²² *A Fazenda Pública em juízo*. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2016, p. 304-305.

²³ *Mandado de Segurança e Ações Constitucionais*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 100.



grosseiro um produto como de entrada proibida no brasileiro, quando não seria), poder-se-ia conceder a tutela provisória. De toda forma, a regra é o indeferimento da tutela provisória.

Fora desse cenário, não vislumbramos, em tese, óbice para liberação da mercadoria, pois mitigado o caráter irreversível da medida, tendo em vista que a discussão girará em torno sobretudo de questões *financeiras* (pagamento de tributo) ou *administrativas de cunho formal* (v.g., prova de regularidade de inscrição no REI ou Siscomex). Essa conclusão abrange, inclusive, a liberação de mercadoria com indícios de infração punível com a perda de *perdimento*, uma vez que, se há permissão normativa para liberação da mercadoria na *via administrativa* mediante caução²⁴, não haveria empecilho para liberação na via judicial, mesmo com risco de perdimento do bem²⁵.

Por conseguinte, o magistrado deverá avaliar concretamente esse requisito (irreversibilidade da medida), exigindo-se, se for o caso, a depender das circunstâncias fáticas, a prestação de caução, assegurando-se, assim, a reversibilidade da medida. Quanto maior a probabilidade de vitória do autor (aqui a importância do requisito da “probabilidade do direito”), menor será o risco de irreversibilidade da medida, o que dispensará, inclusive, a caução, o que será nosso próximo tópico.

4.5 Caução como medida facultativa

Quanto à necessidade de caução, prevista na lei do MS (art. 7º, III, declarada constitucional pelo STF na ADI n. 4296) e no CPC (art. 300, § 1º), consoante se extrai do próprio texto legal, essa exigência não é obrigatória, mas apenas *facultativa*. E nem poderia ser diferente: se fosse obrigatória, tolheria o juiz de seu poder geral de cautela, em afronta ao disposto no art. 5º, inciso XXXV, da Carta Magna.

²⁴ Instrução Normativa RFB nº 1986/2020: “Art. 12. As mercadorias retidas nos termos deste Capítulo poderão ser desembaraçadas ou entregues antes do término do Procedimento de Fiscalização de Combate às Fraudes Aduaneiras mediante prestação de garantia. [...]”

²⁵ “PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DE INFRAÇÃO PUNÍVEL COM A PENA DE PERDIMENTO. SÚMULA 7/STJ. EXIGÊNCIA DE GARANTIA PARA A LIBERAÇÃO DA MERCADORIA APREENDIDA. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA MP 2.158/2001 E DA IN/SRF 228/2002. 1. O STJ entende que, ‘a partir da análise dos artigos 68 e 80, inciso II, da Medida Provisória n.º 2.158/01 e do artigo 7º da IN/SRF n.º 228/02, extrai-se que a prestação de garantias (caução) para a liberação de mercadorias importadas está condicionada à existência de indícios de infração punível com a pena de perdimento a serem apurados mediante procedimento fiscal de investigação” (REsp 1240037/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 1/4/2013).[...]” (STJ, REsp n. 1.692.285, relator Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, j. em 10/10/2017)



A previsão legal de caução confere ao magistrado maior liberdade para analisar as tutelas provisórias, sobretudo para concessão, pois diante de significativas consequências financeiras da decisão judicial e do risco de irreversibilidade da medida, poderá conceder a tutela provisória, exigindo a contracautela.

Contudo, essa exigência deve funcionar tão-somente como uma medida de contracautela, e não como um requisito a mais para concessão da tutela provisória.²⁶ Dessa forma, não deve o juiz, sempre, condicionar a concessão da tutela provisória à prestação da caução.

Não desconheço que o art. 2º da Lei Federal n. 2.770/1956 estatuiu que

no curso da lide ou enquanto pender recurso, mesmo sem efeito suspensivo, da sentença ou acórdão, a execução de julgado que determinar a entrega ou a vinda do exterior de mercadorias, bens ou coisas de qualquer natureza, não será ordenada pelo juiz ou Tribunal antes que o autor ou requerente preste garantias de restituição do respectivo valor, para o caso de, afinal, decair da ação ou procedimento.

Entretanto, mister se faz proceder à técnica de interpretação conforme à Constituição²⁷, extraindo do texto a norma no sentido de que a caução é *facultativa*, e não obrigatória, sob pena de sepultar o poder geral de cautela que é ínsito a todo magistrado, em clara transgressão ao princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, CF).

A par disso, também se deve fazer uma interpretação sistemática da Lei Federal n. 2.770/1956, uma vez que, hodiernamente, na via administrativa, é exigida caução apenas para

²⁶ André R. C. Fontes preconiza que “a caução, fiança ou depósito não constituem requisitos para o deferimento de liminar, mas forma de prevenir danos ocasionais.” (MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; FONTES, André R. C.; LIMA, Arnaldo Esteves; ARAÚJO, Eugênio Rosa de; NASCIMENTO FILHO, Firly; NEIVA, José Antonio Lisboa; LOPES, Mauro Luís Rocha; AZULAY NETO, Messod ; DYRLUND, Poul Erik. *Mandado de segurança individual e coletivo*: Lei 12.016/2009 comentada. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 84). Com esse mesmo pensamento: BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova lei do mandado de segurança*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 67.

²⁷ Na técnica da interpretação conforme da CF, o texto da lei permanecerá intacto; o que muda é o seu sentido, por meio da interpretação que o torne adequado à Constituição. Eis o escólio de Marinoni: “A técnica da ‘interpretação conforme’ não visa a permitir a escolha da interpretação que melhor se ajusta à Constituição, mas a excluir a interpretação inconstitucional e a definir a interpretação que confere constitucionalidade à norma. Trata-se de técnica de controle de constitucionalidade. [...] A interpretação de acordo coloca-se diante de um problema de interpretação, diante de várias interpretações possíveis a exigir uma interpretação que melhor se ajuste ao sentido da Constituição. Constitui, assim, uma regra de hermenêutica. De outra parte, a interpretação conforme se apresenta em face de uma norma a que se confere interpretação inconstitucional, e, portanto, diante de um problema de constitucionalidade que, por desafiar controle jurisdicional, requer o emprego de técnica de controle de constitucionalidade.” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Ob. Cit., p. 106).



liberação de mercadorias retidas com indícios de infração punível com pena de *perdimento* (art. 68, da Medida Provisória nº 2.158-35/2001), ou seja, não é obrigatória em todos os casos.

Posto isso, torna-se imperioso averiguar se o desfecho do processo administrativo-fiscal de retenção/apreensão da mercadoria poderá, ou não, levar à *pena de perdimento*.²⁸

Isto porque é comum constatar que, nos procedimentos administrativos que culminam na retenção/apreensão de mercadorias importadas, não se discute a aplicação de penalidade de perdimento.

²⁸ As principais hipóteses de perdimento de mercadoria estão previstas no art. 689 do Regulamento Aduaneiro: “Aplica-se a pena de perdimento da mercadoria nas seguintes hipóteses, por configurarem dano ao Erário (Decreto-Lei nº 37, de 1966, art. 105; e Decreto-Lei nº 1.455, de 1976, art. 23, caput e § 1º, este com a redação dada pela Lei no 10.637, de 2002, art. 59): I - em operação de carga ou já carregada em qualquer veículo, ou dele descarregada ou em descarga, sem ordem, despacho ou licença, por escrito, da autoridade aduaneira, ou sem o cumprimento de outra formalidade essencial estabelecida em texto normativo; II - incluída em listas de sobressalentes e de provisões de bordo quando em desacordo, quantitativo ou qualitativo, com as necessidades do serviço, do custeio do veículo e da manutenção de sua tripulação e de seus passageiros; III - oculta, a bordo do veículo ou na zona primária, qualquer que seja o processo utilizado; IV - existente a bordo do veículo, sem registro em manifesto, em documento de efeito equivalente ou em outras declarações; V - nacional ou nacionalizada, em grande quantidade ou de vultoso valor, encontrada na zona de vigilância aduaneira, em circunstâncias que tornem evidente destinar-se a exportação clandestina; VI - estrangeira ou nacional, na importação ou na exportação, se qualquer documento necessário ao seu embarque ou desembarque tiver sido falsificado ou adulterado; VII - nas condições do inciso VI, possuída a qualquer título ou para qualquer fim; VIII - estrangeira, que apresente característica essencial falsificada ou adulterada, que impeça ou dificulte sua identificação, ainda que a falsificação ou a adulteração não influa no seu tratamento tributário ou cambial; IX - estrangeira, encontrada ao abandono, desacompanhada de prova do pagamento dos tributos aduaneiros; X - estrangeira, exposta à venda, depositada ou em circulação comercial no País, se não for feita prova de sua importação regular; XI - estrangeira, já desembaraçada e cujos tributos aduaneiros tenham sido pagos apenas em parte, mediante artifício doloso; XII - estrangeira, chegada ao País com falsa declaração de conteúdo; XIII - transferida a terceiro, sem o pagamento dos tributos aduaneiros e de outros gravames, quando desembaraçada com a isenção referida nos arts. 142, 143, 144, 162, 163 e 187; XIII - transferida a terceiro, sem o pagamento dos tributos aduaneiros e de outros gravames, quando desembaraçada com a isenção referida nos arts. 142, 143, 162, 163 e 187; XIV - encontrada em poder de pessoa física ou jurídica não habilitada, tratando-se de papel com linha ou marca d'água, inclusive aparas; XV - constante de remessa postal internacional com falsa declaração de conteúdo; XVI - fracionada em duas ou mais remessas postais ou encomendas aéreas internacionais visando a iludir, no todo ou em parte, o pagamento dos tributos aduaneiros ou quaisquer normas estabelecidas para o controle das importações ou, ainda, a beneficiar-se de regime de tributação simplificada (Decreto-Lei nº 37, de 1966, art. 105, inciso XVI, com a redação dada pelo Decreto-Lei no 1.804, de 1980, art. 3o); XVII - estrangeira, em trânsito no território aduaneiro, quando o veículo terrestre que a conduzir for desviado de sua rota legal, sem motivo justificado; XVIII - estrangeira, acondicionada sob fundo falso, ou de qualquer modo oculta; XIX - estrangeira, atentatória à moral, aos bons costumes, à saúde ou à ordem públicas; XX - importada ao desamparo de licença de importação ou documento de efeito equivalente, quando a sua emissão estiver vedada ou suspensa, na forma da legislação específica; XXI - importada e que for considerada abandonada pelo decurso do prazo de permanência em recinto alfandegado, nas hipóteses referidas no art. 642; e XXII - estrangeira ou nacional, na importação ou na exportação, na hipótese de ocultação do sujeito passivo, do real vendedor, comprador ou de responsável pela operação, mediante fraude ou simulação, inclusive a interposição fraudulenta de terceiros.”



Pelo contrário, é usual verificar que o único óbice ao desembaraço aduaneiro de mercadorias importadas reside na imposição de tributo a recolher a maior, oriundo, por exemplo, da reclassificação fiscal pretendida pela autoridade aduaneira. Assim, nessa hipótese, o único óbice ao desembaraço aduaneiro se encontra na diferença de tributo a recolher, oriunda da classificação fiscal apontada como correta pela autoridade coatora, diversa da que foi utilizada pela impetrante.

Nessa toada, sempre entendemos que da divergência quanto à classificação fiscal pode advir a lavratura de auto de infração para cobrança da exação e de eventual multa, mas não a retenção das mercadorias, por força da Súmula n.º 323 do STF: “É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos”. Porém, em sentido contrário, o STF, em repercussão geral²⁹, entendeu que “é constitucional vincular o despacho aduaneiro ao recolhimento de diferença tributária apurada mediante arbitramento da autoridade fiscal.”³⁰

De todo modo, em temas referentes à retenção da mercadoria para recolhimento de diferença tributária, em regra, isso não enseja a pena de perdimento do bem, a exemplo de retenção de mercadoria por erro da classificação aduaneira sem má-fé do importador³¹.

Nessas hipóteses em que inexista infração punível com perdimento da mercadoria, notadamente quando a discussão circunscreve-se apenas ao valor do tributo devido, julgamos que, em regra, não se deveria impor a necessidade de caução para liberação da mercadoria.³²

²⁹ STF, Tema de Repercussão Geral n. 1042, j. em 14/09/2020.

³⁰ No entanto, nada obsta que a parte autora formule pedido de tutela provisória em face da Fazenda Pública, sob o argumento de que é ilegal a própria classificação fiscal levada a cabo pelo Fisco (e, por conseguinte, seria ilegal a retenção da mercadoria), e, se demonstrada a plausibilidade dessa afirmação, e atendidos os demais requisitos legais, não haveria óbice para concessão de tutela provisória determinando a liberação das mercadorias apreendidas. Observa-se que o fundamento para a liberação da mercadoria seria a própria ilegalidade de classificação fiscal realizada pelo Fisco, e não a retenção da mercadoria como meio coercitivo indireto de cobrança de tributo. De igual sorte, poderia a parte autora alegar a nulidade do procedimento administrativo aduaneiro que reteve a mercadoria por diferença tributária não recolhida, ao argumento de descumprimento de alguma formalidade legal exigida.

³¹ “ADMINISTRATIVO. DESEMBARAÇO ADUANEIRO. ERRO DE CLASSIFICAÇÃO DAS MERCADORIAS IMPORTADAS. AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ. PENA DE PERDIMENTO. INADEQUAÇÃO. 1. O erro culposos na classificação aduaneira de mercadorias importadas e devidamente declaradas ao fisco não se equipara à declaração falsa de conteúdo e, portanto, não legitima a imposição da pena de perdimento. 2. Hipótese em que se discute a possibilidade de aplicação da pena de perdimento no caso de haver erro na classificação aduaneira de produtos importados, sem a constatação de má-fé do importador. 3. Recurso especial não provido. (STJ, REsp n. 1.316.269/SP, relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, j. em 6/4/2017)



De outro lado, em se cuidando de liberação de mercadoria com indícios de infração punível com a perda de perdimento, como a legislação aduaneira requer a prestação de caução para liberação da mercadoria na via administrativa³³, por simetria, entendemos que, em regra, deve o juiz exigir a prestação de caução na via judicial³⁴.

Nunca é demais lembrar que inexistente obrigatoriedade legal que a caução seja efetivada sempre mediante depósito em dinheiro, pois o CPC aduz em “caução real ou fidejussória”, a Lei do Mandado de Segurança fala em “caução, fiança ou depósito”, a Instrução Normativa RFB nº 1986/2020 preconiza que “a garantia poderá ser prestada sob a forma de *depósito* em moeda corrente, *fiança bancária* ou *seguro* em favor da União” (art. 12, § 4º), e até a restritiva Lei Federal n. 2.770/1956 possibilita a caução mediante “fiança bancária” ou “títulos da dívida pública federal” (art. 2º, § 1).

Isso dependerá da análise do caso concreto. Quanto maior o risco de irreversibilidade da medida, mais efetiva e líquida deve ser a garantia a ser oferecida.

³² Nessa direção, colhe-se o seguinte precedente do STJ: “TRIBUTÁRIO. IMPORTAÇÃO. MERCADORIA APREENDIDA. RECLASSIFICAÇÃO TARIFÁRIA. LIBERAÇÃO. GARANTIA. INEXIGIBILIDADE. 1. Não se exige garantia para liberação de mercadoria importada, retida por conta de pretensão fiscal de reclassificação tarifária, com conseqüente cobrança de multa e diferença de tributo. Precedentes do STJ. 2. Debate-se simples cobrança de diferença de crédito tributário. Não é o caso de possível pena de perdimento, que admitiria a obrigatoriedade da garantia, como já decidiu a Segunda Turma (REsp 1.105.931/SC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 10/2/2011). 3. Agravo Regimental não provido.” (STJ, AgRg no REsp n. 1.263.028/PR, rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, j. em 5/6/2012)

³³ Medida Provisória nº 2.158-35/2001: “Art. 68. Quando houver indícios de infração punível com a pena de perdimento, a mercadoria importada será retida pela Secretaria da Receita Federal, até que seja concluído o correspondente procedimento de fiscalização. Parágrafo único. O disposto neste artigo aplicar-se-á na forma a ser disciplinada pela Secretaria da Receita Federal, que disporá sobre o prazo máximo de retenção, bem assim as situações em que as mercadorias poderão ser entregues ao importador, antes da conclusão do procedimento de fiscalização, mediante a adoção das necessárias medidas de cautela fiscal.”

Instrução Normativa RFB nº 1986/2020: “Art. 12. As mercadorias retidas nos termos deste Capítulo poderão ser desembaraçadas ou entregues antes do término do Procedimento de Fiscalização de Combate às Fraudes Aduaneiras mediante prestação de garantia.”

³⁴ “PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DE INFRAÇÃO PUNÍVEL COM A PENA DE PERDIMENTO. SÚMULA 7/STJ. EXIGÊNCIA DE GARANTIA PARA A LIBERAÇÃO DA MERCADORIA APREENDIDA. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA MP 2.158/2001 E DA IN/SRF 228/2002. 1. O STJ entende que, ‘a partir da análise dos artigos 68 e 80, inciso II, da Medida Provisória n.º 2.158/01 e do artigo 7º da IN/SRF n.º 228/02, extrai-se que a prestação de garantias (caução) para a liberação de mercadorias importadas está condicionada à existência de indícios de infração punível com a pena de perdimento a serem apurados mediante procedimento fiscal de investigação” (REsp 1240037/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 1/4/2013).[...]” (STJ, REsp n. 1.692.285, relator Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, j. em 10/10/2017)



De todo modo, mesmo presente situação excepcional, a caução será dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la, tal como prevê o art. 300, § 1º, do CPC.³⁵

Ademais, conforme já explanado, não se exige caução para concessão de tutela provisória de evidência (art. 300, § 1º, CPC), tampouco para a sentença mandamental que concede a segurança (a sentença tem eficácia imediata, dispensando a concessão de tutela de urgência).

