JUSTIÇA FEDERAL
Tribunal Regional Federal da 1ª Região

PROCESSO Nº 1005467-79.2017.4.01.0000
TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE (12135)
REQUERENTE: AGENCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIARIOS
REQUERIDO: POSIDONIA SERVICOS MARITIMOS LTDA
RELATOR(A):KASSIO NUNES MARQUES

PODER JUDICIÁRIO

Tribunal Regional Federal da 1ª Região

Gab. 17 - DESEMBARGADOR FEDERAL KASSIO MARQUES

Processo Judicial Eletrônico

TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE (12135) n. 1005467-79.2017.4.01.0000

R E L A T Ó R I O

O EXMO. SR. DESEMBARGADOR FEDERAL KASSIO NUNES MARQUES (RELATOR):

Cuida-se de agravo interno apresentado pela Posidônia Serviços Marítimos Ltda. contra a decisão (fls. 490/498) em que deferi a antecipação de tutela na apelação interposta em face da sentença na qual o juízo de primeiro grau, na ação de mandado de segurança-10042597920164013400, havia concedido a ordem para assegurar à impetrante que, no afretamento de embarcações estrangeiras, não lhe fosse aplicada a restrição de tonelagem prevista na Resolução Normativa 1/2015 da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), restando-lhe mantidas, apenas, as limitações constantes da Lei 9.432/1997.

Em suas razões, a agravante, em síntese, defende a tese de que a impugnada Resolução Normativa da ANTAQ se reveste de ilegalidade e arbitrariedade consistentes na imposição de exigência não amparada na legislação de regência.

À fl. 858, indeferi o pedido de reconsideração e determinei a inclusão do presente feito em pauta.

Em resposta, a União, às fls. 863/874, pugnou pela manutenção da decisão ora agravada.

As referências às folhas dos autos, aqui consignadas, têm por base a ordem de sua disposição na rolagem única do processo judicial eletrônico.

É o relatório.

Desembargador Federal **KASSIO MARQUES**
Relator

VOTO - VENCEDOR

PODER JUDICIÁRIO

Tribunal Regional Federal da 1ª Região

Gab. 17 - DESEMBARGADOR FEDERAL KASSIO MARQUES

Processo Judicial Eletrônico

TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE (12135) n. 1005467-79.2017.4.01.0000

V O T O

O EXMO. SR. DESEMBARGADOR FEDERAL KASSIO NUNES MARQUES (RELATOR):

A decisão agravada deve ser integralmente mantida.

Isso porque a mim não me pareceu demonstrada, nem de longe, qualquer arbitrariedade ou ilegalidade no impugnado exercício do poder regulamentar manifestado com a edição da Resolução Normativa 1/2015 da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), a qual encontra amparo mediato na Constituição Federal e imediato na legislação de regência.

Vejamos a dicção do **caput do art. 178 da Constituição Federal**, com meus grifos.

> *"As condições em que o transporte de mercadorias na cabotagem e a navegação inferior poderão ser feitos por embarcações estrangeiras"* **serão estabelecidas por lei** que verse sobre a ordenação do transporte aquático.

Por sua vez, **Lei 9.432/97** – ao dispor sobre a ordenação do transporte aquaviário – condicionou o afretamento de embarcação estrangeira em casos tais ao atendimento de duas condições cumulativas (grifei a exata hipótese pertinente a esses autos):

. à autorização do órgão competente (*caput* do art. 9º); e/ou

. *"à inexistência ou à indisponibilidade de embarcação de bandeira brasileira do tipo e porte adequados para o transporte ou o apoio pretendido"* (inciso I do art. 9º); e/ou

. *"quando verificado interesse público, devidamente justificado"* (inciso II do art. 9º); e/ou

. *"quando em substituição a embarcações em construção no Brasil, em estaleiro brasileiro (...)"*.

Da simples leitura dos dispositivos acima transcritos é possível se perceber a ostensiva preocupação do legislador em preservar o mercado nacional.

