

“EMPRESAS DE PAPEL”

Monique Calmon de Almeida Biolchini¹

Num passado não muito distante, em nome da segurança nacional e do desenvolvimento econômico, envolvemo-nos numa longa batalha internacional objetivando inserir-nos e firmarmo-nos no comércio internacional, segundo o elementar conceito da ciência econômica, o da *utilidade* dos transportes marítimos. Nesse drama econômico, a gratificação não apenas de suas necessidades, mas de toda a economia nacional, responde uma utilidade no lugar e tempo exatos, sendo os transportes a condição essencial desse processo, que varia na ordem direta do estágio de desenvolvimento de uma coletividade humana.

A própria civilização do Brasil nos veio dos mares. A máquina a vapor chegou ao Brasil em fins do século XIX e até essa época predominava o transporte fluvial como fator de acesso ao arquipélago demográfico. Adveio, então, o transporte terrestre, com as primeiras ferrovias. O Brasil despertou realmente para a necessidade de desenvolver seu transporte terrestre por força de grande parte de nossa Marinha Mercante - que era empregada nas comunicações entre o Norte e o Sul do país -, ter sido afundada por submarinos alemães da II.^a Guerra Mundial, interrompendo, assim, o tráfego de cabotagem e dificultando o de longo curso, que apenas se movimentava às custas de escolta de navios de guerra aliados.

Constatou-se, evidentemente, uma tomada de consciência coletiva de que a perturbação do fluxo internacional de cargas afetou sobremaneira o processo de desenvolvimento econômico do país.

Foi nessa conjuntura que o Brasil lançou-se numa luta internacional ferrenha para conquistar espaço no transporte marítimo de seu fluxo internacional de cargas, reformulando, primeiramente, toda a doutrina de liberdade dos mares então vigente e, em seguida, colocando-a em prática, através da implementação de fomento à indústria naval mediante adoção de política nacional de transportes marítimos.

¹ A autora é Juíza Federal no Rio de Janeiro e obteve o título de Mestre em Direito da Administração Pública na Universidade Gama Filho com a apresentação deste tema.

Em 1958, houve a criação do Fundo de Marinha Mercante, dentro do programa de metas de Juscelino Kubitschek, que, entretanto, somente surtiu efeito em 1969, com o Decreto-lei nº666, de 02 de julho de 1969, modificado pelo Decreto-lei nº687, de 18 de julho de 1969, que veio estabelecer que toda carga comprada pela Administração direta e indireta da União, Estados e Municípios deveria ser transportada por navios de bandeira brasileira ou por navios afretados por empresas brasileiras. Daí, nos anos 70 e 80, com base no Fundo de Marinha Mercante e com essa política de reserva de carga, observou-se grande desenvolvimento de nossa Marinha Mercante.

Os valores das receitas de fretes de 1971, que totalizaram US\$811 milhões, dos quais 42% em navios de bandeira brasileira – comparados aos de 1969, que totalizaram US\$541,3 milhões, dos quais 34,3% em navios de bandeira brasileira – demonstrando, assim, um incremento na receita global da ordem de 50% e um aumento grande na participação da bandeira brasileira que, em apenas dois anos saltou de US\$185 milhões (1969) para US\$340 milhões (1971) – foram produto da luta histórica do governo brasileiro em âmbito internacional.

A política então implantada pelo Brasil teve o mérito de firmar nova doutrina internacional, desencadeando uma reação em cadeia, de forma a se tornar reivindicação de toda a coletividade dos países em vias de desenvolvimento.

A nova política visava a uma redistribuição do bolo de fretes, o que, sem dúvida, encontrou cerrada oposição por parte do “estabelecimento marítimo”, que protestava contra as normas administrativas governamentais brasileiras em defesa da armação nacional, haja vista que os oponentes eram compostos por um complexo de interesses que controlava com exclusivo proveito próprio a atividade de transporte marítimo internacional.

A luta, no entanto, foi travada com serenidade e firmeza pelo Ministério dos Transportes - juntamente com o Itamaraty e os órgãos de Comércio Exterior -, de forma a reorganizar as Conferências de Fretes (que hoje não existem mais) e a impedir que o sistema ignorasse os interesses brasileiros de segurança nacional e desenvolvimento econômico, porque, evidentemente, os países que dominavam o transporte marítimo internacional esforçavam-se para evitar que os países menos desenvolvidos averiguassem a natureza e a razão do impacto de cada componente do item “serviços” em suas economias.

