



AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS

Nota Técnica nº 5/2022/GRM/SRG

Assunto: **Lei nº 14.301/2022 - BR do Mar.**

1. DA INTRODUÇÃO

- 1.1. Trata-se de análise e manifestação a respeito dos critérios consignados no art. 14 da Lei nº 14.301/2022, que institui o Programa de Estímulo ao Transporte por Cabotagem (BR do Mar), bem como o prazo estipulado para que a ANTAQ atenda aos comandos do referido artigo.
- 1.2. A presente Nota atende à ordem de serviço nº 01/2022/GRM/SRG (SEI 1511926).

2. DA CONTEXTUALIZAÇÃO

- 2.1. A referida ordem de serviço solicita que se analise a Lei nº 14.301/2022(SEI 1520858) em particular o art. 14, no intuito de implementar as demandas encaminhadas para a ANTAQ no prazo solicitado.
- 2.2. O art. 14 afirma que:
 14. Para fins do disposto nesta Lei, a Antaq definirá, no prazo de 90 (noventa) dias, contado da data de entrada em vigor desta Lei, os critérios para enquadramento da embarcação como:
 - I – efetivamente operante; e
 - II – pertencente a um mesmo grupo econômico.

3. DA COMPETÊNCIA DA ANTAQ

- 3.1. Frente a determinação expressa no art. 14 da Lei nº 14.301/2022, cumpre observar que essa incumbência vai ao encontro dos objetivos gerais desta Agência estabelecidos na Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, que dispõe sobre a reestruturação do transporte aquaviário e terrestre e criou a

ANTT e a ANTAQ, *in verbis*:

Art. 20. São objetivos das Agências Nacionais de Regulação dos Transportes Terrestre e Aquaviário:

I - implementar, nas respectivas esferas de atuação, as políticas formuladas pelo Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, pelo Ministério dos Transportes e pela Secretaria de Portos da Presidência da República, nas respectivas áreas de competência, segundo os princípios e diretrizes estabelecidos nesta Lei; (Redação dada pela Lei nº 12.815, de 2013)

II – regular ou supervisionar, em suas respectivas esferas e atribuições, as atividades de prestação de serviços e de exploração da infra-estrutura (sic) de transportes, exercidas por terceiros, com vistas a:

a) garantir a movimentação de pessoas e bens, em cumprimento a padrões de eficiência, segurança, conforto, regularidade, pontualidade e modicidade nos fretes e tarifas;

b) harmonizar, preservado o interesse público, os objetivos dos usuários, das empresas concessionárias, permissionárias, autorizadas e arrendatárias, e de entidades delegadas, arbitrando conflitos de interesses e impedindo situações que configurem competição imperfeita ou infração da ordem econômica.

3.2. A mesma Lei também elenca em seu art. 27 as atribuições afetas a esta autarquia, *in verbis*:

Art. 27. Cabe à ANTAQ, em sua esfera de atuação:

(...)

IV – elaborar e editar normas e regulamentos relativos à prestação de serviços de transporte e à exploração da infra-estrutura aquaviária e portuária, garantindo isonomia no seu acesso e uso, assegurando os direitos dos usuários e fomentando a competição entre os operadores;

3.3. Em resumo, pode-se afirmar que o objetivo da ANTAQ é implementar as políticas públicas setoriais e garantir a prestação do serviço adequado, harmonizando os interesses dos agentes de mercado e impedindo situações que configurem competição imperfeita ou infração a ordem econômica.

3.4. E para alcançar esses objetivos, a referida Lei no art. 11 estabelece os princípios gerais a serem respeitados:

Art. 11. O gerenciamento da infra-estrutura e a operação dos transportes aquaviário e terrestre serão regidos pelos seguintes princípios gerais:

I – preservar o interesse nacional e promover o desenvolvimento econômico e social;

II – assegurar a unidade nacional e a integração regional;

III – proteger os interesses dos usuários quanto à qualidade e oferta de serviços de transporte e dos consumidores finais quanto à incidência dos fretes nos preços dos produtos transportados;

IV – assegurar, sempre que possível, que os usuários paguem pelos custos dos serviços prestados em regime de eficiência;

V – compatibilizar os transportes com a preservação do meio ambiente, reduzindo os níveis de poluição sonora e de contaminação atmosférica, do solo e dos recursos hídricos;

VI – promover a conservação de energia, por meio da redução do consumo de combustíveis automotivos;

VII – reduzir os danos sociais e econômicos decorrentes dos congestionamentos de tráfego;

VIII – assegurar aos usuários liberdade de escolha da forma de locomoção e dos meios de transporte mais adequados às suas necessidades;

IX – estabelecer prioridade para o deslocamento de pedestres e o transporte coletivo de passageiros, em sua superposição com o transporte individual, particularmente nos centros urbanos;

X – promover a integração física e operacional do Sistema Nacional de Viação com os sistemas viários dos países limítrofes;

XI – ampliar a competitividade do País no mercado internacional;

XII – estimular a pesquisa e o desenvolvimento de tecnologias aplicáveis ao setor de transportes.

