

01/08/2009

EDIÇÃO Nº 413 - 1ª QUINZENA DE AGOSTO/2009.

Direito Marítimo, Portuário, Aduaneiro, Logística e Comércio Exterior

*Eugênio de Aquino
dos Santos**



A praticagem e os custos portuários

Muito se tem falado sobre o monopólio dos serviços de praticagem que, notoriamente, constituem um dos principais componentes do chamado "custo Brasil".

A imposição de preços por parte das empresas de praticagem decorre, exclusivamente, da ausência efetiva de concorrência entre tais empresas, em virtude da escala de rodízio obrigatória inserta na NORMAN 12, que dificulta a livre contratação de empresas de praticagem por parte dos armadores.

Entretanto, uma breve incursão nos ditames do ordenamento jurídico pátrio mostra-nos, de forma insofismável, a ilegalidade da escala de rodízio imposta pela NORMAN 12.

O serviço de praticagem consiste em serviço especializado na movimentação de embarcações nas zonas de praticagem e/ou terminais portuários, efetuado por profissionais devidamente habilitados pela Autoridade Marítima (Diretoria de Portos e Costas da Marinha do Brasil).

Nos dizeres da seção 0116 da NORMAN 12:

0116 - SERVIÇO DE PRATICAGEM

Consiste no conjunto de atividades profissionais de assessoria ao Comandante, requeridos por força de peculiaridades locais, que dificultem a livre e segura movimentação da embarcação e é constituído do Prático, da Lancha de Prático e da Atalaia (Estação de Praticagem).

Quando um navio chega ao porto, emite o NOA (Notice of Arrival), que vem a ser o aviso dado pelo capitão da chegada do navio, para que seu agente, proprietário ou afretador adote as providências necessárias para sua atracação, dentre elas a solicitação de prático à Estação Atalaia.

A estação Atalaia é um setor de uma empresa de praticagem encarregado de receber os avisos de chegada, e comunicar aos práticos a chegada dos navios para que os mesmos realizem as manobras de atracação/desatracação das embarcações.

Conselho Editorial da coluna Direito Marítimo, Portuário, Aduaneiro, Logística e Comércio Exterior

Oportuno destacar que as empresas de praticagem, são pessoas jurídicas de direito privado, com registro nas juntas comerciais de seus respectivos estados, não se tratando de forma alguma de serviço público, sujeitas, portanto, às disposições do direito privado.

É de se definir, segundo a melhor doutrina, o chamado "serviço de atalaia" e "zona de praticagem", para uma melhor compreensão do tema.

Segundo a Dra. Eliane Octaviano Martins, eminente Professora da USP e da UNISANTOS, "*atalaia é a estação de praticagem que concentra a estrutura operacional e administrativa dos serviços de praticagem. Deve ser homologada pelo Órgão Nacional de Praticagem, com a capacidade de prover, coordenar, controlar e apoiar o atendimento do prático aos navios dentro de uma zona de praticagem (ZP), nas manobras de entrada e saída de portos e terminais e nas singraduras dentro da ZP, e possibilitar a disponibilidade ininterrupta e o desempenho eficiente do serviço de praticagem.*" (In, Martins, Eliane M. Octaviano, Curso de Direito Marítimo, Vol. 1, Manole, São Paulo, SP, 3.ª Ed., p. 309).

Zona de praticagem (ZP), segundo a mesma doutrinadora, vem a ser: "*(...) a área geográfica delimitada pelo representante nacional da autoridade marítima, dentro da qual se realizam os serviços de praticagem*" (ob. Cit. p. 310).

Ainda, segundo a ilustrada autora, no Brasil, **os navios são obrigados a contratar os serviços de praticagem para atracação e desatracação em todos os portos**, exceto nos casos de:

- I) Navio de guerra brasileiro;
- II) Se o comandante do navio mercante brasileiro possuir habilitação de prático para aquele porto (ob. Cit. p.p 310/311).

Resumem-se os procedimentos pertinentes aos serviços de praticagem, da seguinte maneira:

1 – na atracação: o Navio chega à área de fundeio do porto, o agente solicita o prático à estação atalaia, o prático toma a lancha, sobe a bordo e auxilia na manobra de atracação.

2- na desatracação: o prático sobe a bordo, auxilia na manobra de desatracação, toma a lancha e volta ao porto.

Hoc modo, a faina de praticagem engloba o pedido de prático via rádio à estação atalaia, o uso da lancha e o serviço do prático. Em resumo, a atalaia é a estação que serve a um único propósito: o de contato com o prático, para que realize as manobras a bordo das embarcações.