De outra face, a caução não substitui a necessidade de estar presente os requisitos da tutela provisória de urgência (*fumus boni juris* ou *periculum in mora*); ou seja, apenas se analisa a necessidade ou não de caução, se presentes os requisitos legais para concessão da tutela provisória, já que, inexistente o *fumus boni juris*, a liminar deve ser indeferida de plano³⁶.

A exceção incide na hipótese em que a mercadoria for retida pela ausência do pagamento total do tributo, a exemplo da divergência de classificação fiscal da mercadoria. Nesse caso, como o único óbice para liberação da mercadoria consiste no pagamento do tributo, o depósito integral e em dinheiro³⁷ do valor do tributo cobrado pelo Fisco (e não o que o importador repute devido) tem o condão de suspender, automaticamente, a sua exigibilidade, ensejando, assim, a liberação da mercadoria³⁸. Aplica-se, ao caso, o art. 151, inciso II, do CTN³⁹, que é causa autônoma da suspensão de exigibilidade, não se confundindo

³⁵ Art. 300, § 1º, CPC: Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.

³⁶ PANDOLFO, Rafael. Mandado de segurança em matéria tributária: cabimento, utilização e reflexos das alterações promovidas pela lei 12.016/09, in *Congresso nacional dos estudos tributários*. São Paulo: Noeses, 2009, p. 839.

³⁷ Súmula 112 do STJ: “O depósito somente suspende a exigibilidade do crédito tributário se for integral e em dinheiro.”

³⁸ “AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. EXTINÇÃO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. DESISTÊNCIA. LEVANTAMENTO DE VALORES DEPOSITADOS. IMPOSSIBILIDADE. 1. Realizado, em mandado de segurança, depósito judicial para o fim de suspender a exigibilidade de crédito tributário e assegurar a liberação de mercadorias importadas, é cabível a conversão em renda do valor depositado, ainda quando o ‘mandamus’ seja extinto por desistência do impetrante. Precedentes do C. STJ e deste Tribunal. 2. Agravo de instrumento não provido.” (TRF 3, Agravo de instrumento n. 5018949-69.2017.4.03.0000, j. em 11/02/2020)

³⁹ Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:
II - o depósito do seu montante integral;



com o fundamento da tutela provisória (art. 151, incisos IV e V, CTN), sendo direito subjetivo do contribuinte realizar o depósito, o que dispensa até autorização do juízo⁴⁰.

5 CONCLUSÃO

Esperamos que o presente artigo tenha lançado, ainda que parcialmente, luzes sobre essa questão que atormenta a muitos profissionais jurídicos, a saber, quais seriam os requisitos legais para concessão de tutela provisória para liberação de mercadoria proveniente do exterior.

O nosso objetivo foi apenas fincar os primeiros pilares sobre esse tema, apontando parâmetros objetivos que deve conter a decisão judicial que aprecia o pedido de tutela de urgência, de modo a proporcionar segurança jurídica para todos os atores processuais nessa matéria (importador, Administração Pública e o magistrado).

Em resumo de tudo o que foi dito: fiquemos com o meio-termo aristotélico (nem muito ao mar, nem muito à terra). Nem se proíba, abstratamente, qualquer concessão de tutela provisória nessa matéria, nem se permita a sua concessão sem atendimento dos requisitos legais e sem quaisquer parâmetros objetivos; nem se imponha a necessidade de caução para todos os casos, nem se dispense para todos eles.

6 REFERÊNCIAS

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BARBI, Celso Agrícola. *Do Mandado de Segurança*. 12. ed. Revista e Atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BARROSO, Luis Roberto. *Comentários à Constituição do Brasil*. J.J. Gomes Canotilho (coord). São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013

⁴⁰ “[...]. 1. A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que o depósito de que trata o art. 151, II, do CTN constitui direito subjetivo do contribuinte, que pode efetuar-lo tanto nos autos da ação principal quanto em Ação Cautelar, sendo desnecessária a autorização do Juízo. É facultado ao sujeito passivo da relação tributária efetivar o depósito do montante integral do valor da dívida, a fim de suspender a cobrança do tributo e evitar os efeitos decorrentes da mora, enquanto se discute na esfera administrativa ou judicial a exigibilidade da exação.” (STJ, REsp n. 1.691.774, rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, j. em 10/10/2017)



- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- BONOMO JUNIOR, Aylton; ZANETI JR, Hermes. *Mandado de Segurança Individual e Coletivo*. Salvador: Juspodivm, 2019.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova lei do mandado de segurança*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 4. ed. Coimbra: Almedina, 1997.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2016.
- DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, v. II.
- GUASTINI, Ricardo. *Dalle fonti alle norme*. Torino: Giappichelli, 1990.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil*. Teoria do Processo Civil. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, v. I.
- MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; FONTES, André R. C.; LIMA, Arnaldo Esteves; ARAÚJO, Eugênio Rosa de; NASCIMENTO FILHO, Firly; NEIVA, José Antonio Lisboa; LOPES, Mauro Luís Rocha; AZULAY NETO, Messod ; DYRLUND, Poul Erik. *Mandado de segurança individual e coletivo: Lei 12.016/2009 comentada*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- MEIRELES, Hely Lopes; WALD, Arnaldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de Segurança e Ações Constitucionais*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2000, tomo II.
- PANDOLFO, Rafael. Mandado de segurança em matéria tributária: cabimento, utilização e reflexos das alterações promovidas pela lei 12.016/09, in *Congresso nacional dos estudos tributários*. São Paulo: Noeses, 2009.
- TARELLO, Giovanni. *L'Interpretazione della Legge*. Milano: Giuffrè, 1980.
- WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.



PORTO DE SANTOS – ZONA DE PROCESSAMENTO DE EXPORTAÇÃO VIÁVEL um trunfo logístico em prol da reindustrialização sustentada do Brasil

PORT OF SANTOS - VIABLE EXPORT PROCESSING ZONE
A logistical asset in favor of the sustained reindustrialization of Brazil

Adilson Luiz Gonçalves¹

RESUMO: O artigo tem por objetivo mostrar a viabilidade de implantação de uma Zona de Processamento de Exportação (ZPE) na área continental da Cidade de Santos, no estado de São Paulo, tendo o Porto de Santos como trunfo logístico. Para tanto, o artigo está dividido em 3 capítulos. O Capítulo 1 aborda o papel da China na economia mundial a partir da criação de Zonas Econômicas Especiais (ZEEs), as quais resultaram em significativo desenvolvimento daquele país, guindando-o à condição de segunda economia do mundo, com alto índice de industrialização e produção de patentes, colocando 7 (sete) de seus portos entre os mais movimentados do mundo. O Capítulo 2 aborda o regime de Zonas de Processamento de Exportações (ZPEs) do Brasil, áreas de livre comércio com o exterior, destinadas à instalação de empresas voltadas para a produção de bens a serem comercializados no exterior, sendo consideradas zonas primárias para efeito de controle aduaneiro. Considerando sua semelhança com as ZEEs e os resultados obtidos pela China, esse modelo precisa ser incrementado e considerado estratégico para o País, como forma de diversificar nossa carteira de produtos de exportação, e reduzindo a dependência do agronegócio na economia nacional. Enquanto a O mundo, com destaque para a China, possui milhares de ZEEs, por que o Brasil possui apenas 11 autorizadas, sendo 2 operacionais? O Capítulo 3 discorre especificamente sobre o Porto de Santos, principal complexo portuário do país, cujo potencial pode ser ainda mais ampliado com a implantação de uma ZPE em suas cercanias. Essa condição é ainda mais favorecida em função da cidade de Santos ter sido considerada apta a sediar uma ZPE, pelo Governo Federal, com estudos que já identificaram áreas para sua implantação. Esses e outros aspectos que favorecem a implantação de uma ZPE em Santos são destacados. As considerações finais comprovam a importância das ZPEs como instrumentos de

¹ Mestre em Educação pela Universidade Católica de Santos (UNISANTOS), em 2008. Linha de Pesquisa 2: Formação do Educador - Dimensão Político-Pedagógica, com projeto de pesquisa no âmbito de uso de tecnologias e interfaces entre o ensino presencial e a distância. Ex-Coordenador e atual Pesquisador do Núcleo de Estudos Portuários, Marítimos e Territoriais – NEPOMT (<http://dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/6432935903924528>) da Universidade Santa Cecília (UNISANTA), com vários artigos publicados., bem como orientação de pesquisas de graduação relativas a logística, porto e relação porto-cidade. Coordenador no Núcleo Avançado ("Nodo Avanzado") da Asociación para la Colaboración entre Puertos y Ciudades (RETE), no Brasil, com sede na UNISANTA. Membro do Comitê Científico da RETE (www.retedigital.com). Membro do Comitê Editorial da Revista PortusPlus (ISSN 2039-6422). Revisor do Journal of Integrated Coastal Zone Management /Revista de Gestão Costeira Integrada da Universidade do Porto, Portugal (http://www.aprh.pt/rgci/index_eng.html, ISSN 1646-8872). Membro do Conselho Técnico da Fundação Centro de Excelência Portuária (CENEP/Santos). Membro do Conselho de Administração (CONSAD) da Autoridade Portuária de Santos ("Santos Port Authority" - SPA), para o biênio 2021-2023. Engenheiro Civil, graduado pela UNISANTA, em 1982. Curso de Pós-graduação em Construções e Obras Públicas no Institut Supérieur du Béton Armé, de Marselha, França, em 1986.



desenvolvimento sustentado do Brasil, conciliando interesses ambientais, sociais e econômicos.

Palavras-chave: industrialização; comércio exterior; zona de processamento de exportação; Porto de Santos.

ABSTRACT: The article aims to show the feasibility of implementing an Export Processing Zone (ZPE) in the continental area of the City of Santos, in the state of São Paulo, with the Port of Santos as a logistical asset. Therefore, the article is divided into 3 chapters. Chapter 1 addresses China's role in the world economy from the creation of Special Economic Zones (SEZ's), which resulted in significant development of that country, leading it to the condition of the second economy in the world, with a high rate of industrialization and production of patents, placing 7 (seven) of its ports among the busiest in the world. Chapter 2 deals with the regime of Export Processing Zones (ZPE's) in Brazil, areas of free trade with foreign countries, intended for the installation of companies focused on the production of goods to be sold abroad, being considered primary zones for the purpose of customs control. Considering its similarity with the ZEE's and the results obtained by China, this model needs to be incremented and considered strategic for the country, as a way of diversifying our portfolio of export products and reducing dependence on agribusiness in the national economy. While the world, with emphasis on China, has thousands of ZEE's, why does Brazil have only 11 authorized, 2 of which are operational? Chapter 3 specifically discusses the Port of Santos, the main port complex in the country, whose potential can be more expanded with the implementation of an ZPE in its surroundings. This condition is even more favored due to the fact that the city of Santos was considered suitable to host an ZPE, by the Federal Government, with studies that have already identified areas for its implementation. These and other aspects that favor the implementation of an ZPE in Santos are highlighted. The final considerations prove the importance of ZPE's as instruments for the sustained development of Brazil, reconciling environmental, social and economic interests.

Keywords: industrialization; foreign trade; export processing zone; Port of Santos.

.

1 INTRODUÇÃO

Num país de proporções continentais, carente de infraestrutura, houve muita demora na criação de cursos de Engenharia e tecnologia, indispensáveis à pesquisa científica e desenvolvimento econômico de qualquer nação.

Não à toa, poucos brasileiros que se destacaram nesse âmbito entre os séculos XVIII e XIX, tais como: José Bonifácio de Andrada e Silva, Irineu Evangelista de Souza, D. Pedro II, Roberto Landell de Moura, Santos Dumont e Francisco João de Azevedo, por exemplo. Também merece destaque, antes mesmo da Revolução Industrial, o Pe. Bartolomeu de Gusmão que, assim como José Bonifácio, era natural de Santos-SP, que já era porto antes



mesmo de ser cidade. Ainda no início do século XVIII, ele vez voos bem altos com sua “Passarola”.

Desde o princípio da colonização portuguesa e até o início do século XX, a indústria brasileira sempre esteve associada aos ciclos econômicos do país, principalmente aos do açúcar e do café, com destaque para esse último, o “ouro verde” que sustentou a economia nacional por várias décadas e ainda ocupa posição relevante em nossa carteira de exportações.

Mas o Brasil sempre foi um passageiro tardio quando o assunto é industrialização.

Com sua economia historicamente baseada no agronegócio, o Brasil foi e permanece - com raras e honrosas exceções - importador de equipamentos e tecnologias, no setor industrial.

Inicialmente, ficou à mercê principalmente por ingleses, franceses e alemães, numa “guerra comercial” muito semelhante à do início da popularização dos computadores pessoais. Só que, em vez de sistemas operacionais e linguagens de programação incompatíveis entre máquinas, o problema estava nos padrões de medição, entre polegadas e milímetros, que obrigavam à submissão exclusiva ao fornecedor de origem.

A diversificação da indústria nacional passou a ocorrer após a crise de 1929 (CANO, 2015), em função do êxodo rural para centros urbanos, e imigrações de italianos, espanhóis e alemães, entre outras nacionalidades; e pelo redirecionamento da infraestrutura ferroviária e portuária para o setor. No entanto, a produção industrial de então ainda era restrita a produtos de primeira necessidade, com pouca tecnologia associada. Mesmo assim, o setor passou a ter maior significância do contexto nacional, embora basicamente circunscrito à atual Região Sudeste, sobretudo ao Estado de São Paulo.

Foi somente após a Segunda Guerra Mundial que houve o mais significativo impulso à industrialização do Brasil, pois os países europeus, por conta desse conflito, haviam perdido sua capacidade produtiva e, conseqüentemente, seu protagonismo na exportação de produtos industrializados. Assim, o Brasil precisou começar a produzir o que antes importava: a chamada “substituição de importações” (MATTEI e SANTOS JUNIOR, 2009), porém, sem desenvolvimento de novos produtos, novas tecnologias, produção científica ou geração de patentes. Os “royalties” passaram a integrar os custos de produção.



A criação da Companhia Siderúrgica Nacional (CSN), em Volta Redonda-RJ; da Petrobras, em nível nacional; e da Companhia Siderúrgica Paulista (COSIPA), em Cubatão-SP, foram basilares para a diversificação econômica do país, criando atrativos para a implantação da indústria automobilística no Brasil, incluindo montadoras e fabricantes de componentes e acessórios. Tudo isso lastreado já no final dos anos de 1920, por Washington Luís, que tinha como lema "Governar é abrir estradas!", e consolidado por Juscelino Kubistchek, com seus "50 anos em 5!", também associada à interiorização do desenvolvimento, que também foi mote de Castelo Branco, com seu "Integrar para não entregar!", pois a Amazônia já era objeto de interesse internacional, antes mesmo das questões climáticas e ecológicas estarem em evidência.

A infraestrutura logística nacional buscou - e ainda busca - se adequar a essa realidade, o que ocorreu pela construção de novas estradas, tanto para escoar a produção das novas fronteiras agrícolas e pecuárias, como a industrial, interna e externamente. Ocorre que, em função do custo e velocidade de implantação, as rodovias foram privilegiadas no país, caracterizando o que passou a ser chamado de "rodoviarismo". Essa condição ainda persiste ao considerarmos a matriz nacional de transportes, se bem que iniciativas recentes e planos estratégicos têm buscado incrementar a participação de outros modais de melhor eficiência energética, e a intermodalidade.

O Polo Industrial de Cubatão passou a contar como novas unidade produtivas, além da siderúrgica e petrolífera, parte delas utilizando subprodutos destas como matéria-prima, caso da indústria cimenteira a base de escória de alto-forno, por exemplo. Sua localização próxima ao Porto de Santos, foi lógica e propícia, do ponto de vista logístico, embora o polo contenha apenas indústrias de base, importadoras de matéria-prima (fertilizantes, minério de ferro, carvão coque, etc.) e voltadas majoritariamente ao consumo interno. As exportações ficavam por conta de produtos siderúrgicos (placas, chapas e laminados) da COSIPA, agora USIMINAS, que hoje tem todos os seus altos-fornos desativados e pouco exporta. A desativação dos altos-fornos implicou no encerramento da fábrica de cimento.

Para o sistema portuário nacional, as exportações ainda eram – e continuam a ser - majoritariamente de granéis agroalimentares, *commodities* de baixo valor agregado.



O final dos anos de 1960 e início dos de 1970, época do “Milagre Econômico Brasileiro” (LAGO, 2022), trouxe novo impulso à indústria nacional. Nesse período, houve significativa expansão do parque gerador de energia do país, e destacaram-se as indústrias: de construção pesada, naval e aeronáutica; e a geração de empregos qualificados em vários níveis.

Crises econômicas e políticas subsequentes, internas e externas - além da falta de visão estratégica de governos -, levaram a um retrocesso na produção industrial, período que passou a ser conhecido como "década perdida" (anos de 1980).