Dentro desse escopo adveio a impugnada **Resolução Normativa 1/2015** da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (**ANTAQ**).

Ao aprovar a norma que estabelece os procedimentos e critérios para o afretamento de embarcação por empresa brasileira de navegação nas navegações de apoio portuário, apoio marítimo, cabotagem e longo curso, aquela Resolução estabeleceu dois limites objetivos à autorização de fretamento de embarcação estrangeira:

. que a empresa afretadora fosse proprietária de ao menos uma embarcação de tipo semelhante à pretendida; e

. que a respectiva autorização de afretamento se destinasse a uma embarcação **não superior ao quádruplo da tonelagem de porte bruto das embarcações de registro brasileiro em operação comercial pela empresa afretadora**.

Esse o teor da ***alínea 'a'* do inciso III do art. 5° daquela Norma** e no qual se insere o exato ponto da controvérsia: a pretensão, deduzida pela agravante, de assegurar autorizações de fretamento para embarcações que superem o limite de tonelagem de porte bruto ali fixado.

Ocorre que a análise conjunta dos dispositivos legais e normativos acima aludidos nos permite concluir, sem dificuldade, que a impugnada Resolução da ANTAQ se mostra razoável e harmônica com o propósito constitucional e infraconstitucional de assegurar especial proteção aos armadores nacionais.

Tanto assim que a mesma Resolução Normativa dispensou de autorização o afretamento de embarcação estrangeira que possua até o dobro da tonelagem de porte bruto das embarcações de tipo semelhante, numa clara demonstração de que não se pretende obstaculizar as atividades de afretamento de forma indiscriminada, mas apenas mantê-la devidamente regulada.

Como eu bem disse na decisão monocrática de fls. 490/498, o afretamento de embarcação estrangeira consiste em exceção, ao passo em que a regra reside no afretamento de embarcações nacionais.

Por isso tudo, a decisão recorrida deve prevalecer.

É a própria lei que estabelece a disciplina básica sobre o setor de transporte aquaviário, cabendo à ANTAQ a competência para elaborar e editar normas e regulamentos relativos à prestação de transporte e à exploração da infraestrutura aquaviária e portuária, garantindo isonomia no seu acesso e uso, assegurando os direitos dos usuários e fomentando a competição entre os operadores.

Evidentemente, a Regulação é dotada de um "*plus*" com o qual não é contemplada a Regulamentação.

As agências reguladoras, seja porque a lei lhe confere este poder, seja à luz da Teoria dos Poderes Implícitos, estão legitimadas a fazer uso do binômio prescrição-sanção. Sobre o tema, anota Gustavo Binenbojm:

> "Como a atividade regulatória envolve, essencialmente, a definição de parâmetros normativos de orientação comportamental, as normas de comando e controle são dotadas de grande funcionalidade porque fortalecem a segurança jurídica e a igualdade de tratamento no âmbito da regulação. Tais normas assumem a estrutura de regras, uma vez que estabelecem a conduta exigível dos particulares, sob pena de incidência da punição cominada" (Poder de Polícia, Ordenação e Regulação, Fórum, pág. 164).

A possibilidade das Agências Reguladoras estabelecerem regras foi identificada, com muita propriedade por este Regional Federal, em precedente de minha relatoria no acórdão assim ementado:

> APELAÇÃO. ADMINISTRATIVO. AGÊNCIA REGULADORA. AUTUAÇÃO. (...),
>
> (...).
>
> 3. Também não há falar em abuso de direito, porquanto se à autarquia lhe foi legalmente dada a atribuição de regular o mercado de combustíveis no Brasil, a toda evidência, na linha da teoria dos poderes implícitos, também lhe foi ofertada, conforme o caso, a possibilidade de colher elementos com o fim de aferir a regularidade da comercialização dos produtos. Impedir tal imposição por parte do ente público em face dos agentes econômicos atuantes no ramo constituiria restrição ilegal às suas atividades reguladora e fiscalizadora. (AC-16988-96.2012.4.01.3400, DJ de 20.7.2015).