A escala de rodízio é oriunda da interpretação auferida das disposições da Seção 0217, da NORMAN 12, *in verbis*:

b) Nas Zonas de Praticagem onde existem duas ou mais **associações de praticagem, a escala de rodízio deverá ser elaborada pelo representante eleito/indicado das associações**, considerando suas peculiaridades, devendo a referida escala ser entregue com antecedência na CP/DL, para ser ratificada pelo Agente da Autoridade Marítima. O Prático responsável pelas atividades acima deverá ser escolhido entre todos os Práticos lotados na ZP, por consenso e, sua indicação, oficialmente informada ao Agente da Autoridade Marítima. Este deverá obedecer os critérios que atendam a manutenção da habilitação de todos os Práticos da ZP em todos os seus trechos, mantendo uma divisão, mais eqüânime possível das manobras, de acordo com o movimento de navios na ZP, o número efetivo de Práticos, e a formação dos Praticantes de Práticos da ZP.

Ocorre que, a manutenção de tal imposição afronta os princípios da livre concorrência, do livre exercício do trabalho e da liberdade de contratar tendo em vista que, vinculadas a tal dispositivo, as empresas de praticagem e seus práticos **não podem efetuar manobras a bordo dos navios pertencentes a armadores que queiram contratar livremente seus serviços, salvo por ocasião da manobra que lhe é imposta pela NORMAN 12 e, em consequência, pela ampla maioria das Capitânicas dos Portos, numa errônea interpretação do ordenamento jurídico em vigor.**

Importante ressaltar que a **NORMAN 12**, nem tampouco a **Lei 9.537/97** que regulamenta os serviços de praticagem e serve de fundamento àquela norma, proíbem a contratação de práticos por empresas, nem tampouco o livre exercício da atividade, nem lhes impõe qualquer obstáculo ao livre exercício de sua atividade comercial e profissional.

LEI Nº 9.537, DE 11 DE DEZEMBRO DE 1997. Dispõe sobre a segurança do tráfego aquaviário em águas sob jurisdição nacional e dá outras providências.

Art. 13. O serviço de praticagem será executado por práticos devidamente habilitados, individualmente, organizados em associações **ou contratados por empresas.**

.....
§ 3º **É assegurado a todo prático, na forma prevista no caput deste artigo, o livre exercício do serviço de praticagem.**

A Seção 0215 da NORMAN, cujo fundamento encontra-se na Lei 9.537/97 (LESTA), garante aos **usuários (tomadores do serviço de praticagem)** contratar livremente os serviços de praticagem, com quem quer que seja, *litteris*:

0215 - CONTRATADO POR EMPRESA

O exercício da praticagem poderá ser realizado por Prático habilitado pelo Diretor de Portos e Costas, **contratado por empresa**, conforme previsto na Lei da Segurança do Tráfego Aquaviário.

É de se notar, que o impedimento ao livre exercício da profissão, obstaculizado pela imposição do rodízio, afeta a livre concorrência entre as empresas de praticagem, e provoca a falta de liberdade dos tomadores do serviço de contratar com quem lhe ofereça qualidade e preço módico.

A afronta aos princípios da livre concorrência e da liberdade de contratar é clara, na medida em que, impossibilitados de contratar com quem oferece o menor preço, o tomador do serviço se sujeita ao império da vontade do outro prestador já que o serviço é obrigatório em nossos portos (constituindo um monopólio nos lugares onde existe uma única empresa de praticagem).

Por outro lado, as diretrizes traçadas pela Lei 10.233/2001, são no sentido de promover a competitividade para a redução de custos, ampliar a competitividade do país no mercado internacional, reprimir fatos e ações que configurem ou possam configurar competição imperfeita, garantir a modicidade nos preços e tarifas e fomentar a competição entre os operadores (artigos 5.º, III, art. 12, VII, art. 20 a e b e art. 27, inc. IV todos da lei em referência).

De se notar que a NORMAN, ao criar obstáculo a princípios e normas que a Constituição e a LESTA não impõem, cria uma antinomia que, à luz do ordenamento jurídico, resolve-se pelo princípio da hierarquia das leis.

Para um melhor esclarecimento, as NORMANS são espécies de portarias baixadas pela Diretoria de Portos e Costas da Marinha do Brasil (DPC), visando à regulamentação de diversas atividades ligadas à navegação, entre elas os serviços de praticagem.

Nela não consta nenhuma restrição à contratação de práticos por parte de empresas de navegação, ao contrário, como restou demonstrado, existe tanto o permissivo legal inserto na Lei 9.537/97 que fundamenta a emissão das NORMANS, como na própria norma regulamentadora dos serviços de praticagem, a NORMAN 12.

A visão unitária do direito cega o intérprete. Relacionar os diversos ramos da ciência jurídica, colocá-los em choque uns contra os outros é necessário sempre, sob pena de criarmos uma ciência estática, sem inovações, logo, sem melhorias. Inclusive, a prática impõe ao jurista inovar, criar soluções novas para problemas antigos ou usar soluções antigas para problemas novos.