É certo que houve algumas iniciativas cuja intenção era de favorecer ao desenvolvimento tecnológico e à produção industrial nacional, como a restrição de importações, sobretudo de veículos; e a reserva de mercado de informática. Entretanto, ambas não apresentaram os resultados previstos, e até resultaram na obsolescência do parque industrial brasileiro pois, em vez de investir no desenvolvimento de novas tecnologias e projetos, os empreendedores acomodaram-se, já que o consumidor obrigatoriamente teria que comprar o que era e como era produzido aqui, geralmente com base no que era descontinuado nas matrizes internacionais, como foi o caso de veículos: as "carroças" de Fernando Collor.

Para se ter uma ideia da qualidade dos veículos nacionais, para exportá-los para países desenvolvidos, atendendo às suas exigências técnicas, era necessária customização que envolvia centenas de itens.

No setor de informática, a reserva de mercado resultou em anos de atraso tecnológico.

Enquanto isso, os portos permaneceram firmes e fortes na exportação de *commodities*, inclusive após o advento e incremento da utilização de contêineres no Brasil, no final dos anos de 1970, e sua consolidação, no início da década de 1980, com a implantação do primeiro terminal especializado do país: o TECON, na margem esquerda do Porto de Santos, no município de Guarujá/SP.

A abertura das importações de automóveis, em 1990, trouxe novo “combustível” para a indústria nacional, que teve que adaptar-se rapidamente à concorrência interna e externa.

Primeiro vieram veículos da Rússia, bem mais baratos do que os nacionais. Depois vieram novas montadoras, gerando novos empregos, porém, já com crescente introdução da



automação de linhas de montagem. A indústria nacional passou a produzir carros “mundiais”, com foco em exportações, mas também recebendo veículos e acessórios de matrizes e filiais das grandes corporações, principalmente por via marítima. Exceção feita a algumas montadoras, a maioria encontra-se distante de instalações portuárias, o que impacta no custo do frete que, aliado à condição da maioria das rodovias nacionais, resulta no famigerado “Custo Brasil”.

É possível reduzir esse distanciamento?

A criação e expansão de Zonas Econômicas Especiais na China, sobretudo nas proximidades de portos, resultou em significativa expansão econômica daquele país, nas décadas mais recentes, com ênfase em industrialização.

No Brasil, existe um modelo semelhante, o das Zonas de Processamento de Exportação, ainda pouco explorado no país.

A criação de Zonas de Processamento de Exportação próximas aos portos brasileiros tende a contribuir para a redução desse distanciamento, além permitir a diversificação da carteira de produtos de exportação do Brasil, agregando-lhe valor e contribuindo para a reindustrialização do país, intenção declarada pelos Governos Federal e do Estado de São Paulo.

O Porto e a Cidade de Santos devem ser considerados estratégicos nesse processo, por múltiplos motivos, como será apresentado a seguir.

2 A CHINA E A ECONOMIA MUNDIAL

2.1 A China e as Zonas Econômicas Especiais (ZEEs)

Segundo a *United Nations Conference on Trade and Development* (UNCTAD), em seu relatório de 2019:

Entre os instrumentos mais importantes de atração de investimento estão as Zonas Econômicas Especiais (grifo nosso). O número de zonas ao redor do mundo cresceu rapidamente nesta década para mais de 5.000, com muitas mais planejadas. (UNCTAD, 2019)



Segundo Silveira (2001), a implantação de Zonas Econômicas Especiais na China teve início em 1978 e efetiva implantação da primeira ZEE em agosto de 1980, na província de Guangdong. Desde então, foram criadas várias ZEEs na China, cujo papel foi diretamente proporcional ao crescimento econômico e desenvolvimento científico e tecnológico daquele país.

As 5 (cinco) principais características das ZEEs chinesas, a saber:

1. Os governos das ZEEs estão autorizados a gerir os seus assuntos económicos, gozando de poder, a nível provincial, para examinar e aprovar os respectivos projectos. Estão também autorizados a tratar com flexibilidade qualquer assunto de acordo com a situação conjuntural da ZEE.
2. A taxa de imposto do rendimento das empresas nas ZEEs é de 15%. Empresas produtoras com investimento estrangeiro que tencionem aí operar por mais de 10 anos gozarão de isenção do imposto sobre o rendimento nos primeiros dois anos e pagarão metade desse imposto nos seguintes três anos. Após o período de isenção e redução, empresas que produzam bens para exportação pagarão, um imposto de rendimento a uma taxa reduzida em 10%; empresas de tecnologia avançada gozarão, de três anos suplementares durante os quais se manterá a redução para metade da taxa de imposto sobre o rendimento. Empresas não produtoras com um investimento estrangeiro superior a 5 milhões de dólares com um período operativo de mais de 10 anos, gozarão de isenção do imposto sobre o rendimento no primeiro ano e pagarão metade nos dois anos seguintes.
3. As taxas alfandegárias e de valor acrescentado não são aplicadas em projectos de exportação produzidos por empresas das ZEEs com matérias importadas, e em produtos de exportação produzidos com matérias-primas da China, excepto crude (petróleo bruto), petróleo e um determinado número de produtos essenciais prescritos pelo Estado.
4. Mediante aprovação, as taxas de importação e de valor acrescentado não serão cobradas no caso de equipamento importado como maquinaria, peças, matérias-primas, materiais e combustível, utilizados para construção ou produção nas ZEEs por departamentos administrativos, empresas e instituições. Contudo, em caso de qualquer dos produtos mencionados (incluindo produtos manufacturados por empresas das ZEEs com peças importadas livres de impostos) serem transportadas da ZEE para outra parte do país, serão cobradas as referidas taxas.
5. A estrangeiros, chineses da diáspora oriundos de países ou regiões que tenham relações diplomáticas ou relações comerciais oficiais com a China, e compatriotas de Hong Kong, Macau e Taiwan que venham às ZEEs com fins de intercâmbio científico e tecnológico bem como visitas a familiares, não é necessária a emissão de vistos de entrada nas referidas ZEEs. Investidores estrangeiros, pessoal estrangeiro contratado por estrangeiros e as respectivas famílias têm direito a vistos de multi-entrada. (SILVEIRA, 2001)

As ZEEs chinesas tiveram e têm importante papel na atração de investimentos e empresas internacionais, na transferência de tecnologia - uma condição imposta aos interessados -, que agora evoluiu para o desenvolvimento próprio; e na criação de empregos,



embora seguindo um modelo de relação capital x trabalho bem diferente dos países democráticos, e que dificilmente seria aceito pelo sindicalismo laboral brasileiro.

Enquanto o Brasil vem perdendo progressivamente sua participação na produção industrial mundial, a China ganha cada vez mais destaque no setor, produzindo cada vez mais rápido, melhor e mais barato.

O desafio chinês continua sendo manter o controle social, tendo a economia como fator de apaziguamento, além de um exército de mais de 2 (dois) milhões de militares ativos e um poder de dissuasão interno e externo formidável.

O fato é que a China transitou do subdesenvolvimento à condição de reprodutora de tecnologias importadas, por engenharia reversa; para tornar-se produtora de patentes e potência em inovação e pesquisa científica, altamente competitiva no comércio internacional, também favorecida, reiterando, pelo baixo custo da mão de obra fartamente disponível no país mais populoso do mundo.

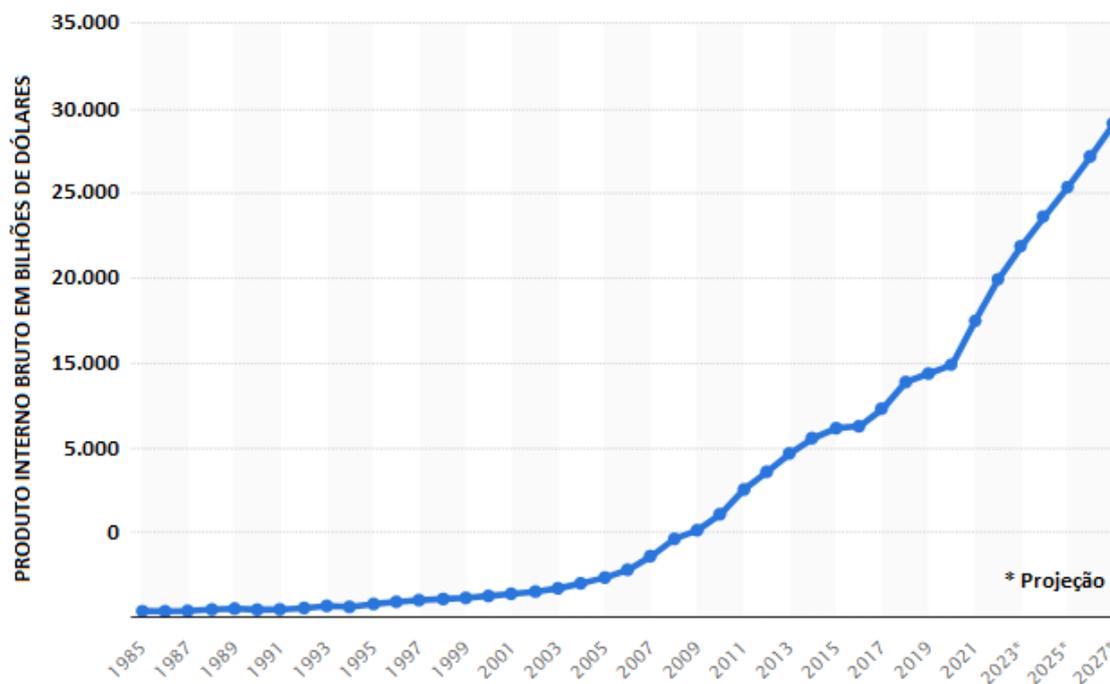
Lá, não há disputas deletérias pelo poder, o que seria ótimo, não fosse pelo fato de ser uma ditadura baseada em rígido controle social, mediante doutrinação massiva desde a infância e controle das mídias, em geral.

As ZEEs tiveram e têm papel primordial nesse processo de transição da China para um modelo capitalista híbrido, "de Estado", onde os empreendimentos estratégicos são planejados e executados praticamente sem nenhuma restrição ambiental, burocracia ou judicializações.

As grandes corporações ocidentais receberam bastante bem o modelo econômico chinês, também aplicado em outros países asiáticos com governos similares, e transferiram ou montaram plantas industriais lá.

A Figura 1 apresenta o resultado dessa opção estratégica, que foi significativa evolução do PIB chinês.



Figura 1 – Evolução do PIB da China até 2021, com projeção até 2027.

Fonte: Statista (2022)

Segundo Ghosh (2019), o estabelecimento das ZEEs chinesas, entre 1980 e 1984; a incorporação de Hong Kong (1997) e Macau (1999); e a entrada da China na Organização Mundial do Comércio incrementaram o crescimento do PIB do país.

Cerca de 90% do comércio internacional ocorre por via marítima (95%, no Brasil). Assim, a proximidade da produção industrial de instalações portuárias é um inegável trunfo logístico.

Associada a regimes tributário e aduaneiro favoráveis, a competitividade dos produtos pode ser sensivelmente potencializada ou consolidada, como ocorre em vários portos que são referência mundial em boas práticas e sustentabilidade.

O sistema portuário chinês passou da irrelevância ao protagonismo, com 7 (sete) de seus portos atualmente posicionados entre os principais movimentadores de contêineres no mundo, como indica a Figura 2.



Figura 2 – Principais portos do mundo em movimentação de contêineres.

POSIÇÃO	NOME DO PORTO	PAÍS
1	Xangai	China
2	Cingapura	Cingapura
3	Ningbo-Zhoushan	China
4	Shenzhen	China
5	Guangzhou	China
6	Busan	Coreia do Sul
7	Qingdao	China
8	Hong Kong	China
9	Tianjin	China
10	Rotterdam	Holanda

Fonte: Fazcomex (2022)

Assim, a economia da China alcançou o segundo lugar, a caminho de ser a primeira, como mostra a Figura 3.

Figura 3 – Ranqueamento das maiores economias do mundo, em 2022.

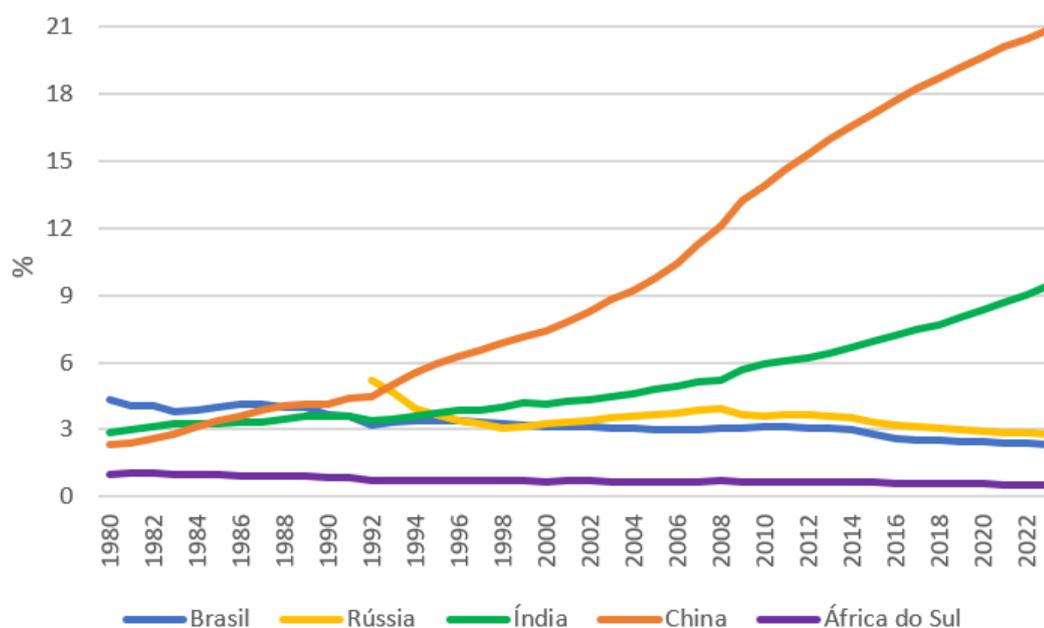
ranking		PIB nominal (US\$ tri)	
1º	 EUA	25,35	
2º	 China	19,91	
3º	 Japão	4,91	
4º	 Alemanha	4,26	
5º	 Índia	3,53	
6º	 Reino Unido	3,38	
7º	 França	2,94	
8º	 Canadá	2,22	
9º	 Itália	2,06	
10º	 Brasil	1,83	
11º	 Rússia	1,83	
12º	 Coreia do Sul	1,80	
13º	 Austrália	1,75	

Fonte: Poder 360º apud Austin Ranking (2022)



O gráfico da Figura 4 mostra a evolução do PIB dos BRICS - grupo econômico que envolve Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul.

Figura 4 – Participação do PIB dos membros do BRICS no PIB mundial: 1980-2023.



Fonte: Ecodebate, 2022, apud FMI. WEO (2017)

Esse cenário serviu como referência para a elaboração do presente artigo.

2.2 A China e a desindustrialização mundial

Recentemente, teve início a importação de veículos chineses, que passaram a ser vendidos por preços muito mais atrativos do que os nacionais, assim como os russos, na década de 1990.

Era esperada uma redução do custo dos veículos nacionais, entretanto, a carga tributária e os direitos trabalhistas brasileiros são bem diferentes dos chineses, pois o regime político chinês segue um modelo de relação capital-trabalho próprio, centralizado no governo, bem diferente do adotado no Brasil. A solução adotada pelo governo brasileiro foi aumentar a alíquota do imposto de importação.



Não foi diferente em outros países democráticos. Além disso, a busca por redução de custos de produção, sobretudo de mão de obra, levou muitas corporações industriais mundiais a transferirem suas plantas produtivas para países pobres, sobretudo da África e Ásia.

O resultado foi a desindustrialização dos países ocidentais e a tendência à precarização do trabalho.

Foi assim que a China passou a ser considerada uma espécie de “armazém do mundo”, pela capacidade produtiva, variedade de produtos e seu custo final.

Graças a esse arcabouço político-administrativo, a economia chinesa cresceu e ainda cresce de forma significativa, tanto que em poucas décadas aquele país saiu do atraso tecnológico, subdesenvolvimento e dependência da União Soviética/Rússia, para tornar-se a temível, militar e economicamente, segunda potência mundial, a caminho da liderança.

É importante salientar que também faz parte do planejamento estratégico da China o expansionismo econômico, que recebeu a alcunha de “Nova Rota da Seda”. Ele inclui investimentos de trilhões de dólares na implantação de infraestrutura e logística em vários países, com o objetivo de favorecer o escoamento de suas exportações e assegurar seu suprimento de demandas alimentares e de matérias-primas. Ao que consta, não se trata apenas de investir, mas de assegurar o controle desses ativos e sistemas, mesmo em outros países, uma espécie de seguro contra calotes.

3 O BRASIL E A ECONOMIA MUNDIAL

No âmbito geral do comércio internacional, entre exportações e importações o Brasil representa apenas cerca de 1% e, mesmo, assim, com exportações basicamente de *commodities* de baixo valor agregado, que ocupam muito espaço nos portos, com baixo valor relativo. Mas há que se ressaltar que as exportações do agronegócio são significativas para a segurança alimentar do mundo, além de terem sistematicamente suportado os superávits da balança comercial do país, ainda mais em tempos de pandemia.

Em contrapartida, nossa produção tecnológica e de inovação ainda é insipiente, bem distante de: China, EUA, Japão, Coreia do Sul, Alemanha, França, Reino Unido, Suíça, Suécia e Holanda, os dez primeiros, nessa ordem, em registro de patentes, em 2021, segundo o *World Intellectual Property Organization* (WIPO, 2022).



