



**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA - UnB  
FACULDADE DE DIREITO  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**ALESSANDRA FERREIRA DOS SANTOS**

**REGULAÇÃO E CONCORRÊNCIA NO DIREITO  
PORTUÁRIO:  
INEFICIÊNCIA REGULATÓRIA DA ANTAQ EM RELAÇÃO À THC2**

**BRASÍLIA - DF  
2019**

**ALESSANDRA FERREIRA DOS SANTOS**

**REGULAÇÃO E CONCORRÊNCIA NO DIREITO**

**PORTUÁRIO:**

**INEFICIÊNCIA REGULATÓRIA DA ANTAQ EM RELAÇÃO À THC2**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito, da Universidade de Brasília - UnB, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Bruno Corrêa Burini

**BRASÍLIA - DF**  
**2019**

## **FOLHA DE APROVAÇÃO**

Monografia de Graduação de autoria de Alessandra Ferreira Dos Santos, intitulada “Regulação e concorrência no direito portuário: ineficiência regulatória da ANTAQ em relação à THC2”, apresentado como parte dos requisitos necessários à obtenção do grau de Bacharel em Direito na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, em 1º de julho de 2019, defendida e aprovada pela Banca Examinadora:

---

Professor Doutor Bruno Corrêa Burini  
Orientador

---

Professor Mestre Eric Hadmann Jasper  
Examinador

---

Professor Mestre Adriano Drummond Caçado Trindade  
Examinador

---

Professor Doutor Mamede Said Maia Filho  
Suplente

## **AGRADECIMENTOS**

Ao meu pai. Obrigada pela oportunidade e por ter acreditado que eu seria capaz de conquistar meus sonhos. À minha vó Ivone, que sempre me incentivou a ser independente e a correr atrás dos meus objetivos.

Preciso agradecer também o meu eterno chefe e orientador Bruno Burini, maior especialista em THC2 do Brasil. Se eu não tivesse trabalhado com ele, jamais teria a chance de me aprofundar no assunto.

Agradeço também ao grande Guilherme Chacon. Especialista no assunto, foi por causa dele que decidi escrever sobre o tema.

Também tenho que agradecer ao Andrews França, meu companheiro e amigo, por ter me apoiado nos momentos de insegurança durante a elaboração do trabalho.

Aos meus amigos do coração Cássia, Marina e Mateus. A UnB foi muito especial por causa de vocês.

## RESUMO

O propósito deste trabalho consiste em entender em que medida a atuação a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ) foi ineficiente na regulação da cobrança da *Terminal Handling Charge 2* (THC2). O estudo levou em consideração os últimos posicionamentos da agência, a análise concorrencial feita pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) sobre a THC2, bem como a coordenação entre a atuação da primeira, enquanto órgão regulador setorial e da segunda, enquanto órgão regulador geral.

**Palavras-chave:** ANTAQ; THC2; eficiência; concorrência; regulação.

## **ABSTRACT**

The goal of the present study is to understand the role of the Brazilian National Agency for Ports and Navigation (ANTAQ) regarding the “Terminal Handling Charge 2” controversy, in order to assess if ANTAQ’s regulation of this matter can be considered legally inefficient. The study considered the last rulings of both ANTAQ and the Administrative Council for Economic Defense (CADE), and the coordination (if any) between these two governmental agencies – as ANTAQ deals with specific regulations of port activities and CADE deals with antitrust matters involving all activities in Brazil.