Goffredo Telles Júnior bem salienta a natureza universal do direito: *“Embora cada matéria tenha seu objeto específico, todas elas se relacionam pelos seus primeiros princípios, pelos seus fundamentos, pelos últimos fins. Elas são ramos múltiplos de uma só árvore: da árvore da Ciência do Direito. Em verdade, podemos até dizer que, durante todo o multifário curso da Faculdade de Direito, o de que se estará sempre cuidando é da Disciplina da Convivência Humana.”*

Destarte, cabe exclusivamente ao jurista colher de um ramo do direito os institutos hábeis a solucionar problemas de outro ramo, nada importando se é utilizado conceito de direito público no direito privado ou vice e versa. Basta adaptar o conceito para adequá-lo ao ramo no qual será inserido.

DA SUPREMACIA CONSTITUCIONAL

O sistema jurídico é constituído por um conjunto de normas, em que as partes se harmonizam com o todo e o todo com as partes, formando um conjunto único e harmônico.

Como é cediço, as normas do ordenamento jurídico formam uma estrutura totalizadora, sendo o todo considerado como unidade, por sintetizarem-se nele os conceitos de unidade e pluralidade.

Por outro lado, a Constituição é uma "norma" que se distingue das demais, é a norma inicial do sistema jurídico, dela derivam as demais; é também, a regra suprema onde todas as outras encontram seu fundamento de validade, devendo as mesmas, serem interpretadas à luz do comando constitucional existente.

É remansosa a doutrina pátria, no tocante a supremacia da Constituição Federal sobre as demais leis do ordenamento jurídico e neste sentido, vale citar o insigne jurista José Afonso da Silva, em sua obra Curso de Direito Constitucional Positivo, *in litteris*:

"Nossa Constituição é rígida. Em consequência, é a lei fundamental e suprema do Estado brasileiro. Toda autoridade só nela encontra fundamento e só ela confere poderes e competências governamentais. Nem o governo federal, nem os governos dos Estados, nem os dos Municípios ou do Distrito Federal são soberanos, porque todos são limitados, expressa ou implicitamente, pelas normas positivas daquela lei fundamental. Exercem suas atribuições nos termos nela estabelecidos. Por outro lado, todas as normas que integram a ordenação jurídica nacional só serão válidas se se conformarem com as normas da Constituição federal" (Obra citada, Malheiros Editores, São Paulo, 1993, 9a. Edição, p.47).

"O princípio da supremacia requer que todas as situações jurídicas se conformem com os princípios e preceitos da Constituição" (Ob.cit.p.48)

"Inconstitucionalidade por ação ocorre com a produção de atos legislativos ou administrativos que contrariem normas ou princípios da constituição. O fundamento dessa inconstitucionalidade está no fato de que do princípio da supremacia da constituição resulta o da compatibilidade vertical das normas da ordenação jurídica de um país, no sentido de que as normas de grau inferior somente valerão se forem compatíveis com as normas de grau superior, que é a constituição. As que não forem compatíveis com ela são inválidas, pois a incompatibilidade vertical resolve-se em favor das normas de grau mais elevado, que funcionam como fundamento de validade das inferiores. Essa incompatibilidade vertical de normas inferiores (leis, decretos etc.) com a constituição é o que, tecnicamente, se chama inconstitucionalidade das leis ou dos atos do poder público, e que se manifesta sob dois aspectos: a) (...); b) **materialmente, quando o conteúdo de tais leis ou atos contraria preceito ou princípio da constituição**". Essa incompatibilidade não pode perdurar, porque contrasta com o princípio da coerência e da harmonia das normas do ordenamento jurídico, entendido, por isso mesmo, *como reunião de normas vinculadas entre si por uma fundamentação unitária*" (Ob.cit. p.48).

Por afronta aos princípios constitucionais adiante consignados, a exigência da participação na "escala de rodízio obrigatória", manifesta-se na forma de inconstitucionalidade material, posto que, contraria preceitos e princípios contidos na Carta Magna. A incompatibilidade entre o dispositivo legal (Seção 0216 e 0217 da NORMAN 12) e a CF/88, não pode perdurar sob pena de infringência aos princípios da coerência e da harmonia do ordenamento jurídico; não bastasse o conflito gritante com a Lei 9.537/97, já sobejamente demonstrado.

Nos dizeres de Yoshiaki Ichihara, magistrado e professor de direito paulista, toda norma tem que encontrar fundamento numa que lhe é hierarquicamente superior. Senão vejamos:

"Toda norma que contrariar ou não se fundamentar em uma norma hierarquicamente superior, será sempre inválida". (ICHIHARA, Yoshiaki. Direito tributário. 6a. Edição. São Paulo. Editora Atlas. 1994).