Ora, a história demonstra que, ainda que os países em desenvolvimento possam acumular saldos positivos nas suas transações comerciais com o exterior, o malogro consiste nos vultosos déficits no item serviços, incluindo-se os invisíveis, tais como o frete marítimo, o que contribui para o nosso endividamento crônico.

Entretanto, embora os países em desenvolvimento tenham incrementado suas frotas mercantes, não conseguiram manter a distância que os separava dos países desenvolvidos, já que esses são os que também oferecem bandeiras de conveniência - o que tornou-se cada vez mais usual para os armadores das grandes potências marítimas -, sem olvidar que, nessas relações de troca, os granéis sólidos ou líquidos, tais como cereais, minérios e petróleo, demandam fretes mais baixos que a carga geral, comandada pelos produtos industrializados. Daí, os países menos desenvolvidos têm o ônus de pagar o fluxo mais caro, o que representa verdadeiro processo de descapitalização.

Ocorre que, à época das Conferências de Fretes, era o oligopólio que fixava as tarifas e, assim, negava-se a própria tese de “liberdade dos mares”, já que o acesso às cargas não era garantido a todos os transportadores, porque nem todos eram admitidos nas tais conferências.

Como resposta à configuração internacional, o Brasil iniciou a política da predominância dos armadores nacionais no tráfego fundamental gerado pelo intercâmbio comercial com países determinados.

Com o advento dessa política, o Brasil demonstrou que as forças de mercado não poderiam atuar, por si sós, como reguladoras do valor dos fretes (*pois a estrutura oligopolística imprimia distorções no mecanismo de preços, obrigando o governo a intervir com o intuito de salvaguardar os interesses dos consumidores e restabelecer o equilíbrio entre as forças de oferta e procura*), e, também, que não fechavam os portos às demais nações e nem proibiam as operações de terceiras bandeiras nos tráfegos fundamentais do Brasil, deixando claro, apenas, que o acesso às cargas do comércio exterior brasileiro só é livre na medida em que convenha aos interesses do Brasil.

Complementou-se a política com o “*princípio da reserva de carga*”, cujo postulado básico nada mais é do que o fato de que determinadas cargas, principalmente as decorrentes das operações de importação do Governo, são instrumentos para a implementação

do princípio da predominância dos armadores nacionais nos tráfegos fundamentais do Brasil. Essa prescrição normativa vinha expressamente prevista no Decreto nº47.225, de 12 de novembro de 1959, regulamentado pelo Decreto nº 55.231, de 15 de dezembro de 1964, que estatuíam tal princípio.

A Comissão de Marinha Mercante – CMM (posteriormente Superintendência Nacional da Marinha Mercante - SUNAMAM) consagrou esses princípios na Resolução nº2.995, de 30 de maio de 1967, constituindo a linha mestra de toda a política brasileira de transportes marítimos.

Mantendo essa política, o Decreto-lei nº666, de 02 de julho de 1969, ainda vigente, também veio estabelecer, no artigo 2º, a carga prescrita brasileira, ou seja, aquela que deverá, necessariamente, ser transportada em navios de bandeira brasileira, com ressalva, evidentemente, da reciprocidade. Tem o seguinte teor o referido artigo 2º: *“Será feito, obrigatoriamente, em navios de bandeira brasileira, respeitado o princípio da reciprocidade, o transporte de mercadorias importadas por qualquer órgão da administração pública federal, estadual e municipal, direta ou indireta, inclusive empresas públicas e sociedades de economia mista, bem como as importadas com quaisquer favores governamentais e; ainda, as adquiridas com financiamento total ou parcial de estabelecimento oficial de crédito, assim também com financiamentos externos, concedidos a órgãos da administração pública federal, direta ou indireta.”*