**Keywords:** ANTAQ, THC2, legal efficiency, competition, regulation.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>7</b>
<b>2 REGULAÇÃO NO BRASIL .....</b>	<b>9</b>
2.1 A ATUAÇÃO DA AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS (ANTAQ) .....	11
<b>3 CONCORRÊNCIA NO BRASIL.....</b>	<b>12</b>
3.1 PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS DO CADE.....	13
3.2 DOMÍNIO DE MERCADO E ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE .....	13
<b>4 PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA .....</b>	<b>14</b>
4.1 EFICIÊNCIA REGULATÓRIA SETORIAL VS. EFICIÊNCIA REGULATÓRIA GERAL (ECONÔMICA) .....	16
4.2 EFICIÊNCIA REGULATÓRIA NAS AGÊNCIAS REGULADORAS .....	17
4.3 PROBLEMAS DA INEFICIÊNCIA REGULATÓRIA .....	19
<b>5 REGULAÇÃO E CONCORRÊNCIA .....</b>	<b>20</b>
5.1 <i>State Action Doctrine</i> .....	20
5.2 <i>Pervasive Power Doctrine</i> .....	21
5.3 A INTERPRETAÇÃO DESSAS DOCTRINAS NO BRASIL .....	21
<b>6 A THC2 E A ATUAÇÃO DA ANTAQ.....</b>	<b>22</b>
6.1 MARCO REGULATÓRIO E PRINCIPAIS AGENTES.....	22
6.2 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A <i>TERMINAL HANDLING CHARGE 2</i> THC2	24
6.3 A ATUAÇÃO DA ANTAQ EM RELAÇÃO À THC2 .....	28
6.3.1 A THC2 no Porto de Salvador.....	28
6.3.2 A THC2 no Porto de Santos .....	29
<b>7 O ENTENDIMENTO DO CADE: O CASO RODRIMAR.....</b>	<b>33</b>
7.1 BREVE SÍNTESE DO CASO.....	33
7.2 ANÁLISE DO CASO.....	34
7.3 CONSEQUÊNCIAS DA ATUAÇÃO DESCOORDENADA DA ANTAQ E DO CADE NO SETOR PORTUÁRIO .....	35
<b>8 INEFICIÊNCIA REGULATÓRIA DA THC2 .....</b>	<b>36</b>
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>38</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>40</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A criação das agências reguladoras no Brasil está inserida em um contexto de inchaço da máquina estatal e anseio por uma prestação mais eficiente de serviços públicos pelo Estado. A nomeação de seus dirigentes pelo Presidente da República, com a aprovação do Senado e a garantia de mandato certo, diferencia as agências reguladoras das demais autarquias<sup>1</sup>.

A Agência Nacional de Transportes Aquaviários ANTAQ foi criada nesse contexto: o de melhorar a prestação dos serviços concernentes aos transportes aquaviários. Essa melhora se daria por meio de decisões técnicas amparadas no princípio constitucional da legalidade. Ocorre que a ANTAQ já nasceu em meio a diversos conflitos no setor portuário. O presente trabalho estuda um dos conflitos objeto de análise da ANTAQ: a cobrança da *Terminal Handling Charge 2* (THC2).

Para mais bem compreender a questão é preciso antes fazer uma breve contextualização sobre o setor portuário no Brasil. A Lei n. 8.630/1993 (antigo marco regulatório) vem modernizando o setor portuário desde a sua edição. Nesse contexto, o legislador se propôs não apenas a privatizar o setor, como também a quebrar o monopólio das operações e promover competitividade, permitindo eficiência e diminuição de custos nas atividades portuárias.

O antigo modelo regulatório (pré-privatização) concentrava a responsabilidade das operações no poder público, o que ocasionava uma infraestrutura precária, falta de portos e problemas de escoamento. Com a privatização, buscou-se a descentralização administrativa e a maior autonomia dos portos, instaurando e incentivando a competitividade no setor.

Além da necessidade de investimentos na criação de terminais portuários e linhas para o escoamento da carga, outro problema que gera constante preocupação é o armazenamento/desalfandegagem de mercadorias. Daí a importância dos Portos Secos/Recintos Alfandegados como alternativa aos importadores.

Ocorre, contudo, que a Lei n. 8.630/1993 não teve êxito em regular completamente algumas questões relacionadas à armazenagem de mercadorias. Havia uma lacuna regulatória que precisava ser observada pelo legislador.