Na sábia observação dos doutrinadores, todos exercem suas funções dentro dos parâmetros limitadores das normas constitucionais. As limitações servem precipuamente ao princípio da segurança jurídica, sem o que, estabelecer-se-ia o caos com a invasão dos diversos agentes na esfera de competência uns dos outros.

Resta evidente, à vista do direito que, normas impeditivas do livre exercício da profissão, da liberdade de contratar, do livre exercício de atividade econômica e da livre concorrência, além de abusivas, ferem frontalmente o ordenamento jurídico em vigor, notadamente os dispositivos legais abaixo elencados, *verba legis*:

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

.....
IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

.....
II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

.....
Nos termos do art. 5º, II, "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei".

Aí não se diz "em virtude de" decreto, regulamento, resolução, portaria ou quejandos. Diz-se "em virtude de lei". Logo, a Administração não poderá proibir ou impor comportamento algum a terceiro, salvo se estiver previamente embasada em determinada lei que lhe faculte proibir ou impor algo a quem quer que seja. Vale dizer, não lhe é possível expedir regulamento, instrução, resolução, portaria ou seja lá que ato for para coar a liberdade dos administrados, salvo se em lei já existir delineada a contenção ou imposição que o ato administrativo venha a minudenciar". (Celso Antônio Bandeira de Melo, Curso de Direito Administrativo, Malheiros, 13ª ed, p. 74).

Os regulamentos são atos normativos estritamente subordinados e dependentes de lei em sentido formal. Em razão disso, não constituem veículos habilitados para criar, modificar ou extinguir direitos ou obrigações.

As limitações inerentes ao poder regulamentar encontram-se expostas de forma bastante clara nas lições clássicas de Pontes de Miranda, de modo que não restam dúvidas acerca de sua total subordinação aos ditames legais: "Se o regulamento cria direitos ou obrigações novas, estranhos à lei, ou faz reviver direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações ou exceções, que a lei apagou, é inconstitucional. Por exemplo: se faz exemplificativo o que é taxativo, ou vice-versa. Tampouco pode ele limitar, ou ampliar direitos, deveres, pretensões, obrigações ou exceções à proibição, salvo se estão implícitas. Nem ordenar o que a lei não ordena (...). Nenhum princípio novo, ou diferente de direito material se lhe pode introduzir. Em consequência disso, não fixa nem diminui, nem eleva vencimentos, nem institui penas, emolumentos, taxas ou isenções. Vale dentro da lei; fora da lei que se reporta, ou das outras leis, não vale. (...) Sempre que no regulamento se insere o que se afasta, para mais ou para menos da lei, é nulo, por ser contrária à lei a regra jurídica que se tentou embutir no sistema jurídico". (Comentários à Constituição de 1967 com a emenda n.º 1, de 19169. 2. Ed. São Paulo: RT, t. III, 1970, p. 316)

XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

.....
*Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de **legalidade**, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:*

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

.....
IV - livre concorrência:

.....
Parágrafo único. **É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.**

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

.....
§ 4º - **A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.**

Como se denota dos dispositivos retroelencados, a Carta Magna assegura, sobremaneira, o **livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.**

As qualificações profissionais em relação aos práticos são reconhecidas pela Diretoria de Portos e Costas. Portanto, não deve existir outro obstáculo que não o da qualificação, ao livre exercício de sua atividade profissional.

Assevera a Carta Política que, a todos é facultado o livre exercício de qualquer atividade econômica (...). A Lex Legum é bastante clara ao afirmar tal preceito e, onde ela não excepciona, não pode fazê-lo a legislação infraconstitucional, notadamente portarias (NORMAN 12) de caráter nitidamente inferiores à Carta Política e à lei ordinária.

Da mesma forma, a Lei 9.537/97, em seu artigo 13, § 3.º, assegura ao prático, o **livre exercício do serviço de praticagem, verba legis:**

LEI Nº 9.537, DE 11 DE DEZEMBRO DE 1997. Dispõe sobre a segurança do tráfego aquaviário em águas sob jurisdição nacional e dá outras providências.

Art. 13. **O serviço de praticagem será executado por práticos devidamente habilitados, individualmente, organizados em associações ou contratados por empresas.**

.....
§ 3º **É assegurado a todo prático, na forma prevista no caput deste artigo, o livre exercício do serviço de praticagem.**

.....
Art. 15. O prático não pode recusar-se à prestação do serviço de praticagem, sob pena de suspensão do certificado de habilitação ou, em caso de reincidência, cancelamento deste.

Hoc modo, deduz-se de forma absolutamente clara, irreprochável e insofismável que os serviços de praticagem não estão sujeitos a limitações oriundas de normas infralegais (NORMAN 12) que afrontam o espírito da lei 9.537/97 (art. 13 § 3.º) e da Constituição Federal.