Apesar das mudanças administrativas implementadas na década de 90, com a Reforma do Estado pela Emenda Constitucional nº19/98 - a qual estruturou um modelo de desempenho de acordo com um planejamento -, essa política de reserva de carga – não teria lógica ser diferente - foi mantida pelo art.10, II, da Lei nº9432/97, que diz: *“Art.10. Independe de autorização o afretamento de embarcação: I – de bandeira brasileira para a navegação de longo curso, interior, interior de percurso internacional, cabotagem, de apoio portuário e de apoio marítimo; II – estrangeira, quando não aplicáveis as disposições do Decreto-lei nº666, de 2 de julho de 1969, e suas alterações, para a navegação de longo curso ou interior de percurso internacional; III – estrangeira a casco nu, com suspensão de bandeira, para a navegação de cabotagem, navegação interior de percurso nacional e navegação de apoio marítimo limitado ao dobro da tonelagem de porte bruto das embarcações de tipo semelhante, por ela encomendadas a estaleiro brasileiro instalado no País, com contrato de construção em eficácia, adicionado de metade da tonelagem de porte bruto das embarcações*

brasileiras de sua propriedade, ressalvado o direito ao afretamento de pelo menos uma embarcação de porte equivalente.”

Sabemos que a Reforma do Estado envolve tanto a etapa relativa ao princípio da livre iniciativa, contido nos artigos 1º, IV e 170 da Constituição da República Federativa do Brasil, o qual ganhou incremento, com tratamento no plano infra-constitucional, através da Lei nº8031/90, instituindo o Programa Nacional de Desestatização – PND, quanto a que diz respeito à instituição do “Plano Diretor da Reforma do Estado”, no qual se observa a substituição do modelo burocrático de gestão (que enfatiza a legalidade e a racionalidade técnica) pelo modelo gerencial (voltado para resultados e não para processos de controle). Nesse processo, foi estabelecida uma diretriz específica para cada tipo de atividade, sendo a atividade de regulação exclusiva do Estado porque pressupõe o uso de prerrogativas.

A atividade de regulação pressupõe competência legal para produzir normas e, no que diz respeito à teoria da regulação econômica, é o papel que o Estado pode produzir na economia com uma intervenção leve a favor do interesse do mercado.

Ocorre que, nos dias de hoje, em que predomina um cenário econômico internacional globalizado, temos que estar atentos aos Objetivos Fundamentais da República Federativa do Brasil, notadamente para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (CRFB, art.3º), que tem como corolário a ordem social baseada no primado do trabalho e objetivada no bem-estar e justiça sociais (CRFB, art.193), eis que retrata o compromisso de toda a sociedade brasileira, vista como sociedade articulada e estruturada.

Nesse contexto histórico, temos que observar que a Lei nº10.233, de 05 de junho de 2001, especificamente no que concerne à Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ, da forma como foi promulgada, atende aos anseios da área trabalhadora envolvida (empresários e trabalhadores), segundo os princípios constitucionais da livre concorrência e, também, do interesse público no desenvolvimento e garantia do pleno emprego nacionais.

Como Agência Reguladora, a ANTAQ desenvolve uma discricionariedade técnica, que é, em suma, o próprio fundamento de validade das normas que editará, e que pressupõe que a decisão possa ser motivada também tecnicamente, em tempo econômico e obediência às inovações tecnológicas. Nesse sentido, as atribuições da ANTAQ prescritas no

artigo 27, alterado pela Medida Provisória nº2201, de 24 de agosto de 2001, reeditada sob o número 2217-3, de 4 de setembro de 2001, e por sua vez, por força do artigo 2º, da Emenda Constitucional nº32, de 11 de setembro de 2001, ganhou verdadeiro “status” de lei, diz, especificamente no inciso XXIV, que: **“Art.27. Cabe à ANTAQ, em sua esfera de atuação:XXIV – autorizar as empresas brasileiras de navegação de longo curso, de cabotagem, apoio portuário, fluvial e lacustre, o afretamento de embarcações estrangeiras para o transporte de carga, conforme disposto na Lei nº9432, de 8 de janeiro de 1997;”**

Consoante prevê o artigo 29 da lei da ANTAQ, as autorizações somente serão concedidas às empresas ou entidades constituídas sob as leis brasileiras, com sede e administração no País, e que atendam aos requisitos técnicos, econômicos e jurídicos estabelecidos pela Agência. Ademais, permanece, a teor do disposto no artigo 31, a competência do CADE para tratar dos fatos que configurem infração de ordem econômica. Corolário disso é o fato de que caberá à ANTAQ o dever de acompanhar as atividades dos operadores estrangeiros que atuem ou venham a atuar no transporte internacional com o Brasil, visando identificar práticas ilegais. As empresas que, na época da instalação da ANTAQ, já forem detentoras de outorgas expedidas por entidades públicas federais do setor de transportes terão seus direitos ratificados por meio de novos instrumentos de outorga.