3.5. Logo, a Lei de criação desta Casa Reguladora traz os elementos necessários para fundamentar a realização da presente regulamentação. Esse entendimento é reforçado em dispositivos do Decreto nº 4.122/2002:

Art. 2º A ANTAQ tem por finalidade:

I - implementar, em sua esfera de atuação, as políticas formuladas pelo Ministério dos Transportes e pelo Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte - CONIT, segundo os princípios e as diretrizes estabelecidos na [Lei nº 10.233, de 2001](#); e

II - regular, supervisionar e fiscalizar as atividades de prestação de serviços de transporte aquaviário e de exploração da infra-estrutura portuária e aquaviária, exercidas por terceiros, com vistas a:

a) garantir a movimentação de pessoas e bens, em cumprimento a padrões de eficiência, segurança, conforto, regularidade, pontualidade e modicidade nos fretes e tarifas;

b) harmonizar os interesses dos usuários com os das empresas concessionárias, permissionárias, autorizadas e arrendatárias, e de entidades delegadas, preservado o interesse público; e

c) arbitrar conflitos de interesses e impedir situações que configurem competição imperfeita ou infração contra a ordem econômica.

Art. 3º À ANTAQ compete, em sua esfera de atuação, adotar as medidas necessárias ao atendimento do interesse público e ao desenvolvimento das atividades portuária e de transporte aquaviário e, em especial:

...

IV - exercer o poder normativo relativamente à prestação de serviços de transporte e à exploração da infra-estrutura aquaviária e portuária, garantindo isonomia no seu acesso e uso, assegurando os direitos dos usuários, fomentando a competição entre os operadores e intensificando o aproveitamento da infra-estrutura existente;

3.6. Em suma, a legislação concede a Agência a competência para regulamentar os temas abordados no referido art. 14 da Lei nº 14.301/2022.

4. DOS OBJETIVOS

4.1. Em linhas gerais, o objetivo primordial desta Nota Técnica é subsidiar a tomada de decisão superior no que se refere a demanda expressa no art. 14 da Lei nº 14.301/2022. Isto é, almeja-se ao fim da presente análise apresentar para apreciação conceitos de embarcações efetivamente operantes e do mesmo grupo econômico.

4.2. Nesse sentido é importante destacar há existência de objetivos específicos referentes aos respectivos conceitos. No que se refere as embarcações operantes, deseja-se garantir: a) a segurança jurídica; b) a isonomia entre as diversas empresas habilitadas ou não ao programa BR do MAR, e c) que o lastro de tonelagem de fato seja concedido a partir de embarcações que estejam realizando o serviço de transporte aquaviário.

4.3. Tratando-se da conceituação de grupo econômico, o objetivo é evitar que entrada de novas embarcações estrangeiras no mercado (afretamento por tempo e a casco nu) afetem negativamente a estrutura concorrencial do mercado.

4.4. Acredita-se que estes objetivos estão alinhados às políticas públicas definidas para o setor, bem como estão relacionados à missão e aos objetivos estratégicos da ANTAQ.

5. DOS PROBLEMAS REGULATÓRIOS

5.1. Permeia a demanda proveniente do supracitado art. 14 problemas regulatórios que devem ser identificados, de modo tal que a conceituação a ser adotada possa solucioná-los ou ao menos mitigá-los em prol da harmonização do mercado e a devida execução da nova política pública. Deste modo, para facilitar a exposição, divide-se esta seção em duas subseções, uma que discorre sobre o conceito de embarcações efetivamente operantes e outra que aborda a temática dos grupos econômicos.

5.1) Embarcação efetivamente operante

5.2. Além do supracitado art. 14, no qual se demanda a ANTAQ a exigência de definição do conceito de embarcação efetivamente operante, este encontra-se presente nos seguintes artigos da Lei nº 14.301/2022:

Art. 5º A empresa habilitada no BR do Mar poderá afretar por tempo embarcações de sua subsidiária integral estrangeira ou de subsidiária integral estrangeira de outra empresa brasileira de navegação para operar a navegação de cabotagem, desde que essas embarcações estejam:

...

§ 1º O afretamento de que trata o caput deste artigo poderá ser realizado nas seguintes hipóteses:

I - ampliação da tonelagem de porte bruto das embarcações próprias efetivamente operantes, registradas em nome do grupo econômico a que pertença a empresa afretadora, de acordo com a proporção a ser definida em ato do Poder Executivo federal.

...

IV - atendimento exclusivo de contratos de transporte de longo prazo, nos termos dispostos em ato do Poder Executivo federal; e

...

Art. 7º Na hipótese prevista no inciso IV do § 1º do art. 5º desta Lei, o Ministério da Infraestrutura estabelecerá as cláusulas essenciais dos contratos de transporte de longo prazo.

§ 1º Ato do Poder Executivo federal poderá estabelecer a quantidade máxima de embarcações afretadas, como proporção em relação à tonelagem de porte bruto das embarcações efetivamente operantes que arvoem bandeira brasileira, sobre as quais empresa brasileira de navegação tenha domínio.