A disputa entre o ambiental e o econômico se reflete naquilo em que o Brasil é referência mundial: o agronegócio.

As críticas ao modelo brasileiro vão da expansão de áreas ao fantástico trabalho da Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária (Embrapa) na produção de sementes que aumentam a produtividade, entre outros resultados.

Tanto no caso da expansão do agronegócio como na de empreendimentos industriais, nossa complexa legislação, via de regra passível de interpretações, e a burocracia estatal, que abre espaço para atitudes pouco republicanas, contribuem em muito para dificultar investimentos, por vezes inviabilizando-os, por mais sustentáveis que sejam.

O desenvolvimento do país fica prejudicado, empregos deixam de ser gerados e tributos que permitiriam a ampliação e melhoria de serviços públicos e, inclusive, a preservação/recuperação ambiental de áreas desprotegidas são inviabilizados, mantendo o Brasil dependente de tecnologias e produtos de alto valor agregado importados, e sofrendo com exigências draconianas para exportar seus produtos e protecionismos.

As pesquisas da Embrapa têm apresentado resultados auspiciosos para o agronegócio nacional, e são referência mundial. Mas há quem critique o aumento da produtividade por hectare, pelo tipo de sementes desenvolvidas; e também quem questione a expansão de áreas produtivas, por conta de desmatamentos, sem apontar soluções alternativas que equivalham resultados.

Para citar um exemplo desse entendimento, na Semana de Engenharia – 2021, da Universidade Santa Cecília (UNISANTA, 2021), houve uma palestra de Paula Cardoso, Administradora e Engenheira Ambiental, Diretora da empresa ABG Engenharia e Meio Ambiente. Durante sua exposição ela ponderou que o Brasil precisaria repensar sua condição de fornecedor de alimentos para o mundo. Citou especificamente o caso do rebanho bovino nacional, que afirmou ser maior do que a população humana do país, alegando que ele produz muito gás metano, o que é ruim para o meio ambiente.

Assim, o agronegócio, protagonista das exportações brasileiros, sofre restrições internas e externas. É preciso diversificar nossa carteira de produtos, por esse e outros



motivos, além de certos segmentos repensarem seu entendimento do conceito de sustentabilidade.

3.1 O Brasil e as Zonas de Processamento de Exportação (ZPEs)

Reconheça-se que a Zona de Processamento de Exportação (ZPE) brasileira, regime aduaneiro especial criado por meio do Decreto-Lei nº 2.452/1988 (BRASIL, 1988), posteriormente revogado pela Lei Federal nº 11.508, de 20 de julho de 2007 (BRASIL, 2007), tem muita semelhança com a ZEE chinesa, pois ambas focam em produção de alta tecnologia, com foco em exportações.

A Lei nº 11.508/2007, posteriormente regulamentada pelo Decreto nº 6.814, de 6 de abril de 2009 (BRASIL, 2009), dispôs sobre o regime tributário, cambial e administrativo das ZPEs. Seu Art. 1º, alterada pela Lei Federal nº 14.184, de 14 de julho de 2021 (BRASIL, 2021a), em função da modernização do marco legal de ZPE, passou a ter a seguinte redação:

Art. 1º É o Poder Executivo autorizado a criar, nas regiões menos desenvolvidas, Zonas de Processamento de Exportação (ZPE), sujeitas ao regime jurídico instituído por esta Lei, com a finalidade de reduzir desequilíbrios regionais, bem como fortalecer o balanço de pagamentos e promover a difusão tecnológica e o desenvolvimento econômico e social do País.

Parágrafo único. As ZPE caracterizam-se como áreas de livre comércio com o exterior, destinadas à instalação de empresas voltadas para a produção de bens a serem comercializados no exterior, sendo consideradas zonas primárias para efeito de controle aduaneiro. (BRASIL, 2007)

O regime de ZPE (que não se confunde com o de Zonas Francas, como a de Manaus/AM) tem por objetivo beneficiar regiões menos desenvolvidas do país, prevendo benefícios fiscais e cambiais, por parte do Governo Federal (IPI, PIS, COFINS, câmbio flutuante, etc.), que podem ser “turbinados” com outros atrativos tributários, por parte de governos estaduais (ICMS, etc.) e municipais (ISSQN, IPTU, etc.).

Segundo o então Ministério da Economia (ME, 2023), atualmente o Brasil possui 11 (onze) ZPEs em diferentes estágios de implantação. No entanto, somente as de Pecém/CE, que passou a operar em 2013, e Parnaíba/PI, a partir de 2022, estão efetivamente ativas e devidamente alfandegadas. As demais autorizadas, dentre as quais, a de Porto do Açu-RJ, Cáceres/MT e Uberaba/MG, encontram-se ainda em processo de implantação.



Antes de prosseguir no tema ZPE, é interessante fazer acrescentar mais algumas informações sobre o Brasil no comércio internacional.

Em 2022, o Brasil exportou cerca de USD 335,0 bilhões (MDIC, 2023), sendo que os principais itens de exportação foram *commodities* agrícolas e minerais a granel, carnes, celulose e produtos da indústria de transformação (também baseados matéria-prima agropecuária). Destaque-se que, mesmo nas exportações por contêineres, as cargas têm sido de menor valor agregado.

Os principais destinatários de nossas exportações foram: China, EUA, Holanda, Argentina, Japão, Chile, México, Alemanha, Espanha e Coreia do Sul.

No mesmo período, o Brasil importou cerca de USD 272,7 bilhões, tendo como principais mercadorias: adubos e fertilizantes, petróleo, derivados e afins; medicamentos e produtos farmacêuticos, gás, eletrônicos, partes de veículos, equipamentos elétricos e mecânicos, e produtos da indústria de informação.

As principais origens dessas importações foram: China, EUA, Argentina, Alemanha, Coreia do Sul, Índia, México, Japão, Itália e Rússia.

A China e EUA dominam nossas exportações e importações, o que faz sentido, por serem as duas principais economias mundiais da atualidade.

Voltando à comparação entre as ZEEs chinesas e as ZPEs brasileiras, segundo o Portal Infomoney (2023) a China exportou USD 3,59 trilhões, cerca de 9,4 vezes mais do que o Brasil, com ênfase em produtos industrializados. O Portal Statista (2023) mostra os principais produtos exportados por aquele país, com destaque para: máquinas e componentes automáticos para processamento de dados, vestuário, acessórios de vestuário, circuitos integrados, fios têxteis, artigos têxteis, telefones móveis e automóveis e produtos de plástico.

O crescimento econômico vertiginoso e o desenvolvimento da cadeia logística e industrial da China a levou à condição de provedor mundial de produtos industrializados, o que ficou ainda mais evidente com a pandemia do COVID-19, quando ficaram dramaticamente evidenciadas as consequências deletérias da desindustrialização do Ocidente.

Daí, ressurgiu o tema da reindustrialização, inclusive no Brasil.



Mas, porque existem efetivamente apenas 2 (duas) ZPEs no Brasil e várias ZEEs na China, além de vários complexos industriais nas proximidades de portos de outros países asiáticos, europeus e da América do Norte?

Como já mencionado, a legislação de ZPE têm foco em áreas menos desenvolvidas e, segundo a Resolução CZPE/ME nº 29/2021 (ME, 2021):

Art. 3º A implantação de ZPEs visa obter a **redução de desequilíbrios regionais, o incremento das exportações e da geração de emprego na região, o desenvolvimento econômico e socioambiental e a difusão tecnológica** (grifo nosso).

Art. 4º **As ZPEs deverão atender às prioridades governamentais para os diversos setores da indústria nacional** (grifo nosso). (ME, 2021)

No mais, quais são as prioridades governamentais para os diversos setores da indústria nacional?

A legislação anterior relativa a ZPEs era restritiva. Sua criação dependia de iniciativa exclusiva de governos estadual e federal; a produção beneficiada pelos incentivos fiscais e aduaneiros era restrita a obrigatoriedade de destinação de 80% à exportação; não era permitida a participação de filiais de empresas já existentes no país; e não a área destinada deveria ser uma.

A Resolução CZPE/ME nº 29/2021 trouxe algumas mudanças que favorecem à implantação de ZPEs, mas não alteraram as disposições anteriormente vigentes no que tange à definição de regiões menos desenvolvidas:

Art. 5º As ZPEs deverão ser criadas em áreas localizadas em regiões menos desenvolvidas.

§ 1º Para efeitos da política das ZPEs, serão consideradas regiões menos desenvolvidas:

I - todos os municípios das regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, bem como os municípios dos Estados de Minas Gerais e Espírito Santo pertencentes à área de atuação da Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste -Sudene;

II - os municípios cujo Produto Interno Bruto per capita seja inferior ao Produto Interno Bruto per capita do Estado em que estejam localizados, conforme dados disponibilizados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) (grifo nosso);

III - os municípios das regiões Sul e Sudeste, exceto as capitais dos Estados dessas duas regiões, quando a participação do valor adicionado bruto da indústria do município no valor adicionado bruto total do



município for inferior à participação do valor adicionado bruto da indústria brasileira no valor adicionado bruto do País, conforme dados disponibilizados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) (grifo nosso);

IV - os municípios que apresentam déficit na balança comercial, exceto as capitais dos Estados da Região Sul e Sudeste, conforme dados disponibilizados pelo Ministério da Economia. (ME, 2021)

É importante salientar que Resolução CZPE nº 29/2021, dispõe que:

Art. 6º A autorização para a criação de ZPEs deverá estar norteada pelas seguintes diretrizes:

I - **contribuir para o desenvolvimento local** (grifo nosso), possibilitando a redução de desequilíbrios regionais;

II - **aproveitar o potencial exportador da região e aumentar o valor agregado das exportações brasileiras** (grifo nosso);

III - **priorizar propostas de criação de ZPEs localizadas em área geográfica privilegiada para a exportação** (grifo nosso); e

IV - utilizar de forma racional os recursos naturais.

Parágrafo único. Para efeitos da aplicação desta resolução, **considera-se "área geográfica privilegiada para a exportação"** aquela com disponibilidade de insumos (matérias-primas, partes, peças ou componentes), **que ofereça condições para a produção dos bens e serviços, mão-de-obra capacitada ou possibilidade de capacitá-la e que disponha de canais de escoamento eficientes para a entrada de insumos e envio dos produtos elaborados para o exterior** (grifos nossos). (ME, 2021)

A Lei nº 11.508/2007 (BRASIL, 2007), foi alterada pela Lei Federal nº 14.184/2021 (BRASIL, 2021), tornando-se o novo marco regulador das ZPEs. Essa nova lei trouxe importantes definições, tais como:

Art. 2º **A criação de ZPE far-se-á por decreto, que delimitará sua área, a qual poderá ser descontínua** (grifo nosso) observado o disposto no § 6º deste artigo, à vista de proposta dos Estados ou dos Municípios, em conjunto ou isoladamente, **ou de ente privado** (grifo nosso).

§ 1º-A O Poder Executivo regulamentará o processo seletivo de caráter público por meio do qual os entes privados poderão apresentar propostas para a criação de ZPE. (BRASIL, 2007)

Também trouxe outras inovações, com a proposta de tornar a implantação de ZPEs mais atrativa aos investidores. São elas:



- Revogação da obrigatoriedade das empresas de exportarem 80% da produção. Pela nova legislação, a totalidade da produção industrial poderá ser direcionada ao mercado interno, mediante pagamento dos tributos anteriormente suspensos;
- Possibilidade de implantação de ZPEs em áreas descontínuas
- Inclusão de empresas prestadoras de serviços vinculados à industrialização de mercadorias a serem exportadas no regime;
- Inclusão de empresas prestadoras de serviços destinados exclusivamente à exportação;
- Adequação da regra de internalização às normas da Organização Mundial do Comércio (OMC); e
- Facilidade de construção de ZPEs em áreas conectadas com portos e aeroportos, o que é lógico.
-

A ZPE de Pecém/CE tem foco em siderurgia, gases industriais e engenharia (ZPE PECÉM, 2022). Já a de Parnaíba/PI, aprovada já sob o novo regime, tem perfil voltado para **fármaco químicos, cera de carnaúba, babaçu, couros e peles, alimentos, pedras preciosas e minérios, biocombustíveis e empresas na área de biotecnologia e nanotecnologia, além da perspectiva de abertura para o segmento de serviços na área de tecnologia da informação (ZPE PARNAÍBA, 2022).**

O Porto de Santos é o principal complexo portuário do Brasil, operando majoritariamente *commodities* de baixo valor agregado. Ele está situado no Estado de São Paulo, o mais industrializado do Brasil. Se fosse uma país, sua economia estaria entre as 25 (vinte e cinco) principais do mundo.

O Parque Industrial de Cubatão opera basicamente com matérias-primas importadas, produzindo principalmente para o mercado interno.

Considerando esse cenário, seria possível implantar uma ZPE na região?

Para obter essa resposta, em 2015 a Prefeitura de Santos, por meio deste autor, após análise da legislação pertinente, vislumbrando a possibilidade de diversificar e incrementar sua economia, e sendo sede do principal complexo portuário do país, encaminhou consulta à Secretaria Executiva do Conselho Nacional de Zonas de Processamento de Exportação (CZPE-SE), então vinculado ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria, Comércio Exterior e Serviços (MDIC).



4 CIDADE E PORTO DE SANTOS - ZPE VIÁVEL

A resposta do CZPE-SE, com base nos critérios de enquadramento então vigentes, é apresentada na Figura 5.

Figura 5 – Resposta da CZPE-SE a consulta da PMS sobre ZPE na cidade de Santos.



**CONSELHO NACIONAL DAS ZONAS DE PROCESSAMENTO DE EXPORTAÇÃO - CZPE
SECRETARIA EXECUTIVA - SE**

Esplanada dos Ministérios, Bloco J, Sobreloja, CEP 70053-900, Brasília - DF
Tel: +55 (61) 2027-7378 e-mail: seczpe@mdic.gov.br

■ **Avaliação Santos/SP:**

L	CRITÉRIOS	CONSIDERAÇÕES	RESULTADO
1	Critério Geográfico (NO, NE, CO + SUDENE)	Santos/SP = Sudeste	Não Enquadrado
2	PNDR (SU + SE) <ul style="list-style-type: none"> □ Sub-Regiões de Baixa-Renda □ Sub-Regiões Estagnadas □ Sub-Regiões Dinâmicas 	Santos/SP = Alta Renda	Não Enquadrado
3	Valor Adicionado da Indústria SU + SE (Exclusive Capitais) (Part. % VA _{Ind} no VA _{Total}) Município < Brasil	Santos/SP = Sudeste (Dados IBGE – 2014) Santos/SP (9,79%) < Brasil (23,79%)	Enquadrado
4	Balança Comercial SU + SE (Exclusive Capitais) Exportações < Importações	Santos/SP = Sudeste (Dados MDIC – 2016: Santos/SP) <ul style="list-style-type: none"> □ Exportações: US\$ FOB 3.534 Milhões □ Importações: US\$ FOB 761 Milhões Exportações > Importações	Não Enquadrado

Fonte: PMS (2017)

Assim, a cidade de Santos foi inicialmente qualificada para eventual implantação da ZPE, em razão de, no ano de 2014, com base nos dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), a participação do valor adicionado do setor industrial no valor adicionado do Município ter apresentado valor inferior ao indicador equivalente no plano nacional.

No entanto, o CZPE ressaltou que a efetiva implantação da ZPE dependia de diversas iniciativas, não apenas no sentido da efetiva formalização do pleito e de sua aprovação junto às autoridades competentes, mas, sobretudo, da atração de investimentos produtivos para



implantação da própria infraestrutura da ZPE e dos projetos industriais associados, de sorte a assegurar a efetiva viabilidade econômica do empreendimento.

A cidade de Santos, portanto, está apta a sediar uma ZPE desde 2017, condição ratificada em setembro de 2019, em nova consulta ao CZPE, atualmente subordinado ao Ministério da Economia (ME), em 2022, e pela Resolução CZPE/ME nº 29/2021, em seu Artigo 5º, Inciso III.

Por ser cidade portuária, localizada no Estado de São Paulo, o mais industrializado do país, Santos é uma “[...] área geográfica privilegiada para exportação [...]” que oferece “[...] condições para a produção dos bens e serviços [...], e dispõe de “[...] canais de escoamento eficientes para a entrada de insumos e envio dos produtos elaborados para o exterior [...]”.

No âmbito do potencial de P&D e de formação profissional especializada, a Região Metropolitana da Baixada Santista (RMBS) possui mais de uma dezena de Instituições de Ensino Superior e Escolas Técnicas, públicas e privadas, inclusive unidades do SESC, SEST e do SENAI. Assim, Santos e região também dispõem de “[...] mão-de-obra capacitada ou possibilidade de capacitá-la [...]”.

É certo que o desnível de cerca de 700 m entre o planalto e a RMBS, e a complexidade de construção de estradas e ferrovias para vencê-los no âmbito da Engenharia e, principalmente, no quesito ambiental, é de alta complexidade, em função da legislação vigente.

São muitas variáveis influentes, que incluem: a Lei da Mata Atlântica, o Parque Estadual da Serra do Mar, o Zoneamento Ecológico e Econômico da Baixada Santista, limitações geométricas (curvas, gabaritos de viadutos, restrições de horário para o tráfego de carretas que trazem cargas de projeto, etc.) em estradas; concomitância de tráfego de cargas e veículos de passeio no Sistema Anchieta Imigrantes (SAI), pedágio caro, interferência com tráfego urbano, licenciamentos ambientais demorados, sempre passíveis de judicializações, etc. Em adendo, também há que se considerar a pesada carga tributária incidente sobre a produção industrial.