Desta maneira, a interpretação errônea dada pelas Capitania dos Portos no país, às normas do ordenamento jurídico, vinculando os práticos e suas empresas à realização de manobras controladas e realizadas por um departamento de uma empresa privada, não devem e não podem prevalecer contra as disposições da Constituição (princípios da livre concorrência, livre exercício da profissão, livre iniciativa e livre exercício da atividade comercial), de lei federal (Lei 9.537/97) e da própria NORMAN que, ao contrário da interpretação confusa da Autoridade marítima (DPC e Capitania), não restringe o exercício da profissão dos práticos contratados por empresas, como no caso, ***verbis:***

0215 - CONTRATADO POR EMPRESA

O exercício da praticagem poderá ser realizado por Prático habilitado pelo Diretor de Portos e Costas, contratado por empresa, conforme previsto na Lei da Segurança do Tráfego Aquaviário.

Não bastasse, somente a título de argumentação, se a NORMAN (portaria emanada de Órgão Público, de segundo escalão) fizesse alguma restrição ao livre exercício do serviço efetuado pelas empresas de praticagem e seus práticos, ainda assim, não poderia prevalecer sobre **LEIS e a própria Constituição** que lhe são superiores.

Tal fato foi bem notado pelo **TRIBUNAL REGIONAL DA 4.^a REGIÃO**. Em caso análogo ao do presente artigo, concernente ao livre exercício do serviço de praticagem em contraste com portaria que lhe obstava a livre realização, assim decidiu:

Acórdão Origem: **TRIBUNAL - QUARTA REGIÃO**

Classe: **AC - APELAÇÃO CIVEL**

Processo: **200204010139214 UF: SC Órgão Julgador: QUARTA TURMA**

Data da decisão: **09/07/2008 Documento: TRF400169979 - Fonte D.E. 01/09/2008**

Relator(a) **MARGA INGE BARTH TESSLER**

Ementa ADMINISTRATIVO. EXERCÍCIO DA PRATICAGEM. LEI Nº 9.537/1997. PORTARIA Nº 50/1998 DA DIRETORIA DE PORTOS E COSTAS DO MINISTÉRIO DA MARINHA. INAPLICABILIDADE.

1. A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XIII, preconiza que é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer. Ora, se é a própria Constituição que prescreve que somente lei pode regulamentar ou delimitar a atividade profissional, é a lei que deverá ser observada, não as portarias que pretenderam esmiuçá-la, mormente porque acabaram restringindo direitos. Portanto, o item 602, alínea 'b' das Normas da Autoridade Marítima para o Serviço de Praticagem - NORMAN 12, aprovadas pela Portaria nº 28/1998 do Diretor de Portos e Costas, está em contradição com a lei, ou, pelo menos, impõe limitação não prevista pela lei, não devendo, por isso mesmo, ser aplicado.

2. Pelo que se extrai da mera interpretação literal e sistemática dos dispositivos legais da Lei nº 9.537/1997, nenhum deles limitou o exercício da atividade de praticagem a uma zona apenas. Pelo contrário, afirmou que o exercício da praticagem é livre, devendo apenas cumprir as exigências da lei. Então, sendo o exercício da praticagem livre, poderá ser exercido em mais de uma zona, desde que o profissional esteja devidamente regulamentado. Ademais, cabe sublinhar que as penalidades aventadas na lei em exame somente poderão ser aplicadas mediante procedimento administrativo que assegure o contraditório e a ampla defesa, o que não foi cumprido no caso em tela.

3. Os efeitos da Portaria nº 50/1998, da Diretoria de Portos e Costas do Ministério da Marinha, devem ser afastados em relação ao autor, permitindo-lhe a continuidade do exercício profissional também perante o Porto de Imbituba/SC.

Data Publicação 01/09/2008 - Referência Legislativa LEG-FED LEI-9537 ANO-1997 ART-3 ART-4 INC-1 INC-2 ART-13 ART-14)

A escorreita interpretação dada pelo TRF da 4.^a Região, aos ditames do ordenamento jurídico, também encontram eco na doutrina, vejamos:

"Nos termos do art. 5º, II, "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei". Aí não se diz "em virtude de" decreto, regulamento, resolução, portaria ou quejandos. Diz-se "em virtude de lei". Logo, a Administração não poderá proibir ou impor comportamento algum a terceiro, salvo se estiver previamente embasada em determinada lei que lhe faculte proibir ou impor algo a quem quer que seja. Vale dizer, não lhe é possível expedir regulamento, instrução, resolução, portaria ou seja lá que ato for para coatar a liberdade dos administrados, salvo se em lei já existir delineada a contenção ou imposição que o ato administrativo venha a minudenciar". (Celso Antônio Bandeira de Melo, Curso de Direito Administrativo, Malheiros, 13ª ed, p. 74)".