A lei em comento teve o inciso IX, do artigo 27 (**“IX – autorizar às empresas brasileiras de navegação de longo curso o afretamento de embarcações estrangeiras para o transporte de carga prescrita, obedecido o limite do dobro da tonelage própria da solicitante, bem como autorizar o transporte de carga prescrita por empresa de navegação estrangeira, respeitando os acordos internacionais e as diretrizes estabelecidas segundo o disposto no art.19.”**) vetado sob o fundamento de contrariar o interesse público e por impor limitação ao mercado. Importa comentar, portanto, sobre a questão da obediência ao **“limite do dobro da tonelage própria da solicitante”** para transporte de carga prescrita, ferir o interesse público e limitar o mercado.

Mas a Ciência do Direito nos fornece solução. Vimos que, apesar de nossa histórica e heróica luta de inserção no mercado internacional de fretes, ironicamente a globalização nos chama a fazer prevalecer os objetivos fundamentais da República na construção de uma sociedade livre, justa e solidária, calcada no primado do trabalho e no bem-estar e justiça sociais (CRFB, artigos 3º e 193). Por conta disso, a reestruturação da

Administração Pública brasileira, com a instituição de Agências Reguladoras, atribuiu à ANTAQ as funções de regulação do setor aquaviário, baseada, entre outros, nos princípios da preservação do interesse nacional e na promoção do desenvolvimento econômico e social, visando ampliar a competitividade do País no mercado internacional.

A moderna Metodologia do Direito - que é pensar o Direito com validade universal -, nos fornece todo um estudo a respeito da prevalência dos princípios (entenda-se valores) jurídicos insculpidos não somente no artigo 11 da Lei nº10.233/2001, mas nos princípios gerais do Direito, estatuídos sobretudo na Constituição Federal e até supraconstitucional, e demonstram a superação das normas positivadas, a fim de defender a eficácia da regulação econômica da Agência Reguladora, em conformidade com os fatos sociais de seu setor de atuação. Por seu turno, segundo o princípio previsto no inciso II do artigo 3º da CRFB, que garante o desenvolvimento nacional, é vedado o retrocesso político e, assim, a norma vetada viria positivar, através de lei, o desenvolvimento nacional, obrigando as empresas interessadas em disputar o mercado internacional de fretes no transporte de mercadorias reservadas a terem, pelo menos, um navio próprio, ou seja, fazendo com que os fretes gerados não constituíssem evasão de divisas.

Afinal, não podemos olvidar que estudos abalizados saciam a vontade da sociedade trabalhadora brasileira de conhecer cada vez melhor as razões do Custo Brasil e que, a deficiência do transporte marítimo, como elo importante na cadeia produtiva, mais a baixa produtividade dos portos brasileiros influenciam sobremaneira. E o transporte tem papel predominante. Nesse sentido, na macrovisão do conjunto das atividades que compõem a matrix industrial, que indicam os itens de custo mais importantes nos sistemas de produção, conversão, distribuição dos produtos e prestação de serviços, fica patente que o componente mais importante do processo é o transporte, fundamental para a realização de todas as etapas.

Caberá à ANTAQ, como Agência Reguladora, apta a exercer intervenção no domínio econômico aquaviário, reger-se pelos atributos da regulação de monopólios e competição, assumindo o papel de autêntica Agência Reguladora, através de uma administração pluralista e pluriorganizada.

Evidente que, segundo os princípios insertos nos artigos 170 e 173, §4º, ambos da CRFB, se a Agência impede os empresários de concorrer, irá impedir, também, a livre

iniciativa, pois, em tese, quanto mais concorrência, melhor. Da mesma forma, nem sempre será possível acabar ou impedir monopólios e, por essa razão, é haver preciso a regulação. Portanto, regulação é equilíbrio.

Entretanto, há que se atentar para outros princípios constitucionais, aliás, princípios de eficácia imediata e dirimente, que são da garantia dos valores sociais do trabalho, da busca do pleno emprego e do desenvolvimento nacional (CRFB, artigos 1º, IV e 170, VIII; e 3º, II).

Na prática, na falta de norma positivada para a carga prescrita brasileira, a aplicação desses princípios jurídicos, tanto pela ANTAQ quanto pelo Poder Judiciário, será imprescindível pela ANTAQ.