Na visão dos investidores e empreendedores esse cenário de instabilidade regulatória e jurídica, entre outras impedâncias, geram insegurança e desestímulo.



Parte das iniciativas adotadas pelo setor industrial para reduzir custos de produção e comercialização inclui a busca por terrenos baratos, licenciamentos menos complexos e incentivos fiscais.

Atentos a essa oportunidade, vários municípios ofertam essas condições, facilitando a implantação de condomínios logístico-industriais em seus territórios. Mas esse distanciamento do Porto de Santos tem implicação direta no custo do frete.

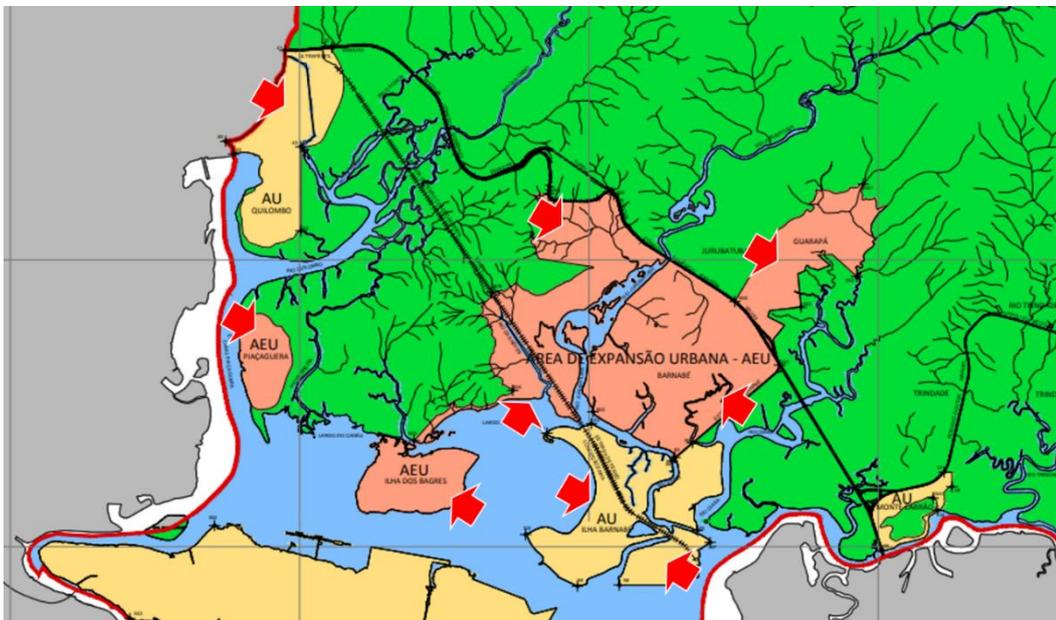
Existem áreas na RMBS próximas ao porto que podem abrigar uma ZPE, condomínio logístico-industrial, porto-indústria, etc.

Estudos elaborados pela Fundação para o Desenvolvimento Tecnológico da Engenharia (FDTE, 2013) e a empresa *Advanced Logistics Group* (ALG, 2011), esta última financiada pelo governo espanhol, estudaram áreas da RMBS apropriadas para esse fim, todos de posse do Governo Federal. Ambos indicaram a área continental de Santos como a mais propícia, inclusive em curto prazo.

A Figura 6 é um excerto do Anexo I (Perímetro Urbano) da Lei Complementar nº 1.005 (Plano Diretor de Desenvolvimento e Expansão Urbana do Município de Santos), de 16 de julho de 2018 (PMS, 2018), que define o uso e ocupação do solo da área continental de Santos. Nela estão indicadas as áreas urbanas (AU) e destinadas à expansão urbana (AEU), que podem abrigar atividades econômicas associadas ao complexo portuário local.

A Lei Complementar nº 729, de 11 de julho de 2011 (PMS, 2011), que define o uso e ocupação do solo na área continental de Santos, ora em fase de revisão, dispõe de zonas que permitem a implantação de atividade portuárias, retroportuárias, logísticas e industriais. Essa condição, além dos acessos: rodoviário, ferroviário e aquaviário existentes foram consideradas nos estudos da FDTE e ALG, contribuíram para a qualificação desse território nos estudos da FDTE e ALG, ambos de posse do Governo Federal.



Figura 6 – Área Continental de Santos: áreas urbanas (AUs) e de expansão urbana (AEUs).

Fonte: PMS (2018)

O custo do terreno nessas áreas pode ser até mais barato do que no interior do Estado, porém, são áreas *greenfield*, particulares ou da União, com restrições ambientais que encarecem sobremaneira o custo de implantação de empreendimentos, por mais sustentáveis que sejam.

Essa condição decorre do rigor da legislação vigente que possibilita interpretações enviesadas do conceito de sustentabilidade, privilegiando aspectos ambientais – muito importantes, sem dúvida –, relativiza os sociais, basicamente restritos ao zelo com comunidades tradicionais, assentamento quilombolas e aldeias indígenas, sem considerar os efeitos socialmente positivos da geração de empregos diretos e indiretos propiciado pela implantação de novos empreendimentos; e considerando a fator econômico como mera especulação financeira e busca de lucro, em detrimento dos demais.

A sistemática judicialização de licenciamentos ambientais de empreendimentos também tem colocado "em cheque" órgãos licenciadores como CETESB e IBAMA.

Voltando à China - que alguns exaltam como modelo a ser seguido pelo Brasil em função dos resultados, e não pelos métodos utilizados lá -, as ZEEs estão localizadas junto a portos que hoje estão entre os de maior operação de cargas do mundo, como já mencionado.



Por que não temos uma ZPE próxima ao Porto de Santos? Isso vale com relação a outros portos nacionais.

O agronegócio e outras *commodities* e matérias-primas são grandes e longevos negócios, em termos de demanda, sem dúvida. No entanto, é preciso diversificar nossa carteira de produtos de exportação, com a inclusão de produtos industrializados de maior valor agregado, competitivos no mercado internacional, melhorando ainda mais os resultados de nossa balança comercial. Essa diversificação também é importante para reduzir nossa dependência de externa no âmbito tecnológico e para a retenção/atração de inteligências capazes de produzir conhecimento e patentes.

Ressalte-se que o tipo de indústria a ser implantado em ZPEs deve ser preferencialmente não concorrente com as indústrias existentes fora delas.

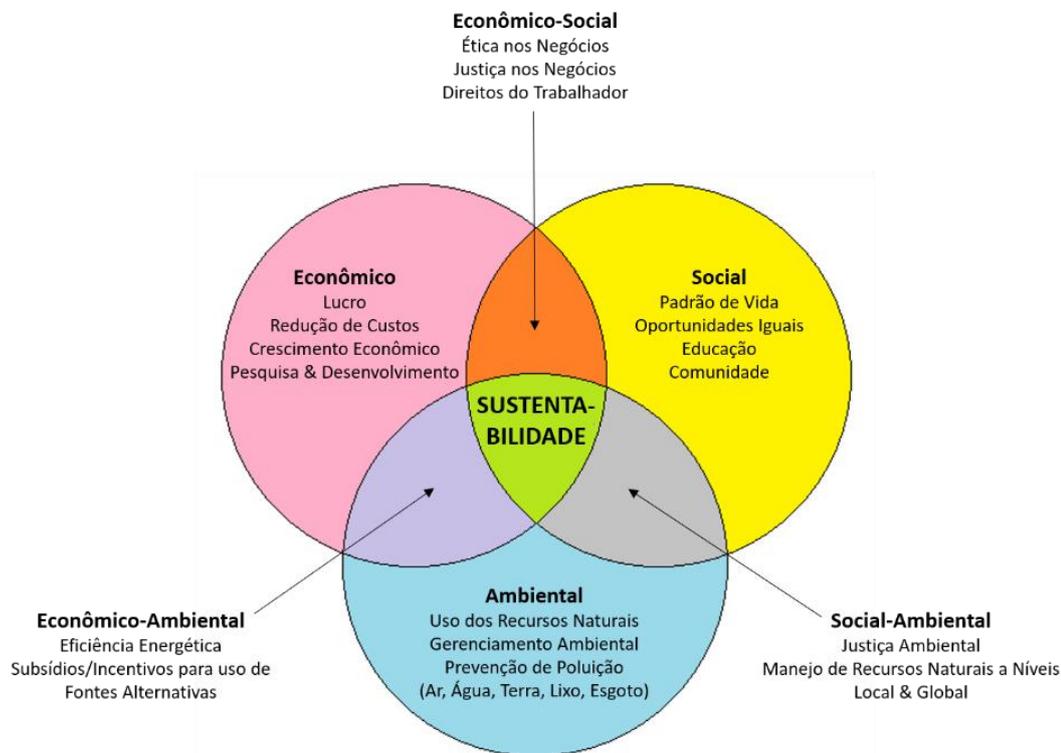
Em suma, trata-se de uma produção que representará uma “nova economia”, que resulte em desenvolvimento, geração de empregos e tributos que contribuirão para a melhoria da qualidade de vida de cidades e cidadãos, onde forem localizadas.

A cidade e o Porto de Santos têm potencial efetivo e qualificação legal para sediar uma ZPE, o que depende da ação conjunta entre todos os níveis de governo e a iniciativa privada, para implantá-la.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O conceito moderno de sustentabilidade prevê a harmonização entre três esferas ou “pilares”, a saber: ambiental, social e econômico (Figura 7).



Figura 7 – Esferas ou Pilares do Desenvolvimento Sustentável.

Fonte: Adaptação da Avaliação e Relatório sobre Sustentabilidade da Universidade de Michigan, (EUA), 2002.

Isso implica em ter consciência de que empreendimentos e atividades econômicas sustentáveis, embora tenham impacto ambiental, podem e devem, mediante medidas mitigadoras ou compensatórias, auxiliar na preservação/recuperação de áreas atualmente desprotegidas e na geração de empregos.

Aliás, toda vida orgânica, animal ou vegetal, também impacta o meio ambiente, e não só a humana e as ações antrópicas. Assim, constitui um equívoco utilizar expressões como “não poluente” em legislações de uso e ocupação do solo, ambientais ou mesmo em cadernos de encargos.

Como visto na Figura 7, privilegiar esses pilares de forma isolada ou associada a apenas um dos outros, tende a apresentar resultados parciais.



Como já mencionado, empreendimentos econômicos geram recursos, por meio de tributos, que permitem a manutenção de programas sociais, além de, pela geração de empregos, reduzir a dependência destes.

Economias fortes, estáveis e equilibradas são imprescindíveis à preservação da ordem social e para cuidar equilibradamente do meio ambiente. Economias fracas e instáveis favorecem às desigualdades sociais, à miséria, ao oportunismo político e à destruição do meio ambiente, pela ocupação de áreas de risco e de preservação ambiental.

A legislação de ZPE foi concebida para favorecer à industrialização de áreas economicamente menos desenvolvidas do país.

A implantação de Zonas Econômicas Especiais, como enfatizado pela UNCTAD (2019), é um importante instrumento de atração de investimentos. As ZPEs emergem como importante parte da solução.

Então, porque não utilizar o regime de ZPEs de modo análogo ao das ZEEs chinesas, potencializando resultados semelhantes?

É importante, sem dúvida, promover o desenvolvimento em todo o território nacional, mas isso não pode ser um fator inibidor da expansão econômica de áreas já consolidadas, tirando máximo proveito da infraestrutura e logística existentes. Pelo contrário, é preciso investir em diversificação e expansão, com benefícios para o mercado interno e para a competitividade de produtos brasileiros de maior valor agregado no comércio exterior.

A proximidade das ZPEs de instalações portuárias, como já visto e previsto na legislação específica, é um inegável trunfo logístico. Ocorre que vários portos brasileiros estão localizados em áreas cujos arredores possuem restrições ambientais, algumas bastante severas, mas que carecem de visão mais abrangente sobre os outros dois “pilares” da sustentabilidade: social e econômico.

A reindustrialização do país é uma questão estratégica que também demanda incremento da pesquisa científica, da transferência de tecnologia e da competitividade de produtos nacionais de alto valor agregado no mercado internacional, cada vez mais competitivo. As ZEEs chinesas são exemplos de uma estratégia bem-sucedida.



É importa realçar que o incremento desse tipo de carga muda sensivelmente o enfoque atual de nossas exportações e dos próprios Planos Mestres e Planos de Desenvolvimento e Zoneamento portuários pois, em lugar de focar em quantidade, passa a enfatizar a qualidade, valor agregado. Acresça-se o fato de que a operação de cargas containerizadas e de projeto é bem menos dependente de fatores climáticos, o que também apresenta impacto positivo sobre a taxa de ocupação de berços e na redução de tarifas portuárias.

O ideal é que inicialmente sejam feitos estudos, seja para a cidade de Santos, seja para qualquer outra cidade portuária, que indiquem:

- Que tipo(s) de indústria(s) seria(m) implantado(s) nas proximidades do porto, com base nos interesses estratégicos nacionais e atrativos de mercado;
- Qual ou quais mercados seriam atrativos para importar essa produção (América Latina, África, Oceania, etc.);
- Se uma ZPE e seu regime aduaneiro e tributário é o melhor modelo a ser considerado;
- Quais as efetivas restrições legais, sobretudo ambientais, à implantação de empreendimento industriais na região;
- Se a Declaração de Utilidade Pública é a única solução para ocupar áreas próximas a portos, considerando a legislação vigente; ou se é viável a mudança da legislação, para adequá-la ao moderno conceito de sustentabilidade, também expresso nos 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) da Plataforma 2030 da ONU;
- Quais os mecanismos de atração de empreendimentos que podem ser disponibilizados pelos governos, em todos os níveis; e
- Que empresas estariam interessadas em implantar ou atuar nesse modelo, entre outras.

O coerente e desejado é que a condução desse processo ocorra com numa parceria entre governos, iniciativa privada e sociedade.

Caso não haja um interessado específico em desenvolver esse estudo, a Infra S.A. (INFRA, 2022) pode ser suscitada a fazê-lo, já que o tema é de interesse estratégico nacional.

Uma maneira de superar as limitações da legislação ambiental está no própria Lei Federal nº 11.248/2006 (BRASIL, 2006), conhecida como “Lei da Mata Atlântica”, que abrange quase todo o litoral leste brasileiro. Ela prevê o instituto da Declaração de Utilidade Pública (DUP):

Art. 3º Consideram-se para os efeitos desta Lei:

[...]

VII - **utilidade pública** (grifo nosso):

a) atividades de segurança nacional e proteção sanitária;



b) as obras essenciais de infra-estrutura de interesse nacional destinadas aos serviços públicos de transporte, saneamento e energia, declaradas pelo poder público federal ou dos Estados (grifo nosso);
[...] (BRASIL, 2006)

O comércio exterior é de interesse nacional, de forma que a logística e infraestrutura inerentes também o são.

Referendando essa tese, a Portaria nº 17/2022 do Ministério da Infraestrutura (MINFRA, 2022), declarou de utilidade pública, para fins de supressão vegetal, empreendimento de interesse nacional, essencial à infraestrutura portuária, a ser implantado em área de 110 mil m², dentro da Poligonal do Porto Organizado de Santos. Essa área é localizada na interface entre o terminal arrendado pela Brasil Terminal Portuário (BTP) e o futuro terminal de contêineres STS10.

No caso da área continental de Santos, é certo que por serem áreas *greenfield*, há necessidade de sua urbanização, como a implantação de infraestrutura física e de utilidades. Benefícios fiscais podem viabilizar que os interessados promovam as benfeitorias necessárias. Além disso, ela dispõe de acesso rodoviário, ferroviário e aquaviário. Com a futura entrada em operação do Aeroporto Regional de Guarujá/SP e do aeródromo do Complexo Empresarial Andaraguá, em Praia Grande/SP, também disporá do modal aeroviário em suas cercanias.

Uma das atividades industriais que podem ser implantadas nas proximidades e portos é a de montagem de equipamentos. No caso de cargas de projeto, seus componentes poderiam ser enviados de fábricas no interior ou exterior, por via rodoviária, ferroviária ou aquaviária, e sua montados no interior da ZPE. Isso vale quanto a customização de veículos e *drawback*, só para citar alguns exemplos.

O incremento mundial de sistemas inerentes a cidades inteligentes e humanas, demanda equipamentos que também podem ser projetados e produzidos nesse tipo de empreendimento, lembrando que o Estado de São Paulo possui vários Parques Tecnológicos de referência, ou que podem tornar a sê-lo, caso da Fundação Parque Tecnológico de Santos (FPTS).



Muito do que o Brasil importa poderia ser produzido e exportado, e não apenas objeto de substituição de importação.

A China investiu fortemente na pesquisa científica e, num curto espaço de tempo, tornou-se referência mundial na produção de conhecimento. A transferência de tecnologia foi uma etapa inicial nesse processo, que logo foi elevado ao nível da inovação competitiva.

O Brasil pode percorrer caminho análogo. Tem matéria-prima e inteligência para tanto.

Escusado lembrar que as principais potências mundiais e países desenvolvidos são aqueles que dominam tecnologias e as exportam.