As limitações inerentes ao poder regulamentar encontram-se expostas de forma bastante clara nas lições clássicas de Pontes de Miranda, de modo que não restam dúvidas acerca de sua total subordinação aos ditames legais: "Se o regulamento cria direitos ou obrigações novas, estranhos à lei, ou faz reviver direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações ou exceções, que

a lei apagou, é inconstitucional. Por exemplo: se faz exemplificativo o que é taxativo, ou vice-versa. Tampouco pode ele limitar, ou ampliar direitos, deveres, pretensões, obrigações ou exceções à proibição, salvo se estão implícitas. Nem ordenar o que a lei não ordena (...). Nenhum princípio novo, ou diferente de direito material se lhe pode introduzir. Em consequência disso, não fixa nem diminui, nem eleva vencimentos, nem institui penas, emolumentos, taxas ou isenções. Vale dentro da lei; fora da lei que se reporta, ou das outras leis, não vale. (...) Sempre que no regulamento se insere o que se afasta, para mais ou para menos da lei, é nulo, por ser contrária à lei a regra jurídica que se tentou embutir no sistema jurídico". (Comentários à Constituição de 1967 com a emenda n.º 1, de 19169. 2. Ed. São Paulo: RT, t. III, 1970, p. 316)

Se não bastassem as diretrizes traçadas que emanam do ordenamento jurídico no tocante ao livre exercício da profissão, a imposição da escala de rodízio vulnera **o princípio da autonomia da vontade** e, em decorrência, três princípios, a ele estreitamente ligados, a saber: a) **a liberdade contratual**, através da qual se preconiza que as partes são livres para contratar ou não fazê-lo; b) **a força obrigatória do contrato**, segundo a qual as partes devem respeitar os ajustes por elas firmados; c) **o efeito relativo do contrato**, vinculando exclusivamente os contratantes ao que tenha sido objeto do pacto.

A liberdade contratual depende conceitualmente da chamada autonomia privada, ou autonomia da vontade, a qual, por sua vez, é o reflexo da liberdade econômica¹.

A liberdade contratual se expressa através de uma tripla faculdade: a) contratar ou não contratar; b) escolher livremente seu co-contratante; c) estabelecer livremente o conteúdo do contrato.

A liberdade de contratar é reconhecida no Novo Código Civil Brasileiro (art. 421).

Em princípio, portanto, e ressalvadas as exceções cada vez mais freqüentes, o ato de contratar, a escolha do respectivo parceiro e o estabelecimento do conteúdo do contrato sujeitam-se à vontade dos contratantes, os quais poderão estabelecer novos tipos contratuais, além dos já existentes, desde que observadas as normas gerais legalmente prescritas (NCCB, art. 425), é o que se infere do Código Civil Brasileiro, *verba legis*:

LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002, Institui o Código Civil.

Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Art. 425. É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código.

Portanto, a NORMAN 12 (portaria de nível hierárquico inferior), ao impingir obrigações que a lei não impõe, fere, além dos princípios da livre iniciativa, livre concorrência, livre exercício da profissão e da liberdade de exercer atividade econômica o princípio da liberdade de contratar que emana do Código Civil Pátrio na medida em que, as empresas e/ou práticos, (impossibilitados de honrar as obrigações contratualmente assumidas com os armadores que lhe contratam os serviços), em decorrência da proibição que lhe é imposta, não poderão exercer em plenitude, o princípio da liberdade contratual e as obrigações impostas pelos contratantes.

Restou evidenciado, de forma inequívoca, que na legislação regente da espécie, nenhuma restrição é colocada ao livre exercício da atividade de praticagem e, onde a Constituição e a Lei não restringem, não pode fazê-lo a Autoridade Pública dando uma interpretação diversa daquela que consta nas leis de grau hierárquico superior às portarias que regulamentam determinada atividade.

O livre exercício da profissão de prático não encontra qualquer obstáculo por parte da lei. "**A lei só os atos nocivos à sociedade pode proibir. Tudo que a lei não veda não pode ser impedido e ninguém pode ser obrigado a fazer o que ela não ordena** (Art. 5.º da Declaração de 1789 da Revolução Francesa)". Além do mais, a liberdade de contratar é intrínseca aos ordenamentos jurídicos dos países capitalistas e democráticos.