5.3. Percebe-se, assim, que a existência de embarcações efetivamente operantes permitirá as EBNs participantes do programa BR do MAR alavancar tonelagem em prol do afretamento de embarcações estrangeiras por tempo. Deste modo, a regulamentação deve evitar que as EBNs possuam embarcações não operantes em sua frota, somente com o objetivo de alavancar a tonelagem, este consiste no problema regulatório em questão. De igual modo, o objetivo da conceituação é fazer-la de modo tal que a possibilidade de ampliação da oferta de serviços de transporte aquaviário na cabotagem decorrente do benefício concedido pela BR do MAR seja aplicado somente as EBNs que realmente possuam embarcações próprias de bandeira brasileira operantes.

5.2) Embarcações do mesmo grupo econômico

5.4. Inicialmente cumpre destacar que a embarcação pertencer ao mesmo grupo econômico causa certa incompreensão, pois a embarcação está diretamente relacionada às empresas de navegação, e à estas últimas que interessa verificar a existência de grupo econômico.

5.5. Os objetivos da BR do MAR não consistem somente em elevar a quantidade de embarcações na cabotagem, mas também promover a competitividade no setor. Assim, pressupõe-se que para proporcionar concorrência saudável entre as empresas deve-se haver no setor certo número de grupos econômicos distintos concorrentes entre si.

5.6. Ou seja, mesmo que as embarcações afretadas sejam provenientes de apenas 1 (uma) empresa de navegação fretadora, convém verificar o grupo econômico que controla as empresas brasileiras de navegação afretadoras, com o intuito de se evitar a concentração do mercado. Esse entendimento é possível ser observado nos artigos em que se aplica a expressão “grupo econômico”:

Art. 5º A empresa habilitada no BR do Mar poderá afretar por tempo embarcações de sua subsidiária integral estrangeira ou de subsidiária integral estrangeira de outra empresa brasileira de navegação para operar a navegação de cabotagem, desde que essas embarcações estejam:

I – em sua propriedade; ou

II - em sua posse, uso e controle, sob contrato de afretamento a casco nu.

§ 1º O afretamento de que trata o caput deste artigo poderá ser realizado nas seguintes hipóteses:

I - ampliação da tonelage de porte bruto das embarcações próprias efetivamente operantes, registradas em nome do grupo econômico a que pertença a empresa afretadora, de acordo com a proporção a ser definida em ato do Poder Executivo federal.

Art. 19 A Lei nº 9.432, de 8 de janeiro de 1997, passa a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 10 Independente de autorização o afretamento de embarcações:

...

§ 7º A verificação da quantidade de embarcações estabelecida nos §§ 1º e 2º deste artigo considerará a quantidade de embarcações afretadas pelo grupo econômico da empresa afretadora.

5.7. Isto é, em ambos os artigos, se verifica que as alterações legais foram no sentido de possibilitar a ampliação da frota em operação na cabotagem por meio da possibilidade de afretamento de embarcação estrangeira, seja por tempo ou a casco nu. No entanto, ambos ponderam que no processo de autorização dever-se-á considerar as empresas “controladoras” da EBN afretadora para evitar possíveis infrações a concorrência.

5.8. Assim, o problema regulatório que se vislumbra perante a conceituação de grupo econômico diz respeito aos possíveis efeitos que a entrada de novas embarcações (seja por tempo ou a casco nu) poderão ocasionar na estrutura de mercado. O objetivo é evitar que as EBNs incumbentes, ao se valerem dos benefícios provenientes da BR do MAR ou das alterações na Lei nº 9.432/1997, dificultem a entrada de novas EBNs.

6. DA ANÁLISE

6.1. Identificados os problemas regulatórios que permeiam as definições conceituais a serem sugeridas, passa-se a análise propriamente dita dos conceitos em si. Novamente, para facilitar a exposição divide-se a seção em duas subseções, a primeira discorre sobre o conceito de embarcações efetivamente operantes e a segunda aborda a temática dos grupos econômicos.

6.1) Embarcação efetivamente operante

6.2. Uma das formas de conceituar a embarcação como efetivamente operante é verificar se ela está continuamente apta a operar, isto é, a executar o transporte. Esta interpretação, no entanto, não parece aderente ao intuito do referido PL.

6.3. O programa BR do Mar dentre seus vários objetivos enumerados no art. 1º cita em primeiro lugar “ampliar a oferta e melhorar a qualidade do transporte por cabotagem”. Ou seja, deseja-se que as embarcações estejam realizando o transporte e não somente estejam aptas a operar.

6.4. Nesse sentido, entende-se que a conceituação de embarcação efetivamente operante equivale ao da comprovação da operação comercial pela respectiva embarcação.