Pouco tempo atrás, o físico teórico Michio Kaku, PhD (GUPTA, 2017), comentou o fato da maioria dos estudantes nas principais instituições de pesquisa científica e tecnologia dos EUA serem estrangeiros, sobretudo indoasiáticos, que ao concluírem seus cursos voltavam aos seus países de origem, tornando-os concorrentes qualificados.

No Brasil, egressos de universidades locais ou internacionais de renome, no âmbito da ciência e tecnologia, saem ou não voltam ao país, por falta de mercado.

Trata-se, portanto, de uma oportunidade para o Brasil deixar de ser exportador basicamente de *commodities*, para promover sua reindustrialização em moldes estrategicamente mais ambiciosos e tornar-se uma potência econômica e tecnológica de fato, tendo seu sistema portuário como trunfo logístico, sempre com ênfase em sustentabilidade.

Mas isso depende de visão de Estado e da superação de problemas crônicos do país, tais como: disputas ideológicas deletérias de poder, falta de continuidade de planos e de cumprimento de metas, corrupção, instabilidade jurídica e regulatória, subserviência a outros países, ativismo radical e falta de incentivo à permanência da inteligência no país.

O grande desafio à efetivação do desenvolvimento sustentável é, então, superar radicalismos de qualquer espécie, ter visão estratégica e buscar o equilíbrio entre os aspectos ambientais, sociais e econômicos.

6 REFERÊNCIAS

ALG (2011). **Estudo de viabilidade de uma Zona de Atividades Logísticas no entorno do Porto de Santos – Relatório Final**. Brasília. 2011.



BRASIL (1988). **Decreto-Lei nº 2.452, de 29 de julho de 1988 – Dispõe sobre o regime tributário, cambial e administrativo das Zonas de Processamento de Exportação (ZPE) e dá outras providências.** Disponível em:

https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=64ACB5F2F25DB18050311D87D397735D.proposicoesWebExterno2?codteor=121921&filename=LegislacaoCitada+-INC+173/2003. Acesso em: 09 Ago. 2022.

BRASIL (2006). **Lei Federal nº 11.248, de 22 de dezembro de 2006 - Dispõe sobre a utilização e proteção da vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica, e dá outras providências.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111428.htm. Acesso em: 09 Ago. 2022.

BRASIL (2007). **Lei nº 11.508, de 20 de julho de 2007 - Dispõe sobre o regime tributário, cambial e administrativo das Zonas de Processamento de Exportação, e dá outras providências.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111508.htm. Acesso em: 09 Ago. 2022.

BRASIL (2009). **Decreto nº 6.814, de 6 de abril de 2009 - Regulamenta a Lei nº 11.508, de 20 de julho de 2007, que dispõe sobre o regime tributário, cambial e administrativo das Zonas de Processamento de Exportação - ZPE.** Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6814.htm#:~:text=Decreto%20n%C2%BA%206814&text=DECRETO%20N%C2%BA%206.814%2C%20DE%206,de%20Processamento%20de%20Exporta%C3%A7%C3%A3o%20D%20ZPE. Acesso em: 30 Mar. 2023.

BRASIL (2021). **Lei Federal nº 14.184, de 14 de julho de 2021 - Altera a Lei nº 11.508, de 20 de julho de 2007, para fins de modernização do marco legal das Zonas de Processamento de Exportação (ZPE).** Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/114184.htm#:~:text=de%2015.7.2021-,LEI%20N%C2%BA%2014.184%2C%20DE%2014%20DE%20JULHO%20DE%202021,par%C3%A1grafo%205o%20do%20art. Acesso em: 09 Ago. 2022.

BRASIL (2021a). **Lei nº 14.184, de 14 de julho de 2021 - Altera a Lei nº 11.508, de 20 de julho de 2007, para fins de modernização do marco legal das Zonas de Processamento de Exportação (ZPE).** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14184.htm#art1. Acesso em: 30 Mar. 2023.

CANO, W. (2015). **Crise e industrialização no Brasil entre 1929 e 1954: a reconstrução do Estado Nacional e a política nacional de desenvolvimento.** In: *Brazilian Journal of Political Economy*, Vol. 35 No. 3 (2015), Jul-Sep / 2015, Pages 444-460. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rep/a/FwKt39SvPW36Thr993KRrF/?lang=pt>. Acesso em: 09 Ago. 2022.

FDTE (2013). **Projeto Acesso Intraestuarino da Baixada Santista – Sumário Executivo.** Disponível em: http://gelehrter.com.br/wp_gelehrter/wp-content/uploads/2015/10/Sumario_Executivo-20130628-A.pdf. Acesso em: 30 Mar. 2023.



- GHOSH, I (2019). *The People's Republic of China: 70 years of Economic History*. Disponível em: <https://www.visualcapitalist.com/china-economic-growth-history/>. Acesso em: 16 Ago. 2022.
- GUPTA, V (2017). **Japanese Scientist Dr Michio Kaku praises INDIAN Education system and makes fun of America**. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=FC7im_IQBMk. Acesso em 30 Mar. 2023.
- INFOMONEY (2023). **Balança comercial da China tem superávit recorde de US\$ 877,6 bilhões em 2022**. Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/economia/balanca-comercial-da-china-tem-superavit-recorde-de-us-8776-bilhoes-em-2022/>. Acesso em: 30 Mar. 2023.
- INFRA (2022). **Infra S.A.** Disponível em: <https://www.infrasa.gov.br/>. Acesso em: 22 Dez. 2022.
- LAGO, L.A.C (2022). **Milagre Econômico Brasileiro - Verbete**. In: FGV CPDOC. Disponível em: <http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-tematico/milagre-economico-brasileiro>. Acesso em: 09 Ago. 2022.
- MATTEI, I; SANTOS JUNIOR, J.A. (2009). **Industrialização e Substituição de Importações no Brasil e na Argentina: Uma Análise Histórica Comparada**. In: Revista de Economia, v. 35, n. 1 (ano 33), p. 93-115, jan./abril 2009. Editora UFPR. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/328059979.pdf>. Acesso em: 09 Ago. 2022.
- MDIC (2023). **Resultados da Balança Comercial Brasileira de 2022**. Disponível em: <https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/noticias/2023/janeiro/Balanca2022.pdf>. Acesso em: 30 Mar. 2023.
- ME (2021). **Resolução CZPE/ME nº 29, de 04 de agosto de 2021 - Dispõe sobre as normas e diretrizes aplicáveis às Zonas de Processamento de Exportação, aos seus proponentes, às suas administradoras e às empresas autorizadas a se instalar nas Zonas de Processamento de Exportação**. Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/resolucao-czpe/me-n-29-de-4-de-agosto-de-2021-340729147>. Acesso em: 09 Ago. 2022.
- ME (2023). **ZPE criadas e autorizadas no Brasil**. Disponível em: <https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-exterior/pt-br/assuntos/zpe/zpe-criadas-e-autorizadas-no-brasil>. Acesso em: 30 Mar. 2023;
- MINFRA (2022). **Portaria nº 17 do Ministério da Infraestrutura, de 6 de janeiro de 2022 – Declaração de Utilidade Pública, para fins de supressão vegetal, de empreendimento de interesse nacional, essencial à infraestrutura portuária**. Disponível em: <https://ibl.org.br/wp-content/uploads/2022/01/PORTARIA-No-17.2022-%E2%80%93MINISTERIO-DA-INFRAESTRUTURA.pdf>. Acesso em: 09 Ago. 2022.
- PMS (2011). **Lei Complementar nº 729, de 11 de julho de 2011 – Disciplina o Ordenamento do Uso e da Ocupação do Solo na Área Continental do Município, da Nova Disciplina à Área de Proteção Ambiental – APA, e dá outras providências**. Disponível em: https://www.santos.sp.gov.br/static/files_www/conteudo/lc729.pdf. Acesso em: 16 Ago. 2022.
- PMS (2018). **Lei Complementar nº 1.005, de 16 de julho de 2018 – Institui o Plano Diretor de Desenvolvimento e Expansão Urbana do Município de Santos, e dá outras providências – Anexo I – Perímetro Urbano**. Disponível em:



<https://www.santos.sp.gov.br/?q=institucional/legislacao-urbanistica>. Acesso em: 16 Ago. 2022.

SILVEIRA, A.F.R.C-B (2001). **As Zonas Económicas Especiais da República Popular da China**. In: Revista Administração n.º 53, vol. XIV, 2001-3.º, 1147-1183. Disponível em: <file:///C:/Users/x0002562/Downloads/As%20Zonas%20Econ%C3%B3micas%20Especiais%20da%20Rep%C3%BAblica%20Popular%20da%20China.pdf>. Acesso em: 16 Ago. 2022.

STATISTA (2022). **Main export goods from China in 2022**. Disponível em: <https://www.statista.com/statistics/256560/main-export-goods-from-china/>. Acesso em: 30 Mar. 2023.

UNCTAD (2019). **World Investment Report 2019 – Special Economic Zones**. Disponível em: https://unctad.org/system/files/official-document/wir2019_en.pdf. Acesso em: 10 Ago. 2022.

UNISANTA (2021). **Semana de Engenharia acontece até 23/10, com grandes profissionais da área**. Disponível em: <https://noticias.unisanta.br/campus/presidente-do-crea-sp-abrira-a-xv-semana-de-engenharia-que-acontece-de-20-a-23-10>. Acesso em: 30 Mar. 2023.

WIPO (2022). **World Intellectual Property Organization**. Disponível em: <https://www.wipo.int/portal/en/index.html>. Acesso em: 09 Ago. 2022.

ZPE PARNAÍBA (2022). **Zona de Processamento de Exportação do Estado do Piauí – Perfil Industrial da ZPE Paranaíba**. Disponível em: http://zpeparnaiba.com/zpe_parnaiba. Acesso em: 10 Ago. 2022.

ZPE PECÉM (2022). **ZPE Pecém – Empresas instaladas**. Disponível em: <https://zpeceara.com.br/empresas-instaladas/>. Acesso em: 10 Ago. 2022.



**TRANSPORTE MARÍTIMO DE CARGAS, ATRASO NA ATRACAÇÃO DO NAVIO
E DESPESAS COM ARMAZENAGEM DE MERCADORIA:
UM ESTUDO JURIDICO DA COBRANÇA DE SOBRESTADIA DE
ARMAZENAGEM E DA ATUAÇÃO REGULATÓRIA DA ANTAQ**

MARITIME TRANSPORTATION OF CARGO, DELAY IN THE BERTHING OF THE
SHIP AND EXPENSES WITH STORAGE OF MERCHANDISE:
A LEGAL STUDY OF THE COLLECTION OF STORAGE DELAY AND ANTAQ'S
REGULATORY ACTION

Pedro Henrique Colla¹

RESUMO: O estudo supracitado buscou analisar os aspectos jurídicos concernente às questões relacionadas ao juízo de sobrestadia em nexos com os serviços prestados por terminais de armazenagem de contêineres, às relações jurídicas fixadas entre terminais, exportadores e armadores, à estrutura jurídica dos contratos e acordos firmados entre tais sujeitos, bem como, temas polêmicos a respeito de regulamentos e normas publicados pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ). Para terminar, objetiva-se atestar que, a interposição do ente regulador no acaso provoca descumprimento aos princípios da livre iniciativa e de livre concorrência, trabalhando contra a própria regularização do mercado que, em conclusão, resulta em serviços mais caros ao usuário.

Palavras-chave: armazenagem; contratos; responsabilidade civil; serviço portuário; regulação.

ABSTRACT: The aforementioned study sought to analyze the legal aspects concerning the issues related to the judgment of demurrage in connection with the services provided by container storage terminals, the legal relationships established between and terminals, exporters and shipowners, the legal structure of contracts and agreements signed between such subjects, as well as controversial issues regarding regulations and standards published by the National Water Transport Agency (ANTAQ). Finally, the objective is to attest that, the interposition of the regulatory entity by chance causes non-compliance with the principles of free enterprise and free competition, working against the regularization of the market that, in conclusion, results in services more expensive to the user.

Keywords: storage; contracts; civil responsibility; port service; regulation.

1 INTRODUÇÃO

Uma das teorias do desenvolvimento econômico nacional é a expansão e prosperidade do comércio internacional (KRUGMAN, 1988). Nesse sentido, as políticas direcionadas ao setor portuário têm papel estratégico na conjuntura econômica brasileira. Entende-se que o

¹Mestrando em Direito e Negócios internacionais pela Universidade Europeia do Atlântico. Especialista em Direito Marítimo e Portuário pela Maritime Law Academy. Bacharel em Comércio Exterior pela universidade do Vale do Itajaí.



setor portuário é hoje um dos principais empecilhos no comércio internacional do Brasil, principalmente devido aos altos custos operacionais portuários e baixa eficiência (WILSONSONS,2019).

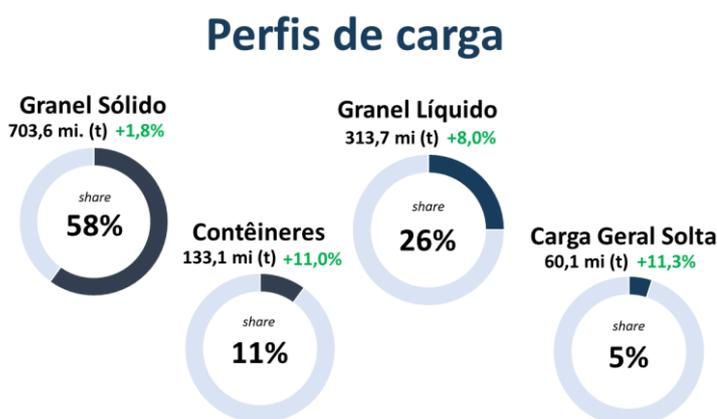
Os portos são resultantes da conjunção dos aspectos naturais, econômicos, políticos e humanos (CHOLLEY, 1964). O modal marítimo estimula as economias regionais e nacionais, e as políticas econômicas adotadas pelo país impactam diretamente no crescimento dos fluxos hidroviários, redes e fluxos marítimos (longo curso e cabotagem), impulsionando diversos setores (agricultura, serviços, indústria e comércio). Desse modo, são estabelecidas as seguintes definições:

IX - navegação de cabotagem: a realizada entre portos ou pontos do território brasileiro, utilizando a via marítima ou esta e as vias navegáveis interiores;

XI - navegação de longo curso: a realizada entre portos brasileiros e estrangeiros;

O setor portuário brasileiro, composto por terminais privados e portos públicos, moveu 1,210 bilhão de toneladas de carga em 2021. De acordo com o levantamento realizado pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), o número aumentou 4,8% em relação a 2020. No que tange aos perfis da carga, nota-se significativo aumento na movimentação de granéis sólidos, granéis líquidos, containerizações e carga geral. A título de exemplo, a movimentação de contêineres teve crescimento de 11% em relação a 2020 (ANTAQ, 2022).

Figura 1 - Perfis de Cargas



Fonte: ANTAQ, 2022



A agência espera que o tráfego portuário mantenha uma tendência ascendente nos próximos quatro anos. Estima-se que a movimentação portuária nacional será de 1,402 bilhão de toneladas em 2026 e 1,36 bilhão de toneladas em 2025 (ANTAQ).

A vista disso, a armazenagem e movimentação de contêineres aponta não apenas um temperamento de mercado, mas também um acompanhamento logístico em constante crescimento que, apesar dos gargalos regulatórios, é menos suscetível às intempéries e à volatilidade do mercado internacional.

Nesse cenário, tendo em conta que a cobrança de armazenagem é um dos pontos contenciosos de um dos gargalos regulatórios supracitados, por representar um ambiente de insegurança jurídica e excessiva intervenção estatal, este artigo visa discutir as questões jurídicas relevantes que envolvem as cobranças de sobrestadia de armazenagem de contêineres e medir a legalidade de suas cobranças aos exportadores, bem como, armadores.

Desta forma, partindo-se do conceito da sobrestadia de armazenagem de contêiner e da sua ordem na cadeia de serviços portuários, objetiva-se analisar as relações comerciais e jurídicas que norteiam a sua origem, tendo em conta o teor do que é realmente firmado entre exportadores (usuários), armadores (transportadores marítimos) e terminais, validando que a interferência regulatória da ANTAQ, aparentemente disciplinada na defesa do usuário, firma aos terminais portuários custos regulatórios que, no fim, lesam os próprios usuários com o acréscimo de ônus aplicado ao preço dos serviços.

Como exemplo, vejamos o caso da verticalização de dois terminais portuários localizados no Complexo Portuário Itajaí-Navegantes, que prestam serviços sem limites de preço, o que faz com que apesar da Antaq ter dispositivos legais suficientes para punir práticas de violação da previsibilidade e da modicidade, esta tem sido ineficaz. 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.(CASTRO JUNIOR,2019,p.232)

Para realizar a perquirição aqui pretendida, empregar-se-á o método dedutivo e a pesquisa será teórica, realizada através de investigação bibliográfica e documental. Como forma de abordagem será usado método qualitativo. A pesquisa também pode ser classificada como descritiva, pois, observa, descreve, classifica, analisa, sobre o fenômeno ou objeto-problema. É fundamentalmente objetiva e sistemática.



2 CARATER INTERNACIONAL DO TRANSPORTE MARÍTIMO

Esta atividade comercial, que envolve o transporte aquaviário (business shipping), conceitua-se como a transferência física pessoas e bens de portos fornecedores para portos de demanda (CASTRO JUNIOR,2019). O globo terrestre possui 27% da sua superfície formada por continente e 73% de espaços marítimos, o que faz com que cerca de mais de 90% das mercadorias sejam transportadas pelo mar.