Afinal, sob o prisma do princípio da legalidade, pois que a ANTAQ herdou, do ordenamento jurídico vigente e compatível com a Constituição Federal, as normas positivas então existentes e regulatórias do mercado aquaviário, tais como as que dispõem sobre os regimes de navegação, inseridas no artigo 5º, parágrafos 1º a 3º, da Lei nº9.432, de 08 de janeiro de 1997, o qual, reporta-se à obrigatoriedade de transporte em navio de bandeira brasileira, instituída pelo Decreto-lei nº666, de 02 de julho de 1969, ainda em vigor. Estatuem o referido art.5º e parágrafos da Lei nº9.432/97, que: “*Art. 5º A operação ou exploração do transporte de mercadorias na navegação de longo curso é aberta aos armadores, às empresas de navegação e às embarcações de todos os países, observados os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade. § 1º As disposições do Decreto-lei nº666, de 2 de julho de 1969, e suas alterações, só se aplicam às cargas de importação brasileira de países que pratiquem, diretamente ou por intermédio de qualquer benefício, subsídio, favor governamental ou prescrição de cargas em favor de navio de sua bandeira. § 2º Para os efeitos previstos no parágrafo anterior, o Poder Executivo manterá, em caráter permanente, a relação dos países que estabelecem proteção às suas bandeiras. § 3º O Poder Executivo poderá suspender a aplicação das disposições do Decreto-lei nº666, de 2 de julho de 1969, e suas alterações, quando comprovada a inexistência ou indisponibilidade de embarcações operadas por empresas brasileiras de navegação, do tipo e porte adequados ao transporte pretendido, ou quando estas não oferecerem condições de preço e prazo compatíveis com o mercado internacional.*”

Interpretando sistematicamente a norma positiva acima, exige o parágrafo

primeiro, para o fim de garantir o desenvolvimento nacional e do pleno emprego, que a operação ou exploração do transporte de mercadorias subsidiadas ou com favores governamentais, na navegação de longo curso seja feita, em regra, por navio de bandeira brasileira. Porém, como a Lei nº9.432/97, por não dispor expressamente desse requisito – *possuir pelo menos um navio próprio* - como necessário à caracterização de empresa brasileira de transporte aquaviário, deixou uma brecha para que algumas empresas, que não possuem navios de bandeira brasileira, sob o título de “*cobertura de bandeira*”, obtenham autorizações, por força de decisões judiciais - que traduzem o pensamento especulativo que enfrenta o problema do ideal jurídico da livre concorrência -, para operarem no transporte de cargas prescritas, simplesmente afretando navios estrangeiros.

Os fundamentos apresentados por essas “empresas de papel” nas petições dirigidas ao Poder Judiciário argumentam que o requisito em comento não consta de norma legal, mas infra-legal - Portaria nº6, de 05 de janeiro de 1998 (*que aprova Normas para Outorga de Autorização para Operação de Empresas Brasileiras de Navegação de Longo Curso, Cabotagem, Apoio Portuário e Apoio Marítimo*) e Portaria nº444, de 10 de dezembro de 1999 (*que dispõe sobre as normas que estabelecem os critérios e os procedimentos que deverão ser observados na liberação de embarcação para o transporte de cargas reservadas à bandeira brasileira e para o afretamento por tempo, por viagem e a casco nu, de embarcações estrangeiras por empresa brasileira de navegação, nas navegações de cabotagem e de apoio portuário*), ambas baixadas à época pelo Sr. Ministro dos Transportes.

Podemos dizer que a outorga judicial viria conferir atribuição de peso maior à uma garantia concorrencial de mercado, anulando-se totalmente os princípios constitucionais do desenvolvimento e busca do pleno emprego nacionais.

Se atentarmos que a livre concorrência, a garantia de desenvolvimento nacional e a busca do pleno emprego, de per si, são princípios normativos ou direitos fundamentais insculpidos todos, expressamente, na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, temos, então, que, primeiramente, observar que nenhum deles é absoluto ou ilimitado para o fim de, incidindo um, eliminar o(s) outro(s). No estudo do conflito entre tais valores - ou colisão entre esses direitos, no dizer de José Carlos Vieira de Andrade “*se um dos direitos é afetado no seu conteúdo essencial, então é porque estamos perante uma situação de limites iminentes*”.