6.5. Este tópico encontra-se regulamentado pela Agência na Resolução nº 1811/2010, que disciplina no âmbito das empresas brasileiras de navegação, o critério regulatório aplicável à comprovação de operação comercial de embarcações, na navegação autorizada, regendo-se pelo disposto nas regras estabelecidas na norma para outorga de autorização a pessoa jurídica que tenha por objetivo o transporte aquaviário, constituída nos termos da legislação brasileira e com sede e administração no País, para operar nas navegações de longo curso, de cabotagem, de apoio marítimo e de apoio portuário.

Art. 2º Para os efeitos desta norma, consideram-se:

...

VII - operação comercial de embarcação na navegação de cabotagem: é o emprego de embarcação em decorrência de relação jurídica que vise o transporte de mercadorias, estabelecida diretamente entre a EBN, detentora da gestão náutica da embarcação, e a pessoa jurídica contratante do transporte das mercadorias.

Art. 4º Para fins de atendimento à exigência regulatória de comprovação da operação comercial das embarcações, considera-se que:

III - o fretamento por tempo de uma embarcação não comprovará a sua operação comercial pelo fretador, na navegação de longo curso, de cabotagem e de apoio portuário, salvo para o fim específico de transporte de petróleo, derivados, gás e biocombustíveis na cabotagem e no longo curso, desde que conjugado com a gestão náutica da embarcação pela EBN fretadora e que a EBN afretadora seja a beneficiária direta do transporte da carga.

...

V - na navegação de cabotagem a operação comercial será comprovada pela apresentação do Conhecimento de Transporte Aquaviário de Carga (CTAC) referente à carga transportada em embarcação de bandeira brasileira de propriedade ou afretada a casco nu pela EBN que deseja comprovar a operação comercial.

VII - o transporte de carga própria para o fim específico de transporte de petróleo, derivados, gás e biocombustíveis nas navegações de longo curso e cabotagem bem como as operações em benefício próprio nas navegações de apoio marítimo e portuário comprovarão a operação comercial da embarcação.

6.6. Logo, entende-se que o item I do art.14 já se encontra regulamentado, isto é, os documentos a serem apresentados para comprovar operação comercial já estão estabelecidos e são de conhecimento do mercado desde 2010.

6.7. No entanto, é importante destacar, como afirmado acima, que a exigência de comprovação da operação comercial não se origina na Lei nº 14.301/2022, mas sim nos requisitos para manutenção da outorga de navegação estabelecidos na Resolução nº 05/2016 - ANTAQ, que no art. 17 estabelece:

Art. 17. A empresa brasileira de navegação deverá manter aprestada e em operação comercial, conforme as regras estabelecidas em norma específica, no mínimo, uma embarcação na navegação autorizada e, no caso de uma paralisação eventual superior a 90(noventa) dias contínuos, apresentar justificativa devidamente comprovada para apreciação e decisão pela ANTAQ.

6.8. Para fins de enquadramento no programa BR do MAR, a priori, verifica-se que a necessidade de comprovar a operação comercial a cada 90 (noventa) dias consiste em prazo por demais extenso frente aos benefícios a serem auferidos pelas EBNs aderentes ao programa. Essa interpretação se justifica a partir da verificação do período de trânsito (*transit time*) das embarcações nas rotas de cabotagem ofertadas no país. Via de regra as rotas de Sul à Norte e de Norte à Sul levam em média 13 dias, logo o ciclo corresponde aproximadamente 26 dias, vide, como exemplo: <https://www.alianca.com.br/cabotagem> e <https://www.mercosul-line.com.br/servicos/rotas>.

6.9. Sabe-se que parte das embarcações que atuam na cabotagem brasileira também realizam viagens de longo curso para países do mercosul. Em situações particulares, pode ocorrer ausência de emissão do CTAC no período de 26 dias. No entanto, vislumbra-se que em linhas gerais não haverá dificuldade para as EBNs comprovarem operação comercial de suas embarcações no período de 1 (um) mês, no entanto, para conceder certa margem que englobe a "totalidade" das situações, sugere-se adotar o prazo outrora previsto na RN 05 - ANTAQ para comprovação de operação comercial de 90 (noventa) dias. Vide Resolução - MINUTA GRM 1523147 e 1524130.

6.10. No âmbito dessa discussão a respeito da comprovação de operação comercial da embarcação, importante retomar o art. 2º da RN 05 - ANTAQ que define "embarcação adequada à navegação pretendida":

Art. 2º (...)

....

II - embarcação adequada à navegação pretendida: embarcação autopropulsada ou conjugada com um empurrador/rebocador, capaz de operar comercialmente, conforme análise técnica da ANTAQ;

6.11. Na cabotagem há navegações de empurrador de barcas oceânicas, logo para comprovar a operação comercial nos termos da Resolução nº 1811/2010 o CTAC a ser emitido deve ser conjugado pelo empurrador/barcaça e não somente pela barcaça ou pelo empurrador.

6.12. Nesse sentido, considerando que o item I do art.14 já se encontra regulamentado na Resolução nº 1811/2010, as adequações de redação necessárias para atender a Lei nº 14.301, de 7 de janeiro de 2022 devem ser executadas na RN nº 05 - ANTAQ, Vide Resolução - MINUTA GRM 1523147 e 1524130.