O transporte marítimo desenrola-se entre os oceanos e mares, através de fronteiras entre os países, abeirando as distâncias, impulsionando o comércio, e historicamente é considerado substancial devido ao avanço experimentado pela humanidade no decurso das grandes navegações que ocorreram a partir do século XVI (GAMA, 2005).

O comércio internacional, para que aconteça, depende de diversas modalidades de transporte e no contexto associado, o transporte marítimo de cargas se caracteriza como a maior artéria dos negócios internacionais. Ele tem sido, o principal modo de transporte no comércio entre as nações (CNT, 2022).

O mercado de transporte marítimo regular, conhecido como *Liner Shipping* tem como principal objetivo o transporte de carga geral containerizada, que experimentou evolução considerável desde a década de 1970. Desde meados da década de 1990, os navios aumentaram sua capacidade, viabilizando ganhos de escala, maleabilidade e velocidade no volume de cargas transportadas por meio da containerização e de acordo com a Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD) as empresas de navegação irão escalar os portos com maiores vantagens comerciais, manuseio eficiente de contêineres, serviços superiores e sistemas de informações (UNCTAD, 2022).

Os contêineres tornaram-se a unidade de medida padrão para movimentação e transporte de cargas, e as mudanças tecnológicas nesse mercado obriga a adequação dos recursos e processos dos armadores e terminais portuários.

Trata-se de indústria que exige uma grande sinergia entre as várias cadeias de fornecedores de produtos (siderurgia, mineração, construção naval, etc) e prestadores de serviços que atuam em rede transnacional, de modo que o papel do Estado, por meio da regulação setorial, com a força normativa da Constituição, é fundamental (ROSA,2005).



Em uma situação internacional, a importância do tráfego marítimo indica a inevitabilidade de os Estados intervirem na natureza internacional das leis e regulamentos. Esta intervenção estatal possui impacto direto e indireto no ordenamento jurídico das agências marítimas, terminais, armadores e a forma na qual se relacionam com seus clientes.

2.1 Conceito de sobreestadia de armazenagem

O terminal portuário, foco deste estudo, é marcado pela aplicação simultânea dos conceitos de instalação portuária e recinto alfandegado, dito nos incisos IV e VII do art. 2º da Resolução Normativa nº 72, de 30 de março de 2022, editada e publicada pela ANTAQ.

Segundo a Lei 12.815, DE 5 DE JUNHO DE 2013 no que diz respeito a instalação portuária, entende-se como instalação localizada dentro ou fora da área do porto organizado, pública ou privada e utilizada em movimentação de passageiros, em movimentação ou armazenagem de mercadorias, destinadas ou provenientes de transporte aquaviário na qual a autoridade aduaneira considera preparado para recepcionar o controle aduaneiro.

Conforme redação do inciso III do art. 2º da Resolução Normativa nº 72/2022, os terminais portuários dispõem do *Box Rate*, uma cesta de serviços que reflete o preço cobrado pelo serviço de movimentação das cargas entre o portão do terminal portuário e o porão da embarcação, ou entre o porão da embarcação e sua colocação na pilha do terminal portuário, no caso da importação.

De acordo com a definição do art. 2, o período de armazenagem da mercadoria estipulado no contrato e incluído no *box rate* corresponde à definição de *free time* (tempo livre). No entanto, um prazo superior ao acordado é o que causa sobrestadia, conforme definido pelo art. XX na disposição referenciada. Ou seja, uma vez que a carga excede o período de armazenamento firmado no *bax rate* e as mercadorias (contêineres) não sejam efetivamente carregadas no navio, não havendo o embarque confirmado institui-se a cobrança do custo de armazenagem, que a depender do terminal, poderá ser cobrado retroativo ou apenas o período excedente ao *free time* (GALLOTTI; CARVALHO, 2020).

Obviamente, essa suposição de cobrança de armazenamento não se aplica quando o próprio terminal causa atrasos, como quando o equipamento de solo falha ou quebra. Salienta-se que o valor da armazenagem de cada terminal é previamente publicado e conhecido por



todos, principalmente pelo proprietário da mercadoria (exportador), pois existe uma tabela com preços pré-fixados e publicados permanentemente no site do provedor do serviço.

Para os fins deste estudo, vale lembrar que em conformidade com o disposto no art. 5º da Resolução Normativa nº 72/2022, além dos serviços incluídos no pacote de serviços (Box rate), quando solicitados pelo usuário e dono da mercadoria quando assim necessitar, obedecerão as condições de fornecimento e valores livremente negociadas ou divulgadas pelo terminal, observado os limites impostos pela Autoridade Portuária e condições de arrendamento definidas. Nota-se:

Art. 5º Os serviços não contemplados na cesta de serviços ou box rate e os serviços de armazenagem, quando demandados ou requisitados pelos clientes ou usuários do terminal sob a responsabilidade da instalação portuária ou dos operadores portuários, obedecerão às condições de prestação e remuneração livremente negociadas, devendo os valores máximos serem previamente divulgados em tabelas de preços, observadas as condições comerciais estipuladas no contrato de arrendamento e nas normas da ANTAQ, vedadas as práticas de preços abusivos ou lesivos à concorrência. (ANTAQ, 2022, Art. 5).

Assim, ao prestar serviços de armazenagem de carga do bem depositado, o proprietário da carga é o principal titular da obrigação, seja pela razão de contratar diretamente com determinado armazém, seja porque é beneficiário direto da prestação de serviços de terminal.

A remuneração do terminal nada mais é do que uma cobrança indispensável pela utilização do serviço conferido do prestador de serviços, e à responsabilidade naturalmente contida nessa prestação, conforme visualiza-se nos art. 627 e seguintes do Código Civil, que disciplinam os contratos de depósito. Com base nesses fatos para se alcançar, razões jurídicas sobre a sobreestadia prevista, é considerável, discutir o sistema de serviços portuários e as relações jurídicas fixadas entre os atores relevantes (CODIGO CIVIL, 2022, art. 627).

3 RELAÇÃO ENTRE CONTROLE ADUANEIRO E ARMAZENAGEM

Para fazer cumprir a legislação que regula a entrada, permanência e a saída de quaisquer bem ou mercadoria no país, as cargas destinadas à exportação e/ou importação de mercadorias containerizadas passam obrigatoriamente por um recinto alfandegado, que é atributo de uma instalação portuária. As atividades executadas ali sujeitam-se ao controle



aduaneiro por exigência da Autoridade Aduaneira que é exercida pela Receita Federal do Brasil.

Art. 50. A verificação de mercadoria, na conferência aduaneira ou em outra ocasião, será realizada por Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil ou, sob a sua supervisão, por Analista-Tributário, na presença do viajante, do importador, do exportador ou de seus representantes, podendo ser adotados critérios de seleção e amostragem, de conformidade com o estabelecido pela Secretaria da Receita Federal do Brasil. (Decreto-Lei nº 37/66)

O controle aduaneiro das importações e exportações, por sua vez, é feito mediante procedimento intitulado de “despacho de exportação/importação”, mecanismo que é analisada a exatidão dos dados declarados e lançados pelo exportador/importador em relação a carga e a mercadoria, aos documentos emitidos e à legislação específica, visando o desembaraço aduaneiro e a entrada no território nacional ou saída para o exterior. Toda mercadoria destinada ou procedente do exterior sujeita-se ao despacho de importação e exportação, se for o caso:

Art. 9º Os recintos alfandegados serão assim declarados pela autoridade aduaneira competente, na zona primária ou na zona secundária, a fim de que neles possa ocorrer, sob controle aduaneiro, movimentação, armazenagem e despacho aduaneiro de:

I - Mercadorias procedentes do exterior, ou a ele destinadas, inclusive sob regime aduaneiro especial (Regulamento Aduaneiro, 2022, Art. 9º).

Desta forma, objetivando executar o controle aduaneiro, a Secretaria da Receita Federal define como os locais nos quais as cargas destinadas à exportação/importação podem ficar armazenadas ou circular. Isso posto, os serviços prestados pelos terminais portuários relativos à armazenagem estão ligados intimamente a imposição dos importadores e exportadores apresentar suas cargas/mercadorias ao gerenciamento de risco da autoridade aduaneira no decorrer do fluxo do despacho (Receita Federal).

Assim dizendo, tanto o importador ou exportador cria um vínculo jurídico ao transferir e armazenar mercadorias, contêineres para o terminal portuário alfandegado, o que resulta na obrigatoriedade de o terminal portuário assegurar a segurança no período que a mercadoria estiver em sua posse. Ou seja, há presença de um contrato de prestação de serviços, uma relação jurídica, na qual a razão é a prestação de serviços portuários seja de movimentação ou



armazenagem de cargas, cujo preços e condições devem ser pré-estabelecidos e publicados pelo prestador de serviço, com a devida anuência da ANTAQ, agência reguladora.

4 RELAÇÃO DE CONSUMO ENTRE USUÁRIOS E OS PRESTADORES DE SERVIÇOS PORTUÁRIOS

Neste artigo consideram-se usuários dos serviços portuários os exportadores e importadores e como prestador de serviço o próprio terminal portuário.

O usuário é a parte central da prestação de serviços portuários, pois sem ele não há necessidade de tais serviços. Nessa perspectiva, como afirmam 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”

Sob a mesma ótica considera-se a representação de usuário de serviços públicos aquele publicado pela Lei nº. 13.460/2017, no Art.2º, inciso I, fala: usuário – pessoa física ou jurídica que se beneficia ou utiliza, efetiva ou potencialmente, de serviço público (BRASIL, 2017).

Deste modo, conforme 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).

Ainda o artigo 5º do Decreto-Lei nº 1.578/1977, julga exportador como qualquer pessoa que promova a saída do produto do território nacional (BRASIL, 1977).

Para o importador conseguir ingressar sua mercadoria em território nacional e para o exportador remeter sua mercadoria para o exterior faz necessário emprego de um terminal portuário ou porto quando for contratado transporte marítimo na operação.

Assim, a partir do que foi explicado, considera-se usuários e consumidores dos serviços portuários, especialmente dos serviços de armazenagem e de movimentação de mercadorias, os importadores e exportadores que usam o modal marítimo e como resultado, os portos e terminais portuários para movimentar suas cargas.



Para Nunes (2012, p. 121) o conceito de consumidor pode ser resumido: “consumidor é a pessoa física, a pessoa natural e a pessoa jurídica. Quanto a esta, refere-se de toda e qualquer pessoa jurídica, quer seja uma multinacional, quer seja uma microempresa”.

Lisboa defende uma característica importante com relação ao consumidor de serviços.

Nota-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).

Nunes (2012) atesta que, para o sustento da relação de consumo, é crucial a existência de um fornecedor e de um consumidor na relação jurídica. Na mesma linha, Lisboa (2012) expõe o seguinte:

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).

Logo, segundo a doutrina: se, na relação jurídica, de um lado estiver o consumidor, que recebe um serviço público ou privado, e de outro fornecedor do serviço, aquele que o presta, a relação é notoriamente de consumo e está protegida pelas regras do Código de Defesa do Consumidor.

Assim, de acordo com Oliveira (2015, p. 239) justifica que “a prestação de serviços públicos, segundo a legislação vigente, encontra-se submetida ao CDC”

Por conseguinte, é fundamental para a presença da relação de consumo o aparecimento, de um lado do usuário como consumidor e de outro os prestadores/fornecedores de serviços portuários, cujo vínculo ocorre com a relação jurídica da prestação do serviço.

5 ATUAÇÃO DA ANTAQ NO QUE TANGE A ARMAZENAGEM DE CONTEINER, CONSIDERAÇÕES JURIDICAS ACERCA DA RESOLUÇÃO NORMATIVA Nº 72/2022

Já com sustento da Resolução nº 34/2019, atualmente revogada pela Resolução Normativa nº 72/2022, a ANTAQ, com o intuito de admitir a existência do serviço prestado e



a viabilidade jurídica da cobrança, delibera injustamente a competência das relações contratuais, para remodelar o destinatário da obrigação, dando ao terminal o juízo de avaliar quem teria dado causa, razão a cobrança. A atitude da ANTAQ a respeito do assunto está causando muita polemica no círculo de armadores, terminais portuários e usuários, no caso exportadores, mesmo diante de aspectos comerciais e das relações jurídicas (GALLOTTI; CARVALHO,2022).

Essa interferência tira-se do art. 6 da Resolução nº 72/2022, *in verbis*:

Art. 6. A armazenagem adicional e outros serviços prestados às cargas não embarcadas em navio e prazo previamente programados nas rotinas de exportação, bem como aqueles prestados às mercadorias não entregues no prazo devido aos importadores ou consignatários na importação, serão cobrados pela instalação portuária ou pelo operador portuário diretamente ao responsável pelo não embarque das referidas cargas.

Não obstante, como se não bastasse manter o art. 10 do normativo anterior, a Resolução nº 72/2022 apresenta no art. 12 penalidade intrínseca para cobranças de armazenagem faturadas à custa dos exportadores. Nota-se:

Art. 12. Fica mantida a redação do inciso XLII, do art. 32 do Anexo da Resolução nº 3.274-ANTAQ, de 6 de fevereiro de 2014, incluída pela Resolução Normativa nº 34-ANTAQ, de 17 de agosto de 2019, com o seguinte texto:

XLII – cobrar, exigir ou receber valores dos usuários que não deram causa à armazenagem adicional e a outros serviços prestados às cargas não embarcadas em navio e/ou prazo previamente programados na exportação: multa de até R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais)

O propósito da atuação da Agência descarta a autonomia e rigidez do contrato que regula a relação bilateral travada pelo exportador/embarcador e o terminal portuário, dado que, esta relação está anexada ao ambiente do direito privado e se igualiza ao contrato de depósito, na qual, os valores cobrados, a movimentação da carga e armazenagem, assim como *free time* (período livre) e potenciais obrigações, encontram-se antecipadamente tidos e negociados entre as partes.

Nesta ocasião, segundo GALLOTTI e CARVALHO a obrigação do exportador é puramente contratual. Em vista disso, precisa-se centralizar no estudo do dever contratual efetivo, ao apontar acerca de qual das duas relações jurídicas nasceu a sobrestadia de armazenagem. Na hipótese onde o armador/transportador marítimo deixa de observar a janela de atracação posta à sua ordem, ocasionando, por consequência, sobrestadia da armazenagem,



o armador responde apenas diante ao dono da carga, seja o exportador ou sacado/pagador do frete; não sendo capaz o terminal portuário propiciar a cobrança das despesas e custo extra diretamente do armador, isto porque, inexistente relação jurídica contratual.

Portanto, aplicar a cobrança a um terceiro que tenha dado causa ao não embarque, que não o exportador, apenas seria permitido no cenário em que houvesse responsabilidade extracontratual estipulada em lei, com o propósito de indenização, mas de modo algum pelo pagamento resultante da prestação de serviço contratual de armazenagem. Por conseguinte, não pode ser outorgado um instrumento normativo infralegal, interferir e modificar acerca da responsabilidade contratual e o seu teor (CDC).

O débito de consumo decorre de uma relação limitada às pessoas do fornecedor e do consumidor. Como consequência, qualquer esforço de cobrança há que ser dirigido contra a pessoa deste. Não pode envolver terceiros (a não ser aqueles que garantem o débito), nem mesmo os familiares do consumidor. Daí que são inadmissíveis as práticas de cobrança que, direta ou indiretamente, afetem pessoas outras que não o próprio consumidor. É um seríssimo indício do intuito do credor de envergonhar ou vexar o inadimplente. Significa, em outras palavras, violação do art. 42, caput (ARAUJO,2016).

Sendo assim, o ajuste dos contratos entre particulares só é possível mediante judiciário, através do controle da conformidade dos negócios jurídicos e da adaptação das cláusulas contratuais para favorecer a justiça contratual, arriscando a segurança jurídica das negociações. Desse modo, a abertura de autos de infração pela ANTAQ, objetivando punir os terminais portuários pela cobrança esperada em contrato, sem qualquer diagnóstico/análise de possíveis responsabilidades de terceiros gera vínculos jurídicos inatingíveis, da mesma forma que desconfigura o que já foi consolidado abertamente e em linha com o regimento jurídico de regência. Os terminais portuários nem mesmo estão aptos designar as responsabilidades extracontratuais dos armadores, pois apenas Arbitragem ou o poder judiciário poderia executar. (GALLOTTI; CARVALHO,2020).

Como expõe a jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo, os terminais portuários não compõem o vínculo jurídico-contratual tripartite motivada a partir da contratação do frete marítimo que cerca exportador, transportador e importador, de modo que os terminais depositários não possuem interferência quanto as condições e prazos definidas para embarque das unidades a bordo do navio.



Vale destacar que o exportador dispõe relações jurídicas bilaterais, uma com terminal e outra ante o armador, isto separa eventual possibilidade de o exportador argumentar culpa ao armador(terceiros) para se abdicar de sua obrigação pecuniária. No entanto, salienta-se que a cobrança em face do exportador não tira a responsabilidade do armador, caso este seja o que deu razão à sobreestadia. Havendo qualquer culpa do transportador marítimo (armador) nasce em prol do exportador o direito de regresso em face do responsável.

Não obstante, no que se refere ao deslante aos contratos privados e evidenciando que o regulamento da ANTAQ possui falha em seu conteúdo, observa-se, no que se tira do prescrito no art. 6 da Resolução Normativa nº 72, de 30 de março de 2022 é a presunção da Agência em estabelecer que o terminal indique quem deu causa ao atraso que gerou a armazenagem adicional e o emita a cobrança diretamente a este. Tal coisa, além de ceder papel judicante às instalações portuárias, deixa claro o propósito de não seguir com a cobrança da sobreestadia para o exportador, transferindo erroneamente a condição de hipossuficiente.