Por outro lado, se entendermos que alguns valores ou direitos difusos não estão expressos, mas implícitos, os limites imanentes deverão fazer-se através de interpretação, tendo em vista que, no caso, esses princípios envolvem uma gama de conceitos jurídicos indeterminados, tais como “desenvolvimento nacional” e “interesse público” que, evidentemente, impõe condições e reservas a outros direitos. Destarte, se considerarmos que a ordem constitucional não é hierárquica, tem-se que, em respeito à unidade constitucional, e, sem afetar o núcleo essencial de qualquer desses direitos envolvidos, ponderar, através do método da concordância prática.

Portanto, é nosso dever objetar com o positivismo ético, segundo o qual devemos obedecer à uma lei justa.

A transição que vem sendo operada a partir das últimas décadas do século XX, veio demonstrar a importância dos princípios jurídicos para a estruturação e a autêntica substanciação do sistema jurídico. O sistema passou a ser aberto, admitindo-se, na mais recente metodologia jurídica, que o juiz, nas suas ponderações, reconheça a “*law in action*”, já que nem sempre o modelo subsuntivo (que expressa o princípio da regularidade) leva à resoluções corretas.

Nesse passo, a lei deixou de ser a única fonte do Direito, i. e., única fonte de qualificação, já que os princípios vieram assumir um posicionamento às vezes superior à lei, como ocorre no caso de uma lei ser inválida perante o atual ordenamento jurídico, ou mesmo, quando o juiz deva decidir com equidade. Claro que não está ocorrendo um total abandono do positivismo jurídico, pois o contributo, sobretudo de Kelsen, para a ciência do Direito, foi trazer a metodologia de interpretação da norma jurídica segundo o modelo piramidal, estando no ápice desse sistema, uma norma fundamental, que Perelman veio idealizar como “*politicamente justo*”, na medida em que se realize, pelo menos de modo aproximado, e “*filosoficamente justo*” - que corresponde ao estágio de conhecimento de cada época.

Lembremos, ainda, que o positivismo jurídico não leva em consideração o conteúdo da norma, mas a sua forma, notadamente a forma segundo a qual ela é produzida. E esse é o caso concreto que ora analisamos, ou seja, que empresas de papel vêm operando no mercado de fretes do comércio exterior do Brasil, valendo-se de direitos conferidos às empresas nacionais, com fundamento de que a exigência normativa se dá em sede infralegal.

Ora, por essas e outras, toda essa transformação que vem sendo operada na ciência do Direito é produto de cortes epistemológicos, nos quais se vem, continuamente, construindo um novo pensar e constatando-se novas maneiras do agir humano, necessitando-se, por isso, uma justiça material, i.e., do “*caso concreto*”. É o máximo de consciência possível ou a crítica do racionalismo sobre o irracionalismo ou, ainda, a criatividade surpreendendo, a fim de se obter decisões justas. As teorias modernas dos princípios vêm se ocupando, continuamente, em formular propostas que levem o legislador à uma tomada de consciência do “*senso comum*”, porque, o titular do poder está, também, vinculado pela boa-fé na relação com aqueles que estão submetidos ao seu poder, porque a ele cabe maior liberdade que ao juiz na escolha das normas que afetarão todas as pessoas, sem esquecer que situações de fato idênticas podem ter que ser tratadas diferentemente de hoje para amanhã.

Quanto ao papel que cabe ao juiz, também é reservado, nas modernas teorias, o desenvolvimento da argumentação nas decisões, a fim de se poder ter um mínimo de controle dos valores utilizados, já que todo valor é “*arbitrário*”, pois que não existe nenhuma justiça absoluta, perfeita, fundada na razão. Daí, vários autores postulam o relativismo axiológico, a fim de pressupor que a função que cabe ao Direito, em todas as épocas, é de fundamentar e manter uma sociedade pacífica e duradoura entre os membros da comunidade jurídica.