6.2) Embarcações do mesmo grupo econômico

6.2.1 - Dos conceitos

6.13. Dentre os normativos regulatórios da Agência não foi possível identificar o conceito de grupo econômico, recentemente foi publicada a Resolução nº 57/2021, na qual se encontra o conceito de controle societário direto e indireto.

Art. 2º (...):

III - controle societário: é o poder de imposição de vontade aos atos da sociedade, exercido pela pessoa natural ou jurídica, fundo ou universalidade de direitos, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto ou sob controle comum, que:

a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da sociedade e o poder de eleger a maioria dos administradores; ou

b) usa efetivamente seu poder ou influência para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da sociedade.

IV - controle societário direto: é aquele exercido pela(s) pessoa(s) detentora(s) dos direitos de voto da concessionária, arrendatária ou da autorizada, caracterizado nos termos do inciso III deste artigo;

V - controle societário indireto: é aquele exercido por pessoa(s) no ápice da estrutura do grupo societário que, por meio de sociedades controladas, influencia(m) de forma efetiva e substancial a gestão e consecução do objeto social da concessionária, arrendatária ou autorizada;

6.14. Tais conceitos se aproximam da definição de grupo econômico almejada pela BR do MAR, pois, como afirmado, entende-se que o intuito é verificar quais os atores de fato possuem poder de decisão nas ações comerciais dessas empresas. A referida Resolução inclusive estabelece que dez por cento de participação acionária, corresponde a possibilidade de controle direto e/ou indireto sobre as firmas, vide art. 10:

Art. 10. Para a transferência de titularidade de contratos de arrendamento, de concessão ou de uso temporário, o cedente deverá instruir seu requerimento com os seguintes documentos:

....

V - indicação dos empreendimentos no setor portuário nos quais o cessionário, seus controladores, controladas e coligadas tenham participação direta e indireta igual ou superior a dez por cento;

VI - relação de todas as empresas que sejam horizontal ou verticalmente relacionadas às atividades objeto da outorga, nas quais pelo menos um dos integrantes do grupo do cessionário detenha participação igual ou superior a dez por cento no capital social ou votante;

6.15. Um exemplo concreto de definição de grupo econômico encontra-se na Resolução CADE nº 2/2012, que regulamenta os procedimentos de análise dessa autarquia para os processos de fusão/aquisição:

Art. 4º Entende-se como partes da operação as entidades diretamente envolvidas no negócio jurídico sendo notificado e os respectivos grupos econômicos.

§ 1º Considera-se grupo econômico, para fins de cálculo dos faturamentos constantes do art. 88 da Lei nº 12.529 de 2011, cumulativamente:

I - as empresas que estejam sob controle comum, interno ou externo; e

II - as empresas nas quais qualquer das empresas do inciso I seja titular, direta ou indiretamente, de pelo menos 20% (vinte por cento) do capital social ou votante.

§ 2º No caso dos fundos de investimento, são considerados integrantes do mesmo grupo econômico para fins de cálculo do faturamento de que trata este artigo, cumulativamente:

I - O grupo econômico de cada cotista que detenha direta ou indiretamente participação igual ou superior a 50% das cotas do fundo envolvido na operação via participação individual ou por meio de qualquer tipo de acordo de cotistas;

II - As empresas controladas pelo fundo envolvido na operação e as empresas nas quais o referido fundo detenha direta ou indiretamente participação igual ou superior a 20% (vinte por cento) do capital social ou votante; e

§ 3º A definição de grupo econômico deste artigo aplica-se apenas para fins de cálculo do faturamento com vistas à determinação do atendimento dos critérios objetivos fixados no artigo 88 da Lei 12.529/2011, e não vincula decisões do Cade com relação à solicitação de informações e à análise de mérito dos casos concretos.

6.16. Como descrito, nos parágrafos primeiro e terceiro do mencionado artigo, tais definições de percentuais, seja de capital social ou cotas de fundo, tem como objetivo atender o art. 88 da Lei 12.529/2011, que descreve, a partir de métricas de faturamento, quais grupos econômicos serão objeto de análise do CADE nos atos de fusão e aquisição.

6.17. Isto é, o propósito da definição estabelecida pelo CADE é diferente daquele vislumbrado na BR do MAR. Nesta “todos” os atos de afretamento serão objeto de análise dos agentes reguladores e fiscalizadores do programa, pois possuem o condão de afetar o grau de concorrência setorial. No entanto, apesar de propósitos diferentes, tanto o CADE quanto a BR do MAR ao referir-se a grupos econômicos possuem como preocupação o efeito destes na estrutura de mercado.

6.18. Importante destacar que a atenção a ser dada na definição de grupo econômico no programa BR do MAR refere-se à existência de concentração horizontal, isto é, aquela que ocorre entre empresas que concorrem entre si, e não a concentração vertical, que ocorre entre empresas de estágios distintos da produção.