Explica-se: a atividade de armazenamento de mercadorias também é exercida pelos Terminais Portuários, agentes que, por estarem em posição privilegiada do porto, praticam cobranças em face dos Recintos Alfandegados – trata-se da cobrança da THC2. Devido à localização privilegiada dos Terminais Portuários, estes detêm posição dominante no mercado

---

<sup>1</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 165.

de armazenagem de mercadorias em face do Recintos Alfandegados. Tal conduta é discutida desde antes da criação da ANTAQ e foi condenada pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE.

A ANTAQ, agência reguladora criada pela Lei n. 10.233 de 5 junho de 2001, julgou a cobrança da THC2 em mais de uma oportunidade, mas ainda não conseguiu elaborar uma política regulatória eficiente sobre a questão. Em razão da incerteza regulatória, o CADE foi instado a se manifestar sobre o aspecto concorrencial da cobrança e decidiu, também em mais de uma oportunidade, que a THC2 é ilícita.

Há, portanto, um possível conflito de competência na atuação dos dois órgãos e a seguinte questão é levantada: é possível que o CADE atue em um mercado regulado? Inicialmente, a doutrina busca responder a essa questão através de duas teorias norte-americanas: a *State Action Doctrine* e a *Pervasive Power Doctrine*.

Ainda sobre a coordenação da ANTAQ e do CADE, o artigo 31 da Lei n. 10.233/2001 estabelece que:

a Agência, ao tomar conhecimento de fato que configure ou possa configurar infração da ordem econômica, deverá comunicá-lo ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, à Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça ou à Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, conforme o caso.

O referido artigo não pode ser lido de maneira isolada, uma vez que podem existir situações em que o particular tenha imunidade sob o ponto de vista concorrencial. Nesse caso, é preciso verificar se a autoridade regulatória setorial ou se a autoridade regulatória geral possuem competência para analisar o problema.

Conforme será exposto ao longo do presente trabalho, verificou-se algumas falhas de eficiência na atuação da ANTAQ ao regular a THC2. O princípio da eficiência, incorporado oficialmente ao ordenamento jurídico brasileiro por meio da Emenda Constitucional n. 19/1998 não deve ser aplicado de maneira cega pelo agente público. Agora, as normas “passam a ter o seu critério de validade aferido não apenas em virtude da higidez do seu procedimento criador, como da sua aptidão para atender aos objetivos da política pública, além da sua capacidade de resolver os males que esta pretende combater”<sup>2</sup>.

Dessa forma, o presente trabalho buscou entender: na primeira parte, a regulação no Brasil e a atuação da ANTAQ; na segunda parte, a concorrência no Brasil, bem como as

---

<sup>2</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. Princípio da Eficiência. In: PIETRO, Maria Sylvia Zanella di; SUNDFELD, Carlos Ari (org.). Fundamentos e princípios do direito administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 556. (Coleção doutrinas essenciais: direito administrativo - V. 1).

competências do CADE; na terceira parte, o princípio da eficiência e sua aplicação pelas agências reguladoras, bem como a distinção entre eficiência econômica e eficiência regulatória; na quarta parte, o funcionamento da atividade portuária no Porto de Santos, a dinâmica da operação de importação, a origem da cobrança da THC2 e o entendimento do CADE sobre a cobrança e, por fim, as consequências da atuação descoordenada da ANTAQ e do CADE, bem como a ineficiência regulatória da ANTAQ no setor portuário.

## 2 REGULAÇÃO NO BRASIL

A regulação é um fenômeno complexo e multidisciplinar fundamental para o funcionamento eficiente do Estado. Atualmente é impossível pensar em áreas como a de telecomunicações, transporte e energia elétrica, por exemplo, sem tratar do assunto.

Primeiramente é preciso localizar o momento histórico em que o Estado Regulador se inseriu. O Estado Liberal do século XIX caracterizava-se pela valorização da propriedade e da atuação mínima estatal na economia, uma vez que sua função era a de apenas garantir as condições de liberdade dos cidadãos. O Estado de Bem-Estar Social ou Estado Social de Direito, em contrapartida, para garantir com que os direitos individuais fossem protegidos, assumiu o papel de interventor da economia e provedor de todos os serviços públicos.