O entendimento mais atualizado na doutrina de direito administrativo é o de que a atividade normativa das agências é suplementar à função precípua dos órgãos legislativos e à função regulamentar do próprio Poder Executivo, com a qual não se confunde, pois a regulação se caracteriza por ser mais densa e complexa do que a simples regulamentação – notadamente quando de natureza econômica.

Segundo Carlos Ari Sundfeld, não há qualquer usurpação da função legislativa por parte das agências reguladoras em detrimento do Poder Legislativo. Tais órgãos foram concebidos justamente para emitir *"normas mais diretas para tratar das especificidades"* e *"viabilizar a intervenção do Estado em garantia do cumprimento ou realização daqueles valores"* que a lei fixa como objetivos da regulação.

Na mesma linha, Marçal Justen Filho anota que, nos setores sob regulação, dada a constante evolução técnico-econômica, *"caberá à agência complementar essa espécie de espaço normativo em branco, que se verifica a propósito da norma editada legislativamente"*. Tal entendimento é compartilhado pelo Professor Sérgio Guerra, ao assim pontuar:

> "As normas reguladoras são opções administrativas, também abstratas, embora formuladas com maior densidade técnica, visando à incidência sobre específicas relações interprivadas críticas que foram previamente deslegalizadas, voltadas, assim, não mais a aplicar uma regra legislativa predefinida, mas a equilibrar interesses e valores em concorrência por meio de uma nova regra a ser administrativamente definida pelo método da ponderação. Entende-se, dessa forma, que só há delegação quando se faculta ao regulamento a inovação absoluta como se lei fosse – o que, no caso, parece não ocorrer. Vale dizer, só se delega aquilo que se tem: a nova categoria de escolha administrativa batizada de "regulação" é mais do que simplesmente baixar regras normativas. Pelas normas regulatórias permite-se o exercício da capacidade técnica para dispor com maior densidade sobre as matérias necessárias para equilibrar o subsistema regulado, diversamente das leis que, editadas pelo Poder Legislativo, assumem caráter genérico, distante do cidadão e sem concretude".

Tampouco corrobora a tese da Posidonia o evasivo argumento de que *"está construindo uma grande embarcação multi-propósito, com capacidade para atender 2,7 mil toneladas e atender à demanda de cargas especializadas para os projetos de infraestrutura"*.

Por mais apreço que se tenha ao livre exercício da retórica, não se pode admitir que, na via estreita da cognição sumária ora em curso nesse Regional Federal ou que no rito especial da ação mandamental, que exige prévia constituição da prova que ampare a liquidez e a certeza do direito invocado, possa vingar a mera alegação desamparada de qualquer documento juntado ao traslado ou integrado aos autos da ação principal.

Ainda que a mencionada construção, em curso, estivesse cabalmente comprovada - ônus de que a agravante não se desincumbiu -, não restaria atendido o requisito, previsto na Resolução em análise, que pressupõe a existência de uma embarcação em plena *"operação comercial pela empresa afretadora"* (alínea 'a' do inciso III do art. 5º), e não de um mero projeto em execução e de indefinida conclusão.

Nesse contexto, resta igualmente rejeitada a tese central que se articula nas razões recursais, qual seja, a de que a Posidonia estaria sendo *"inexplicável e surpreendemente perseguida pelas grandes corporações que buscam impedi-la de entrar no mercado"*.

O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) – já suficientemente dotado de mecanismos destinados à repressão ao abuso do poder econômico – se orienta por diversos postulados, entre os quais estão igualmente dispostos os princípios **da liberdade de iniciativa e da livre concorrência**, bens jurídicos dos quais a coletividade é titular, nos termos do *caput* do art. 1º e parágrafo único da Lei 12.529/2011.