¹ Cf. MESSINEO, Francesco. Il Contratto in Genere. In: MESSINEO, Francesco; CICU, Antonio (dir.). **Trattato di Diritto Civile e Commerciale – vol. XXI, tomo I**. Milão: Giuffrè, 1968, p. 42-43. Para VARELA, João de Matos Antunes. **Das Obrigações em geral – vol. I**. 9 ed. Coimbra: Almedina, 1996, p. 243-244: "A liberdade contratual é um corolário da autonomia privada, concebida como o poder que os particulares têm de fixar, por si próprios (*auto...*), a disciplina (*nomos*) juridicamente vinculativa de seus interesses".

Como bem observou o advogado da União e Consultor, Pedro Duarte Neto em artigo de sua lavra publicado em Temas Atuais de Direito do Comércio Internacional, Vol. I, Ed. OAB-SC, p. 183, hoje cabe somente à Autoridade Marítima, zelar pelos aspectos pertinentes à segurança e não no tocante aos aspectos comerciais dos serviços de praticagem:

*"A vertente comercial da Praticagem começou a mudar com a Constituição de 1988 que, no seu artigo 170, preconiza a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa. **Foi entendimento da Marinha naquela ocasião que deveria ser mantido o controle da Praticagem no que se refere à Segurança da Navegação, isto é, visando à qualificação técnica do prático, (...)**".*

De se notar que, tão somente o aspecto que toca à segurança da navegação, é da alçada da Autoridade Marítima. O aspecto comercial da praticagem está subordinado aos demais ditames do ordenamento jurídico em vigor de ordem pública e privada, já amplamente discutidos ao longo deste texto.

Desta forma, entendemos que, à luz do ordenamento jurídico, qualquer impedimento à liberdade de contratar e ao livre exercício da profissão e da atividade comercial deve ser de pronto obliterado por provimento judicial que prestigie a lei.

Se o sistema de Atalaia e indicação do prático pela Atalaia não está contemplado na lei, não pode ser protegido como se fosse amparado pela lei.

O que a lei (ou regulamento) estabelece é que o navio deve ter um prático para entrar e atracar, e depois desatracar e sair.

Portanto, qualquer prático habilitado pela Autoridade Marítima poderá fazê-lo. Não cabe à Autoridade Marítima determinar que tal prático seja indicado por uma associação local e não escolhido pelo usuário-armador.

A legislação permite que os práticos se organizem em associações ou companhias, mas não dá a tais organizações, isoladamente ou em convênio de atendimento coletivo (o caso da Atalaia), qualquer direito ou privilégio para organizar e oferecer o atendimento. O armador pode se servir da Atalaia ou não. Não se trata de um organismo do Poder Público, o Armador obriga-se a chamar e usar um prático habilitado pela Autoridade Marítima para prestar o serviço de praticagem ao seu navio naquela área ou porto.

Prestigiando o ordenamento jurídico pátrio, O Sr. Capitão dos Portos da Amazônia Ocidental (CPAOC), baixou a Portaria n.º 34/CPAOC, de 29 de maio de 2009, onde se lê textualmente na p. 4: **"(...), por ocasião das solicitações de serviço de praticagem, o tomador de serviço poderá escolher a associação que desejar, independentemente da vez na escala."** (Portaria N.º 34/CPAOC, de 29/05/2009, da Capitania dos Portos da Amazônia Ocidental - doc. 11)).

Esta é a melhor interpretação que deve ser dada ao ordenamento jurídico em vigor, tendo surgido em decorrência de problemas que surgiram naquela zona de praticagem.

Não soa razoável que as demais Capitánias, subordinadas ao mesmo Órgão (Comando da Marinha), e aos ditames que emanam da lei, ajam de forma diferente, visando à manutenção do *status quo* que mantém o monopólio dos serviços, com todas as mazelas que lhe são inerentes. Por este motivo, qualquer atitude das Capitánias no tocante ao cerceamento do livre exercício da profissão dos práticos, da liberdade de contratar entre outros direitos sobejamente enumerados, merece a devida reprimenda por parte do Poder Judiciário, a quem cabe o cumprimento efetivo da lei.

É de lembrar, que autoridade pública esta adstrita aos ditames da lei, na forma disposta no princípio da legalidade que, para Caio Tácito, estabelece-se como fundamento de direitos individuais e, por natural desdobramento, de direitos políticos da representação popular na constituição dos poderes, reprime o absolutismo do Poder estatal e condiciona a atividade da Administração Pública (TÁCITO, Caio. O Princípio de Legalidade: ponto e contraponto. Revista de Direito Administrativo, São Paulo: FGV, outubro - dezembro 1996, n.º 206. p. 2.).

Caio Tácito, enuncia:

"A doutrina, jurisprudência e a própria lei, conceituam como desdobramento necessário do princípio de legalidade, que a ação administrativa discricionária deve pautar-se pelo requisito essencial da finalidade como condicionante da competência da autoridade pública".