6.2.2 - Do debate doutrinário

6.19. Os grupos societários são definidos de diversas formas pela doutrina, existem versões de direito Empresarial, Civil, Trabalhista e da Concorrência.

6.20. Uma das classificações mais utilizadas é a da Lei das Sociedades Anônimas (Lei nº 6.404/1976) que define grupos de direito (constituídos por instrumento jurídico próprio e regulamentados) e os grupos de fato (aqueles não constituídos por mecanismos formais, mas que ensejam a unidade direcional/coordenação das empresas e a dependência entre elas).

6.21. Independentemente da definição, a Lei das SAs compreende a existência de grupo econômico quando uma das empresas possui influência sobre as demais. Essa “influência” pode ser entendida como poder de participar das decisões que envolvem políticas financeiras ou operacionais das demais empresas, mesmo sem exercer controle sobre estas.

6.22. A Lei das SAs e o Código Civil definem “controlada” da seguinte forma, respectivamente:

Art. 243. §2º. Considera-se controlada a sociedade na qual a controladora, diretamente ou através de outras controladas, é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores.

Art. 1.098. É controlada:

I - a sociedade de cujo capital outra sociedade possua a maioria dos votos nas deliberações dos quotistas ou da assembleia geral e o poder de eleger a maioria dos administradores;

II - a sociedade cujo controle, referido no inciso antecedente, esteja em poder de outra, mediante ações ou quotas possuídas por sociedades ou sociedades por esta já controladas.

6.23. Em ambas as leis, percebe-se que o controle está relacionado a preponderância da controladora sobre as deliberações sociais das demais empresas. Tais conceitos se aproximam da definição de controle societário indireto previsto na Resolução ANTAQ nº 57/2021.

6.24. Na legislação trabalhista, a nova Lei 13.467/2017, assim aborda o conceito de grupo econômico:

Art. 2º Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

...

§ 2º Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, ou ainda quando, mesmo guardando cada uma sua autonomia, integrem grupo econômico, serão responsáveis solidariamente pelas obrigações decorrentes da relação de emprego.

§ 3º Não caracteriza grupo econômico a mera identidade de sócios, sendo necessárias, para a configuração do grupo, a demonstração do interesse integrado, a efetiva comunhão de interesses e a atuação conjunta das empresas dele integrantes.

6.25. Ou seja, o grupo econômico na legislação trabalhista é caracterizado por: (i) demonstração de interesse integrado, (ii) efetiva comunhão de interesses e (iii) atuação conjunta das empresas dele integrante. Observa-se que nesta definição para a existência de grupo econômico não se necessita de relação de dominação, mas sim de coordenação entre as empresas.

6.26. Por fim, no que diz respeito ao direito da Defesa da Concorrência, a partir da definição da Resolução nº 2 do CADE supracitada vê-se que o objetivo é a verificação dos efeitos econômicos nas estruturas de mercado, isto é, havendo coordenação entre as empresas, tal grupo torna-se objeto de interesse dessa autarquia, mesmo que não haja controle propriamente formalizado.

6.27. Assim, para o CADE a configuração de grupo econômico depende de dois itens: (i) a manutenção da personalidade jurídica própria de cada uma das empresas; (ii) orientação concorrencial central.

6.2.3 - Da coordenação no setor de navegação

6.28. Na navegação marítima, em particular, entre as empresas que prestam serviço regular de contêineres, diversos acordos operacionais são realizados:

- *Slot charter agreement* (SCA): o transportador A combina em ocupar/alugar parte do espaço da embarcação do transportador B. Isso para número limitado de embarcações, serviços e portos;
- *Slot Exchange Agreement* (SEA): semelhante ao SCA, mas agora existe troca de espaço entre as embarcações das duas empresas.

- *Vessel Sharing Agreement (VSA)*: trata-se de amplo acordo entre os transportadores, em geral um consórcio, no qual se coordena a quantidade de navios, tamanho, tipo, escala, portos, etc.

6.29. Dentre esses acordos, o que a priori possui maiores implicações concorrenciais é o VSA, pois neste acordo há possibilidade de cooperação técnica, operacional e comercial entre os membros, discute-se preços, termos remuneratórios etc.

6.30. Como exposto na subseção 5.2 desta Nota, a Lei nº Lei nº 14.301/2022, solicita que o "grupo econômico" seja considerado na análise de afretamento em duas situações. A primeira é dada no art. 5º, que refere-se somente as empresas habilitadas no programa BR do MAR. A segunda encontra-se no art. 19, que altera a redação da Lei nº 9.432/97 e determina que o referido conceito seja apreciado temporariamente nos dois próximos anos na autorização de afretamento a casco nu realizado por EBNs outorgadas pela ANTAQ, isto é, não necessariamente serão empresas habilitadas ao programa BR do MAR.

6.31. Reconhece-se que a análise decorrente do art. 19 será temporária, pois após 4 (quatro anos) o afretamento de embarcações a casco nu será livre na navegação de cabotagem. Assim, pode-se questionar a relevância da referida análise e se o custo administrativo de realizá-la não será superior aos possíveis benefícios.