Ocorre que, com o inchaço da máquina estatal e a crise fiscal, agora, no Estado Democrático de Direito, o paradigma mudou, compreendendo-se que o Estado deve sim ser o instrumento para promoção da dignidade da pessoa humana. Contudo, passou-se a reconhecer que ele não possui capacidade para realizar todas as tarefas necessárias à concretização dos valores fundamentais. O Estado Regulador, portanto, nasce da exclusão da intervenção estatal direta na economia: a sua atuação se mantém presente no domínio econômico, mas não de forma direta.

Nesse novo modelo, o Estado retira de si algumas competências e as transfere para os particulares. Marçal Justen Filho observa que:

o objetivo da regulação é conjugar as vantagens provenientes da capacidade empresarial privada com a realização de fins de interesse público. Especialmente quando a atividade apresentar relevância coletiva, o Estado determinará os fins a atingir, mesmo quando seja resguardada a autonomia privada no tocante à seleção dos meios<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito das Agências Reguladoras Independentes. São Paulo: Dialética, 2002, p. 30.

Nesse contexto, o Estado Regulador deve **(i)** produzir as normas gerais regulatórias **(ii)** assegurar a sua aplicação e **(iii)** reprimir as infrações<sup>4</sup>.

No Brasil, o termo “regulação” começou a ser mais utilizado com a criação das agências reguladoras, apesar de nem toda regulação ser exercida por essas entidades. A Constituição Federal estabelece no artigo 174 que caberá ao Estado o papel de agente normativo e regulador da atividade econômica.<sup>5</sup>

Floriano de Azevedo Marques sustenta que a regulação estatal da economia:

pode se voltar para uma atividade econômica (em sentido amplo) cuja fruição seja considerada essencial para a coletividade a ponto dela ser titularizada pelo Estado como um serviço público (como ocorre com algumas atividades do setor de telecomunicações, energia elétricas e transportes). Pode se voltar também a atividades, também relevantes, mas que não justificam a sua sujeição ao regime derogatório das regras de mercado, apesar de sujeita-la a normas e padrões regulatórios (o que acontece no setor de saúde e medicamentos). Pode decorrer do fato de que a atividade regulada envolva a utilização de um bem escasso, essencial à vida coletiva (como acontece com o setor de petróleo e gás e, mais recentemente, com os recursos hídricos).<sup>6</sup>

O referido autor afirma também que há outra manifestação de regulação estatal. Contrapondo-se à regulação estatal, há a “macro regulação”<sup>7</sup>, “cujo foco não é um setor da economia, mas a tutela de interesses gerais consagrados como centrais para a ordem econômica.”<sup>8</sup> Nessa situação a preocupação estatal se volta para a proteção dos interesses do consumidor e da competição.

Nesse contexto, o presente trabalho busca entender as relações entre a regulação setorial da Agência Nacional dos Transportes Aquaviários ANTAQ e “regulação geral”<sup>9</sup> do Conselho Administrativo de Defesa Econômica CADE, admitindo-se como escopo da regulação setorial a realização de atividades de interesse público mediante a transferência de algumas competências estatais para a iniciativa privada.

---

<sup>4</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 24-25.

<sup>5</sup> Constituição Federal. Art. 174. “Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”.

<sup>6</sup> MARQUES, Floriano de Azevedo. *Regulação Setorial e Autoridade Antitruste: a importância da independência do regulador. Concorrência e regulação no sistema financeiro*. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; ROCHA, Jean Paulo Cabral Veiga da; MATTOS, Paulo Todescan Lessa (org.). *Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 98.

<sup>7</sup> Idem.

<sup>8</sup> Ibidem.