O Conselho de Estado da França, em sua jurisprudência, construiu a noção do "détournement de pouvoir", sendo o vício essencial da legalidade do ato administrativo, **é pôr um limite à ação discricionária, impedindo que a ação unilateral e compulsória da autoridade possa dedicar-se à consecução de um fim de interesse privado, ou mesmo de outro fim público estranho à previsão legal.**

Esclarece-se o sentido da administração legal, conforme disciplina Fritz Fleiner, do direito alemão: **"A administração legal significa, administração posta em movimento pela lei e exercida nos limites de suas disposições"** (FLEINER, Fritz. Príncipes Généraux du Droit Administratif Allemand, 1933, p. 87).

No âmbito doutrinário nacional, o Prof. Hely Lopes Meirelles ensina que: **"A legalidade, como princípio de administração, significa que o administrador público está, em toda sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei, e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se à responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso (MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: RT, 1996, p. 82).**

Para o Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello, o princípio da legalidade é o princípio capital para a configuração do regime jurídico-administrativo. Enuncia ainda que:

"O princípio da legalidade é o da completa submissão da Administração às leis. Esta deve tão-somente obedecê-las, cumpri-las, pô-las em prática. Daí que a atividade de todos os seus agentes, desde o que ocupa a cúspide até o mais modesto dos servidores, só pode ser a de dóceis, reverentes, obsequiosos cumpridores das disposições gerais fixadas pelo Poder Legislativo, pois esta é a posição que lhes compete no direito brasileiro". (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 57.).

O princípio da legalidade é, enfim, em seus sucessivos desdobramentos, o autêntico lema da Revolução Francesa, que se traduz na tríplice afirmação dos princípios da liberdade, igualdade e fraternidade. Permite ao administrado, no seguimento do processo administrativo, a certeza de que a Administração tem seus atos a serem efetivados, seus procedimentos administrativos e suas decisões restritas à nova legis.

Por último, ainda no tocante ao controle dos atos administrativos, invocamos a lição do imortal, Hely Lopes Meirelles:

*"Os atos sujeitos a controle judicial comum são os administrativos em geral. No nosso sistema de jurisdição judicial única, consagrado pelo preceito constitucional de que não se pode excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito, individual ou coletivo [art. 5.º, XXXV], a justiça ordinária tem a faculdade de julgar todo ato de administração por agente de qualquer órgão ou Poderes de Estado. Sua limitação é apenas quanto ao objeto do controle, que há de ser unicamente a legalidade, (...). A legalidade do ato administrativo é a condição primeira para sua validade e eficácia. **Nos Estados de Direito, como o nosso, não há lugar para o arbítrio, a prepotência, o abuso de poder. A Administração Pública está tão sujeita ao império da lei como qualquer particular, porque o Direito é a medida-padrão pela qual se aferem os poderes do Estado e os direitos do cidadão. Todo ato administrativo, de qualquer autoridade ou Poder, para ser legítimo e operante, há de ser praticado em conformidade com a norma legal pertinente (princípio da legalidade), (...). Faltando, contrariando ou desviando-se desses princípios básicos, a Administração Pública vicia o ato, expondo-o a anulação por ela mesma ou pelo Poder Judiciário, se requerida pelo interessado**(Hely Lopes Meireles *In*, Direito Administrativo Brasileiro, 20ª. Edição, Malheiros Editores, São Paulo, 1995, pp. 606).*

No mesmo diapasão, assim se posiciona a jurisprudência pátria:

"[...] se o ato administrativo transbordou o limite da necessidade, sendo mais intenso ou extenso do que a finalidade normativa, há mister anulá-lo ou, quando possível, escoimá-lo de seus eventuais excessos, para que se conforme ao verdadeiro escopo da norma legal." [TJ-AC - Ac. 866 da Câ. Cív. julg. em 18-9-96 - MS 505-Capital - Relª Desª Miracele Lopes - Adv.: Ruy Alberto Duarte; in ADCOAS 8151757]

Hoc modo, amparados nos ditames que emanam da legislação, com o conseqüente prestígio dos dispositivos legais elencados e os princípios constitucionais da livre concorrência, do livre exercício de atividades econômicas, do livre exercício das profissões, desvinculados da ingerência indevida e muitas vezes ilegal da Autoridade Marítima, em decorrência da derrogação de muitas partes da NORMAN 12 em face de lei superveniente, com um pouco de boa vontade e coragem política, poderíamos minimizar parte do chamado "custo Brasil", com a diminuição dos preços pertinentes aos serviços de praticagem.

Promare Advocacia e Consultoria
promare@promare.adv.br

Advogado em Fortaleza (CE) – Especialista em Direito Marítimo, Aduaneiro e Portuário. (www.promare.adv.br)

Conselho Editorial da coluna Direito Marítimo, Portuário, Aduaneiro, Logística e Comércio Exterior