Sem embargo, a própria Constituição Federal ressalva a possibilidade de submeter o livre exercício de qualquer atividade econômica à autorização de órgãos públicos *"nos casos previstos em lei"* (parágrafo único do art. 170).

Ademais, nada impede que a impetrante, em ação autônoma, demande a intervenção judicial para lhe amparar na eventualidade de algum ato de abuso do poder econômico vir a ser concretamente praticado em seu desfavor – desde que devidamente demonstrado, ao menos, por indícios de prova, o que, definitivamente, não é a hipótese dos autos.

Forte nesse **amplo conjunto de fundamentos**, deve ser integralmente mantida a suspensão da ordem que havia sido concedida pelo juízo de primeiro grau nos autos da ação de mandado de segurança-10042597920164013400.

Em face do exposto, **nego provimento ao agravo interno**.

As referências às folhas dos autos, aqui consignadas, têm por base a ordem de sua disposição na rolagem única do processo judicial eletrônico.

É como voto.

Desembargador Federal **KASSIO MARQUES**
Relator

DEMAIS VOTOS

PODER JUDICIÁRIO

Tribunal Regional Federal da 1ª Região

Gab. 17 - DESEMBARGADOR FEDERAL KASSIO MARQUES

Processo Judicial Eletrônico

TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE (12135) n. 1005467-79.2017.4.01.0000
REQUERENTE: AGENCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIARIOS
Advogado do(a) REQUERENTE:
REQUERIDO: POSIDONIA SERVICOS MARITIMOS LTDA
Advogado do(a) REQUERIDO: MARCELO BORJA VEIGA - RJ134980

E M E N T A

AGRAVO INTERNO. NAVEGAÇÃO DE CABOTAGEM. NORMA EMANADA NO ÂMBITO DE AGÊNCIA REGULADORA. LEGÍTIMO EXERCÍCIO DO PODER REGULAMENTAR. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE OU ARBITRARIEDADE. AÇÃO DE MANDADO DE SEGURANÇA. SENTENÇA CONCESSIVA DA ORDEM. APELAÇÃO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA DEFERIDA.

I. A Resolução Normativa 1/2015 da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ) estabeleceu limites objetivos à autorização de fretamento de embarcação estrangeira. Tais limitações encontram amparo mediato na Constituição Federal e imediato na legislação de regência, se harmonizando com o escopo de assegurar especial proteção aos armadores nacionais.

II. A análise conjunta dos dispositivos legais e normativos aplicáveis na espécie permite concluir, sem dificuldade, que a impugnada Norma da ANTAQ não padece de qualquer ilegalidade ou arbitrariedade.

III. É a própria lei que estabelece a disciplina básica do setor de transporte aquaviário, cabendo à ANTAQ a competência para elaborar e editar normas e regulamentos relativos à prestação de transporte e à exploração da infraestrutura aquaviária e portuária, garantindo isonomia no seu acesso e uso, assegurando os direitos dos usuários e fomentando a competição entre os operadores.

IV. O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) – já suficientemente dotado de mecanismos destinados à repressão ao abuso do poder econômico – se orienta por diversos postulados, entre os quais estão igualmente dispostos os princípios **da liberdade de iniciativa e da livre concorrência**, bens jurídicos dos quais a coletividade é titular, nos termos dos *caput* do art. 1º e parágrafo único da Lei 12.529/2011.

V. Sem embargo, a própria Constituição Federal ressalva a possibilidade de submeter o livre exercício de qualquer atividade econômica à autorização de órgãos públicos *"nos casos previstos em lei"* (parágrafo único do art. 170).

VI. Agravo interno a que se nega provimento.

A C Ó R D Ã O

Decide a Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por unanimidade, negar provimento ao agravo interno.

Brasília, 19 de fevereiro de 2018.

Desembargador Federal KASSIO NUNES MARQUES
Relator

Imprimir