A hipossuficiência é o instituto jurídico oriundo do CDC e que precisa ser analisado perante aspectos técnico, econômico e jurídico.

No que tange ao aspecto técnico, compreende-se que não há hipossuficiência, visto que, os usuários (donos da carga) têm como principal atividade a exportação de produtos com finalidade de revenda, consumo ou até mesmo servir de insumo a determinada cadeia produtiva, desta forma, trata-se de atividade habitual no setor empresarial.

Quanto ao econômico os exportadores, donos da carga em maior parte são empresas na qual tem por finalidade o lucro e que não carece de apoio diferenciado estatal, reservada tão somente a àqueles que se apresentam sem recursos para contrapor-se em condições igualitárias.

Já pelo ângulo jurídico, os exportadores lidam com as práticas alfandegárias e marítimas, como também os dilemas dos contratos de compra e venda de mercadorias no transporte marítimo e de suas consequências, frequentemente sendo representados por profissionais capacitados da área do direito e comércio exterior.



Considerando o supracitado, os exportadores dispõem de total condição de encarregar-se de direito de regresso a aquele gerou a armazenagem, não sendo legal dispor privilégio a companhias com total técnica jurídica, comercial e econômica. Sem dúvida, que a agência reguladora objetiva determinar sanção aos atrasos que geram armazenagem, sem qualquer embargo ou análise das justificativas, que muitas vezes podem vir a ocorrer por fortunas do mar, força maior e até mesmo caso fortuito.

Zarpando do que já foi dito acima, o artigo passa a explorar detalhes formais quanto, inconstitucionalidade e excesso do poder regulamentar da Agência na aplicação do art. 6 da Resolução nº 72/2022.

6 LIMITAÇÃO DO PODER NORMATIVO DA ANTAQ E A ILICITUDE NO QUE COMPETE AO ART.6 RESOLUÇÃO NORMATIVA Nº 72/2022

Na qualidade de autarquia especial, a ANTAQ é responsável por regular, supervisionar e fiscalizar as atividades de prestação de serviços de transporte aquaviário e de exploração da infraestrutura portuária e aquaviária, por intermédio de resoluções. Contudo, o funcionamento de suas atribuições regulamentares, especialmente seu poder sancionador, está envolto de leis, levando em conta que o poder outorgado aos agentes administrativos é em nosso sistema jurídico, rigorosamente a elas vinculado (ANTAQ 2022).

O controle ao poder normativo escoa do princípio constitucional da legalidade (art. 5º, II, da CF/1988), da qual a finalidade é de dar eficácia ao sistema constitucional pátrio, impedindo o legado autoritário que consentia a livre conduta da Administração Pública, sem a similitude de proteção com os jurisdicionados e desprovido da necessária vinculação aos direitos fundamentais, e diz que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

O que se extrai do dispositivo é um comando geral e abstrato, do qual concluímos que somente a lei poderá criar direitos, deveres e vedações, ficando os indivíduos vinculados aos comandos legais, disciplinadores de suas atividades (PEREIRA,2012). Assim, é sabido o que a criação de sanções e infrações, acima de tudo no âmbito administrativo, necessita advir por intermédio de lei formal, com a designação das condutas previamente tipificadas.



Entretanto, observa-se que a Agência elaborou a natureza normativo penal, afirmou a pena e adotou a multa ao administrado. Devido a isto, entende-se que está em desordem as garantias do *jus puniendi* e os princípios previstos na Constituição Federal de 1988 (OLIVEIRA,2017).

Deste modo, por não serem geradas através de lei formal, as sanções e penalidades administrativas empregadas nos eventos da sobreestadia de armazenagem , lesam a Constituição Federal, em particular o princípio da legalidade (art. 5º, inciso II) e o princípio da reserva da lei formal (art. 174).

Ademais, ao investigar a Lei de criação da ANTAQ e da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), Lei nº 10.233/2001 nota-se que à ANTT a legislação transferiu-lhe capacidade para que discorra sobre sanções, infrações e providencias administrativas admissíveis aos serviços de transporte, como vemos no (art. 24, inciso XVIII).

Art. 24. Cabe à ANTT, em sua esfera de atuação, como atribuições gerais:
XVIII - dispor sobre as infrações, sanções e medidas administrativas aplicáveis aos serviços de transportes.

Todavia, consta-se que o art. 27 do mesmo diploma legal, ao determinar a esfera de atuação e atribuição da ANTAQ, não lhe concedeu o privilégio de gozar sobre infrações ou sanções, tornando legal deduzir que o legislador não desejou dar tal poder.

Nada obstante o conteúdo no art. 6º da Resolução nº 72/2022, gera prática de cunho penoso que desconsidera diretamente a relação jurídico-privada e a matéria de contratos ao impor o encaminhamento da cobrança de armazenagem adicional negativamente para aquele que der causa ao não embarque das cargas, excedendo a ANTAQ as suas competências legais, ao desejar propagar-se nas relações jurídicas privadas presentes e modificar os impactos derivados de contratos válidos.

Na hipótese da Resolução da Agência, a resolução infralegal faculta ao terminal portuário o dever inadequado de deter juízo sobre nexos de causalidade de terceiros, com a finalidade de direcionar responsabilidade extracontratual e com zelo interpretativo e criação de provas contra aquele que deu causa ao não embarque. Há grande intervenção na fonte de risco das atividades dos atores envolvidos.



A responsabilidade contratual com o exportador assegura ao terminal a inteira oportunidade de cobrar pela prestação de serviço ao tomador. É notório o que a norma possui um amplo aspecto, sugerindo um universo de possíveis responsáveis, facultando a instalação portuária, o risco de ter que prestar serviço sem segurança de contraprestação, a todo momento. É claro, a incerteza jurídica aberta dispositivo normativo, que desconstitui uma responsabilidade contratual legítima e inatingível.

7 RESPONSABILIDADE DO EXPORTADOR PELO PAGAMENTO DE ARMAZENAGEM EXTRA EM FACE DOS TERMINAIS

O Tribunal de Justiça de São Paulo, com o propósito de debater orientações para desenvolvimento da regulação no que se refere a cobrança de sobreestadia provocada por atraso no embarque de contêineres a bordo de navios nas operações de exportação, buscou consolidar através da jurisprudência o posicionamento de que o custo de armazenagem extra motivada nestas condições é cabida ao exportador.

Tribunal de Justiça de São Paulo tem se posto de forma contrária ao entendimento da ANTAQ proporcionando aos terminais portuários o direito de emitir a cobrança de armazenagem adicional a custa do depositante da unidade destinada ao embarque para exportação, o exportador. Recentemente, deu-se em julgamento de apelação, objeto de ação promovida pelo exportador em face do terminal portuário para debate quanto o dever pelo pagamento de armazenagem adicional ocasionada pelo atraso de embarcação.

Na oportunidade, o Tribunal de Justiça de São Paulo afirmou o entendimento de que o atraso da embarcação integra o risco do negócio do exportador, de modo que tal evento não o desobriga do pagamento de armazenagem adicional em face do terminal depositário da unidade. Nesse contexto, o acórdão passou a afirmar exigíveis as notas fiscais emitidas pelo depositário contra o exportador para remuneração do período excedente de armazenagem.

Nesta lógica, segundo Paulo Sergio Mangerona, o embarcador quando deposita a mercadoria para o operador portuário, mesmo que não tome por escrito objeto minuciando as responsabilidades resultantes da operação, executa, contrato comparado ao de depósito ou mais precisamente de armazenagem. Nessa condição é quem contrata com o terminal



depositário e, quem se submete aos custos da atividade desenvolvida pelo operador portuário, o depositário.

O julgamento da apelação 1001771-32.2018.8.26.0562, no decurso de voto pronunciado pela desembargadora Claudia Grieco Tabosa Pessoa:

"Com efeito, o contrato sub judice se enquadra como depósito oneroso, nos termos do art. 628, do Código Civil, incumbindo à depositante, no caso, a apelante, o pagamento das diárias previstas na tabela publicada pela depositária (apelada) que excedam ao "free time" pactuado.

Nem se alegue que o atraso, puro e simples, na chegada da embarcação ao porto, sem causa apurada, no contexto dos autos, constitui caso fortuito, consistente, segundo Sergio Cavalieri Filho, num "evento imprevisível e, portanto, inevitável", ante a clara previsibilidade do evento corriqueiro em operações de tal natureza e inerente aos riscos da atividade empresarial desenvolvida pela autora, que, ademais, negociou a venda na modalidade FOB - "Free on board", responsabilizando-se, assim, pelos custos da operação (incluindo-se, aí, eventuais riscos), até o efetivo embarque da mercadoria."

Haja vista o exposto acima, a jurisprudência do TJSP, admite que há constante interferência de fatores externos sobre as escalas e operações de navios nos portos, motivo pela qual constata a possibilidade de atrasos na atracação e saída dos navios, frisando que tais fatos fazem-se presente no risco da atividade de exportação.

Ainda dentro deste aspecto, vale destacar que no transporte marítimo de cargas, os atrasos nas escalas de navios dão-se com significativa frequência e resultam das numerosas especificidades deste modal que por sua vez, é afetado por fatores dos quais o armador/transportador não conta com o controle, tais como: fechamento de canal de navegação, questões climáticas adversas, congestionamentos de portos, entre outros.

Outro ponto, não menos importante é que a própria jurisprudência do TJSP já entende que na contratação do frete marítimo e confirmação de embarque as datas informadas na reserva de praça (*Booking Confirmation*) para chegada e posterior embarque no porto de origem (POL) trata-se de uma data estimada, como observa-se destacado "*Estimated Time of Arrival*" e "*Estimated Time of Departure*", nesse contexto, não se considera atraso como excludente de ilicitude, uma vez que, todos os agentes operantes no fluxo de exportação dispõem da lucidez que não refere-se a um evento certo e determinado.



8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para concluir, compreende-se que a temática abordada de sobreestadia de armazenagem de contêiner porta elevada importância social e econômica, visto que, os desfechos deste conflito apesar da pacificação no contexto da agência e do Poder Judiciário, pode afetar intensamente toda a cadeia portuária e logística, refletindo no setor produtivo nacional integralmente, na geração de empregos, na balança comercial do País, na arrecadação tributária e, principalmente, no preço ao consumidor final.

Os terminais, como já abordado no decorrer do estudo, configuram o meio de movimentação de carga sem igual. Desta forma, os atos normativos promulgados pela Agência Reguladora do setor, apesar de munido de competência legislativa, não cabe a ela interceder nas relações contratuais pactuadas espontaneamente entre particulares e firmadas sob o princípio da autonomia da vontade.

No grau que intervém indevidamente e diretamente na relação negocial e contratual entre empresas privadas, a ANTAQ infringe o princípio da liberdade de contratação e da livre iniciativa, com a justificativa de desempenhar a normatização do setor portuário, na qual a atividade regulatória teria de se delimitar às questões de natureza técnica, conforme consta-se no art. 27 da Lei nº 10.233/2001. Tamanhas contravenções, juntamente com os feridos princípio da reserva legal e princípio da legalidade, levam à inconstitucionalidade dos atos que integram a opinião sustentada pela Agência nos itens pertinentes à sobreestadia de armazenagem.

Por conseguinte, entende-se que o ato normativo inscrito na Resolução Normativa nº 72, que propaga as penalidades e as infrações em face dos terminais portuário, previstas no art.12, incisos XLII altera o ordenamento jurídico ao fomentar as instituições portuárias o dever de verificar a responsabilidade pelo atraso no embarque das cargas, adequando o direito de cobrança pela prestação do serviço de armazenagem em sobreestadia não ao beneficiário/tomador, mas para aquele que tenha dado causa, dando, portanto, evidente e irregularmente dever judicante aos terminais portuários.

Neste domínio, favorece marcante insegurança jurídica aos players do setor, já que, os terminais portuários encontram-se frustrados por não poderem indagar a justa contraprestação



pelos serviços de armazenagem alfandegada fornecido aos usuários (exportadores/embarcadores) derivado de ajuste contratual.

A vista disso, e tendo em conta que a agência reguladora está constantemente procedendo estudos sobre a responsabilidade pelo pagamento de despesas extras ocasionado por atraso no embarque de contêiner em navios, apresenta-se valioso que estes estudos considerem o posicionamento da jurisprudência, em particular os constantes julgados oriundos do Tribunal de Justiça de São Paulo, que antepõem a relação jurídico-contratual entre prestadores de serviços e usuários, à luz dos artigos 627 e 628 do Código Civil e do contrato de depósito.

É certo a relevância na normalização do tema no contexto da ANTAQ com intuito de adequar o setor e preservar os direitos dos prestadores de serviços portuários/aquaviários e de usuários. Nesse espaço, tem o mesmo valor que as resoluções fixadas no campo regulatório achem-se em harmonia com as condutas contratuais do setor, cometido no Direito Civil, com o objetivo de reduzir a insegurança jurídica no mercado aqui analisado.

9 REFERÊNCIAS

ANTAQ. Setor portuário movimenta 1,2 bilhão de toneladas de cargas em 2021.

Disponível em: <https://www.gov.br/antag/pt-br/noticias/2022/setor-portuario-movimenta-1-2-bilhao-de-toneladas-de-cargas-em-2021>. Acesso em: 04 jun. 2022.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 08 dez. 2022.

BRASIL, 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 jul. 2022.

BRASIL, 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 jul. 2022.

BRASIL, 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: 22 set. 2022



BRASIL, **Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001**. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110233.htm. Acesso em: 08 dez. 2022.

BRASIL, **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. 2022.

BRASIL, **Resolução nº 34, de 19 de agosto de 2019**. Disponível em:
<<http://www.in.gov.br/web/dou/-/resolucao-normativa-n-34-de-19-de-agosto-de-2019-211683225>>. Acesso em: 22 setembro. 2022.

CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de; RODRIGUES, Maicon. **Direito portuário: modicidade, previsibilidade e defesa da concorrência**. Florianópolis: Conceito editorial, 2019.

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

CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino. Constitucionalização do Direito Marítimo e do Direito Portuário. **Revista de Direito e Negócios Internacionais da Maritime Law Academy - International Law and Business Review**, [S. l.], v. 1, n. 1, p. 6–29, 2021. Disponível em:
<https://mlawreview.emnuvens.com.br/mlaw/article/view/28>. Acesso em: 14 jan. 2023.
CNT. Confederação Nacional do Transporte. **Revista CNT Transporte Atual**. 2015. Disponível em: <http://www.cnt.org.br>>. Acesso em 04. jul. 2022.

FARRANHA, Ana Cláudia; FREZZA, Conrado da Silveira; BARBOSA, Fabiana de Oliveira. **Nova Lei dos portos: desafios jurídicos e perspectivas de investimentos**. Disponível em:
<https://www.scielo.br/j/rdgv/a/N6n4LCcpf6sQ7nr9NXr9Y4f/?lang=pt>. Acesso em: 04 jun. 2022.

FILHO, Sergio Cavalieri. Programa de responsabilidade civil - 11. Ed. - São Paulo: Atlas, 2014 - p.89

GALLOTTI, Benjamin; CARVALHO, Gustavo Henrique Porto de. **Sobrestadia de armazenagem: uma análise jurídica da cobrança e da atuação regulatória da antaq sobre a demurrage de contêiner**. Disponível em: <https://www.gallotti.adv.br/web-standards/sobrestadia-de-armazenagem-uma-analise-juridica-da-cobranca-e-da-atuacao-regulatoria-da-antaq-sobre-a-demurrage-de-conteiner-2/#>. Acesso em: 08 dez. 2022.

KRUGMAN, P. **Increasing Returns, Imperfect Competition and the Positive Theory of International Trade**. In: JONES, R. W.; KENEN, P. B. Handbook of International Economics, North-Holland, v. 3, p. 1243-1277, 1988
<https://www.wilsonsons.com.br/pt-br/blog/logistica-portuaria/>, Acesso em: 22 ago. 2022.



LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade civil nas relações de consumo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARTINS, Elaine Maria Octaviano; ALVES, Gabriel Leonardo. A aplicabilidade do código de defesa do consumidor na prestação de serviços portuários de armazém e movimentação de cargas. **Revista de Direito e Negócios Internacionais da Maritime Law Academy - International Law and Business Review**, [S. l.], v. 1, n. 1, p. 253–270, 2021. Disponível em: <https://mlawreview.emnuvens.com.br/mlaw/article/view/13>. Acesso em: 14 jan. 2023.

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

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.

PEREIRA, Lúcia Freitas. **O princípio da legalidade na Constituição Federal: análise comparada dos princípios da reserva legal, legalidade ampla e legalidade estrita**. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/7125/O-principio-da-legalidade-na-Constituicao-Federal-analise-comparada-dos-principios-da-reserva-legal-legalidade-ampla-e-legalidade-estrita>. Acesso em: 08 dez. 2022.

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.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos**. 8. Ed, São Paulo: Atlas. 2008.

SAMMARCO, Marcelo; PASCHÔA, Wanessa Della. **Risco do negócio atrai responsabilidade do exportador pelo pagamento de armazenagem extra perante terminais portuários**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-maritimas/380608/responsabilidade-do-exportador-pelo-pagamento-de-armazenagem-extra>. Acesso em: 07 abr. 2023.