6.32. Nessa seara, pode-se adicionar dois argumentos: a) atualmente tem-se conhecimento de apenas 1 (um) acordo operacional em vigor na cabotagem, entre a Mercosul Line e a Log-in; b) os acordos operacionais devem ser incentivados, pois visam ampliar a oferta de serviço, reduzir custos, reduzir preços, isto é, ampliar a eficiência do mercado. Isso significa que no curto prazo é provável que os acordos operacionais pouco afetem os critérios a serem respeitados para obtenção da autorização de afretamento.

6.33. Sem dúvida, a análise de grupo econômico será temporária no que se refere as empresas outorgadas pela ANTAQ, mas será permanente para as EBNs habilitadas no programa BR do MAR. Considera-se que essa análise dos grupos econômicos por coordenação (acordos operacionais) não visam impedir a alavancagem de tonelagem ou restringir as possibilidades de afretamento (por tempo ou a caso nu), mas sim, proporcionar ambiente concorrencial que incentive a entrada de novas empresas, ampliando a concorrência e conseqüentemente atingido os objetivos da política pública.

6.34. Assim, sugere-se adotar na conceituação de grupo econômico as possibilidades de coordenação entre as empresas. Isto é, ao se analisar o afretamento de embarcação estrangeira, sugere-se considerar não somente a composição societária da EBN afretadora, mas também as possíveis sociedades (*joint ventures*) nas quais essa EBN participa, conseqüentemente analisar as composições societárias das demais EBNs participantes do acordo operacional.

6.35. No entanto, considerando o exposto nos parágrafos 6.31 e 6.32, considera-se, alternativamente, que a não inclusão das *joint ventures* na conceituação de grupo econômico possa ser adotada e, posteriormente, avaliada na ARR.

6.2.4 - Resumo

6.36. Diante do exposto, percebe-se que apesar da ausência de um conceito único, a priori existe convergência no entendimento que a conceituação de grupo econômico independe de formalização.

6.37. Nesse sentido, caso se deseje definir um percentual que irá definir que certa empresa pertence ou não a determinado grupo econômico, tal percentual deve indicar a existência de controle societário indireto na EBN, e conseqüentemente a possível coordenação dessa EBN com as demais.

Entende-se que o CADE ao publicar a Resolução nº 2 teve essas preocupações, assim como a Resolução nº 57 - ANTAQ ao tratar dos procedimentos para a transferência de controle societário ou de titularidade de contrato de concessão de porto organizado, de contrato de arrendamento de instalação portuária e contrato de adesão para exploração de instalação portuária.

6.38. Assim, de modo a manter a uniformidade entre os normativos da ANTAQ, sugere-se adotar os percentuais estabelecidos na Resolução nº 57, vide Resolução - MINUTA GRM 1523147 e 1524130.

6.39. Quanto ao conceito de grupo econômico, sugere-se contenha: (i) existência de coordenação entre as empresas (ou, alternativamente, a não inclusão mediante avaliação posterior na ARR, vide subseção 6.2.3); (ii) mapeamento da composição societária da firma; (iii) comparação da composição societária entre firmas; (iv) relevância do controle societário direto ou indireto.

6.40. Nesse interim, o conceito de grupo econômico está diretamente relacionado a manutenção do ambiente concorrencial do mercado de serviço de transporte de contêineres. Essa temática permeou fundamentalmente a Resolução Nº 62 - ANTAQ, que estabelece as regras sobre os direitos e deveres dos usuários, dos agentes intermediários e das empresas que operam nas navegações de apoio marítimo, apoio portuário, cabotagem e longo curso, e estabelece infrações administrativas. Isso é evidenciado nos seguintes artigos:

Art. 5º Os transportadores marítimos e os agentes intermediários devem abster-se de práticas lesivas à ordem econômica por meio de atos sob qualquer forma manifestados, independentemente de culpa, que tenham por objeto ou possam produzir os efeitos, ainda que não alcançados, de limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa, aumentar arbitrariamente os lucros, ou exercer de forma abusiva posição dominante.

...

Art. 7º As EBN's de apoio marítimo e portuário devem abster-se de práticas lesivas à ordem econômica por meio de atos sob qualquer forma manifestados, independentemente de culpa, que tenham por objeto ou possam produzir os efeitos, ainda que não alcançados, de limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa, aumentar arbitrariamente os lucros, ou exercer de forma abusiva posição dominante.

...

Art. 28. Constituem infrações administrativas de natureza grave:

...

V - exercer prática comercial restritiva, cometer infração à livre concorrência ou outras infrações descritas no art. 5º ou art. 7º, desrespeitando o previsto na legislação específica sobre a matéria: multa de até R\$ 600.000,00 (seiscentos mil reais).

6.41. Deste modo, sugere-se que o conceito de grupo econômico discutido e proposto nesta Nota, para atender a Lei nº 14.301, de 7 de janeiro de 2022, seja incluído na Resolução nº 62, de 29 de novembro de 2021. Vide Resolução - MINUTA GRM 1523147 e 1524130.