No caso sob análise, tem-se que atentar para os princípios, insculpidos na Carta Magna que protegem o princípio da livre concorrência à luz dos interesses nacionais, segundo a eficácia axiológica de tal princípio. A exegese das normas insertas nas Portarias nº6 e nº444 do Ministério dos Transportes não está em dissonância com a Lei nº9.432/97, já que esta, ao reportar-se ao Decreto-lei nº666/69, veio condensar o ordenamento jurídico então vigente. O Decreto-lei nº666/69 é expresso, no artigo 5º, quando prescreve que: “*Art.5º. Para os fins deste Decreto-lei, considera-se navio de bandeira brasileira o navio afretado por empresa brasileira devidamente autorizada a funcionar no transporte de longo curso.*”

A lei, expressamente, remeteu a valoração da consideração da autorização ao ente regulamentador, agora regulador, do mercado aquaviário. Para cumprir esse mister, a autoridade administrativa prescreveu em normas infra-legais, quais os critérios técnicos objetivos para outorga dessa autorização, especificamente no artigo 5º da mencionada Portaria nº6/98. “*Art.5º. A empresa deverá possuir pelo menos uma embarcação inscrita no Registro de Propriedade Marítima, em tráfego, operando comercialmente, além de capital mínimo integralizado de: omissis.*”

A valoração jurídica a considerar revela autêntica razoabilidade e substanciação da igualdade na livre concorrência, visando proteger a ordem econômica, eis que, registros oficiais revelam que cerca do triplo que é pago a título de fretes - expressos em milhares de dólares - vêm configurando evasão de divisas por parte das "empresas de papel", e danosas à economia nacional e, portanto, ao desenvolvimento do País e à busca do pleno emprego nacional.

Daí, não há que se falar no fato de não estar a norma acima subscrita em lei em sentido estrito, porque a conduta principal o está até mesmo na Lei Fundamental, quando no artigo 174 se prevê que ao Estado cabe exercer a regulação econômica, e, repita-se, a Lei nº9.432/97, expressamente reporta-se ao Decreto-lei nº666/69, para estatuir essa lógica, inclusive, na exceção à regra prevista no parágrafo 3º do artigo 5º.

Considerando que a Lei da ANTAQ teve vetada uma norma expressa prescrevendo a exigência legal da empresa brasileira operar no longo curso com pelo menos um navio próprio, entende-se que a discussão vai continuar ou mesmo aumentar, já que o mercado regulatório aquaviário é um selvagem campo de lutas de interesses. Provavelmente, reforçamos, a solução esteja na plena realização dos princípios jurídicos da transparência e da participação, mais do que nas prescrições legais positivadas, pois através de reuniões consultivas com os integrantes do setor e, sem dúvida, de audiências públicas e procedimentos claros e criteriosos, se almeje otimizar o máximo de justiça na regulação do mercado. Afinal, a atribuição de gerir é prerrogativa da Administração Pública, ainda que certos poderes e competências se dêem através de delegação legislativa.

O Brasil, como Estado Democrático de Direito, pressupõe como interesse público legítimo o fortalecimento da indústria nacional de fretes marítimos, a fim de promover o desenvolvimento nacional como objetivo fundamental da República. Mais do que um princípio constitucional, a regra estatui um dever constitucional de peso preponderante face a outros princípios garantidores de livre concorrência no mercado regulado pela ANTAQ. Daí, como o Poder Estatal é um só, seja sua expressão através do Executivo, do Legislativo ou do Judiciário, a sua natureza juspolítica não é livre, mas vinculada ao interesse público que o legitima e que é mais amplo que a legalidade que o qualifica.

Inconcebível, portanto, entendimento diverso, eis que o princípio da legitimidade do Poder Estatal não lhe pode ser antagônico, ou seja, ser contrário ao interesse público que o fundamenta.

Ora, sendo a autorização ato administrativo unilateral, discricionário e precário pelo qual a Administração faculta ao particular, *in casu*, a exploração de atividade de utilidade pública, está a mesma sujeita ao poder de polícia do Estado. Portanto, a precariedade da autorização implica na sua cassação, sendo, assim, legítima a Portaria nº6, ao estabelecer, v.g. no artigo 4º e incisos I a III, do artigo 5º, critérios gerais para expedição de autorização para empresas brasileiras de navegação operarem no transporte aquaviário de cargas reservadas.

Releva ainda mencionar que a referida Portaria nº6 do Ministério dos Transportes não tem o condão de inviabilizar o funcionamento de qualquer empresa de navegação que se habilite a concorrer no setor aquaviário, pois que retrata a situação de carga reservada a navios de bandeira brasileira nos termos do artigo 2º do Decreto-lei nº666/69 *c/c* o artigo 3º da Lei nº9.432/97. Ou seja, no âmbito do comércio exterior, a aludida norma, posteriormente circunscrita à regra do parágrafo 1º, do artigo 5º da Lei nº9.432/97, prescreve que a carga reservada é apenas representada por mercadorias importadas por órgãos públicos ou com favores governamentais, tais como as que são adquiridas com financiamento, total ou parcial, de estabelecimento oficial de crédito, assim, também, com financiamentos externos, concedidos a órgãos da administração pública federal, direta ou indireta. Essa estipulação nada mais retrata que a evidência dos mecanismos protecionistas do Direito Internacional, legitimando as barreiras à livre circulação internacional de bens e serviços criadas por outros países à essa atividade altamente subsidiada pelos países mais desenvolvidos.