7. DA URGÊNCIA E RELEVÂNCIA

7.1. A Lei nº 13.848/2019 que dispõe sobre gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras, no seu art. 6º afirma que "propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados serão (...) precedidas da realização de Análise de Impacto Regulatório (AIR), que conterà informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo".

7.2. Claramente as conceituações de embarcações efetivamente operantes e de grupo econômico se enquadram como normativos de interesse geral. No entanto, o Decreto nº 10.411/2020 que regulamenta a referida Lei, no art. 4º e art. 12 dispõe que:

Art. 4º A AIR poderá ser dispensada, desde que haja decisão fundamentada do órgão ou da entidade competente, nas hipóteses de:

I - urgência;

....

§ 2º Na hipótese de dispensa de AIR em razão de urgência, a nota técnica ou o documento equivalente de que trata o § 1º deverá, obrigatoriamente, identificar o problema regulatório que se pretende solucionar e os objetivos que se pretende alcançar, de modo a subsidiar a elaboração da ARR, observado o disposto no art. 12.

....

Art. 12. Os atos normativos cuja AIR tenha sido dispensada em razão de urgência serão objeto de ARR no prazo de três anos, contado da data de sua entrada em vigor.

7.3. Compreende-se que a regulamentação do art. 14 da Lei nº 14.301/2022 enquadra-se nos critérios de urgência, vide o prazo exíguo de 90 (noventa) dias para implementá-la. Conseqüentemente, o presente tema deve ser objeto de ARR conforme previsto no art. 12 do citado Decreto.

7.4. Observa-se que nesse prazo de 90 dias devem ser executadas administrativamente as seguintes etapas: proposta técnica, avaliação da proposta, apresentação à Diretoria, Relatoria, votação na Reunião de Diretoria, publicação de audiência pública, análise das contribuições, análise jurídica, análise das contribuições da área jurídica, nova Relatoria e por fim a apreciação final por parte da Diretoria Colegiada.

7.5. Adicionalmente, na presente Nota, procurou-se identificar, nas subseções 5.1 e 5.2 acima, os problemas regulatórios e os objetivos que se pretende alcançar nos dois itens do art. 14, respectivamente:

Percebe-se, assim, que a existência e embarcações efetivamente permitirá as EBNs participantes do programa BR do MAR alavancar tonelagem em prol do afretamento de embarcações estrangeiras por tempo. Deste modo, a regulamentação deve evitar que as EBNs possuam embarcações não operantes em sua frota, somente com o objetivo de alavancar a tonelagem, este consiste no problema regulatório em questão. De igual modo, o objetivo da conceituação e fazê-la de modo tal que a possibilidade de ampliação da oferta de serviços de transporte aquaviário na cabotagem decorrente do benefício concedido pela BR do MAR seja aplicado somente as EBNs que realmente possuam embarcações próprias de bandeira brasileira.

Assim, o problema regulatório que se vislumbra perante a conceituação de grupo econômico diz respeito aos possíveis efeitos que a entrada de novas embarcações (seja por tempo ou a casco nu) poderão ocasionar na estrutura de mercado. O objetivo é evitar que as EBNs incumbentes, ao se valerem dos benefícios provenientes da BR do MAR ou das alterações na Lei nº 9.432/1997, dificultem a entrada de novas EBNs.

8. DAS CONCLUSÕES

8.1. Conclui-se que:

- O inciso I do art. 14 da Lei nº 14.301/2022 encontra-se regulamentado pela ANTAQ na Resolução nº 1.811/2010, mas sugere-se destacar a importância de comprovação conjunta da operação comercial entre empurrador/barcaça na Resolução nº 05/2016 - ANTAQ;

- O inciso II do art. 14 da Lei nº 14.301/2022 não se encontra regulamentado pela ANTAQ. Para regulamentá-lo, sugere-se considerar: (i) existência de coordenação entre as empresas (ou, alternativamente, a não inclusão mediante avaliação posterior na ARR, vide subseção 6.2.3); (ii) mapeamento da composição societária da firma; (iii) comparação da composição societária entre firmas; (iv) relevância do controle societário direto ou indireto.
- A regulamentação do art. 14 da Lei nº 14.301/2022 deve observar o estabelecido no inciso I do art.4º do Decreto nº 10.411/2020, logo, sugere-se que a análise de impacto regulatório seja dispensada e nessa situação seja realizada a ARR no período de três anos.

8.2. Assim, encaminha-se para apreciação as Resolução - MINUTA GRM 1523147 e 1524130.

É o entendimento.

PEDRO CELSO RODRIGUES FONSECA

ERSTA



Documento assinado eletronicamente por **Pedro Celso Rodrigues Fonseca, Especialista em Regulação de Serviços de Transporte Aquaviários**, em 27/01/2022, às 12:21, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no § 1º, art. 6º, do Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015.



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site <http://www.antaq.gov.br/>, informando o código verificador **1520093** e o código CRC **38EAD143**.