A mesma lógica jurídica se aplica à Portaria nº444 do Ministério dos Transportes, que se limitou a regular, no âmbito da sua competência, os afretamentos de embarcações estrangeiras para o transporte de cargas reservadas e de cargas na cabotagem.

Como se vê, é importante que o Poder Judiciário esteja atento aos parâmetros traçados pelo Poder Público como motivadores do ato de outorga, pois que, sendo a autorização ato discricionário, a motivação de sua outorga depende de conveniência e oportunidade administrativa, levando-se em consideração, sempre, o interesse público. A anulabilidade desses critérios infralegais estaria restrita à configuração de desvio de poder ou de finalidade, i.e., se acaso a Administração buscase fim diverso daquele a ser alcançado

através das referidas autorizações. Portanto, quando demonstramos alhures que um dos fatores de política industrial nacional para a promoção do desenvolvimento do País e da busca do pleno emprego e, assim, do interesse público nacional, é o ressurgimento da construção naval brasileira, significa que essa façanha virá resgatar uma preciosa mercadoria invisível, que é o frete gerado na prestação de serviços marítimos internacionais, pois a armação é uma indústria empenhada não apenas na produção de fretes marítimos mas, sobretudo, na criação de muitos empregos. Para tanto, há que se proteger a empresa nacional, incentivando-a, prestigiando-a, protegendo-a de alienígenas desconhecidos, dos "global players", orientados apenas a produzir desvantagens na construção de uma frota no País e, dessa forma, se revelando autênticos usurpadores de direitos que o Poder Estatal confere aos nacionais que atendem ao interesse público legitimado – participação no volume do tráfego marítimo internacional fundamental –, sob pena de se estar sobrecarregando as gerações futuras no resgate desses direitos e no pagamento de um eterno "Custo Brasil", mormente num mundo globalizado.

Destarte, não pode haver divórcio entre a armação nacional e o Poder Estatal, pois o poder naval, estrategicamente, afeta a própria segurança nacional, garantida, pelo menos em última instância, pelo Poder Judiciário, que o fará sem se afastar da legitimidade, por seu turno, vinculada ao interesse público que a fundamenta.

Caberá não apenas ao juiz, mas à própria ANTAQ, visualizar o princípio da livre concorrência sob o prisma da eficácia axiológica do sistema normativo, o qual é limitado pelo Estado Democrático, segundo os preceitos legitimadores que garantem o objetivo fundamental da República, que veda o retrocesso político.

Ainda que os princípios constitucionais do desenvolvimento nacional e da busca do pleno emprego tenham eficácia imediata, e, portanto, efeito dirimente sobre outros princípios e, que a norma infralegal garantidora dos requisitos da empresa nacional tenha eficácia otimizadora, e, assim, sejam suficientes para inspirar à ANTAQ a atuação regulatória do mercado aquaviário para efetivar a proteção da bandeira nacional, seria importante a edição de norma legal restabelecendo em parte o inciso IX do artigo 27 da Lei nº10.233/2001. Ou seja, estamos propondo uma solução para o atavismo positivista.

Não menos importante é alterar a Lei nº10.233/2001, no sentido de fazer constar no âmbito da ANTAQ o Conselho Consultivo, a exemplo da ANATEL, como garantia dos princípios da participação e da transparência das decisões.

Com essas estipulações cremos que estarão plenamente expressos, tanto que o transporte de cargas importadas pela Administração Pública ou com favores governamentais será privativo de navios de bandeira brasileira, quando presentes, cumulativamente os requisitos legais, quanto à transparência e participação dos eventuais interessados na concorrência do transporte aquaviário.

Segundo o princípio da realidade, estas sugestões, se implementadas, contribuirão para a pacificação social dos conflitos de direitos envolvidos e, também, para o estímulo de bem administrar o interesse público específico que é o transporte internacional marítimo.