<sup>9</sup> Termo utilizado pelo autor Floriano de Azevedo Marques: “[...] tanto a regulação setorial (do setor financeiro, do setor de petróleo, das telecomunicações, da água, do gás, da geração e distribuição de energia, dos transportes e outros), quanto a regulação geral (defesa do consumidor e da concorrência) são, ambas manifestações da atividade regulatória estatal [...]” Ibidem, p. 99.

## 2.1 A ATUAÇÃO DA AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS (ANTAQ)

No Brasil, as agências reguladoras foram criadas com o propósito de regular os serviços públicos bem como as atividades consideradas essenciais para a coletividade. Assim, em relação à estrutura organizacional, as agências reguladoras caracterizam-se, principalmente, **(i)** pela independência, garantida por meio da vedação de remoção dos seus dirigentes caso o Poder Executivo ou Legislativo discordem de alguma política implementada pela agência; e **(ii)** pela inexistência de hierarquia de seus atos decisórios em relação à “Administração Superior”, ou seja, aos Ministérios e ao Presidente da República.<sup>10</sup>

A Agência Nacional dos Transportes Aquaviários nasce desse contexto: vinculada ao Ministério dos Transportes, a agência foi criada por meio da Lei n. 10.233 de 5 de junho de 2001, visando à regulação, fiscalização e criação de políticas públicas para o setor de transportes aquaviários. Cabe à ANTAQ, dentre as suas atribuições/competências<sup>11</sup>:

- promover estudos aplicados às definições de tarifas, preços e fretes, em confronto com os custos e os benefícios econômicos transferidos aos usuários pelos investimentos realizados<sup>12</sup>;
- elaborar e editar normas e regulamentos relativos à prestação de serviços 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<sup>13</sup>; e
- estabelecer normas e padrões a serem observados pelas administrações portuárias, concessionários, arrendatários, autorizatários e operadores portuários<sup>14</sup>.

Além disso, a ANTAQ foi regulamentada pelo Decreto n. 4.122 de 13 de fevereiro de 2002, que, visando à preservação da eficiência no setor de transportes aquaviários, estabeleceu como uma das finalidades da agência a garantia de “movimentação de pessoas e bens, em cumprimento a padrões de eficiência, segurança, conforto, regularidade, pontualidade e modicidade nos fretes e tarifas”.<sup>15</sup>

Conforme será devidamente abordado mais tarde, a atuação da ANTAQ, enquanto agência reguladora, está subordinada em sua atuação aos princípios estabelecidos no art. 37 da Constituição Federal. Significa dizer que a agência deve obedecer, dentre outros, ao princípio da eficiência.

<sup>10</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 264; 268.

<sup>11</sup> COELHO, João Paulo Soares. Regulação e concorrência nos setores de infraestrutura: A Terminal Handling Charge 2 (“THC 2”) no porto de Salvador. 2013. 146 f. Monografia (Bacharelado em Direito) Universidade de Brasília, Brasília, 2013.

<sup>12</sup> BRASIL. Lei n. 10.233, de 5 de junho de 2001, Art. 27, II.

<sup>13</sup> Ibidem, Art. 27, IV.

<sup>14</sup> Ibidem, Art. 27, XIV.

<sup>15</sup> BRASIL. Decreto n. 4.122, de 13 de fevereiro de 2002, Art. 2, II, a.

Conclui-se, portanto, que o escopo da regulação da ANTAQ é a fiscalização e criação de políticas públicas para o setor de transportes aquaviários em observância aos princípios elencados no art. 37 da Constituição Federal.

### **3 CONCORRÊNCIA NO BRASIL**

A Constituição Federal estabelece no artigo 170 a livre concorrência e a livre iniciativa como uns dos princípios norteadores da ordem econômica. O princípio da livre iniciativa garante liberdade para os agentes econômicos atuarem no mercado, buscarem clientela e auferirem lucros. Em contrapartida, o princípio da livre concorrência determina que o Estado deve agir para, na forma da lei, impedir práticas anticompetitivas e abusos do poder econômico.<sup>16</sup>

A matéria é objeto, na esfera infraconstitucional, na Lei n. 12.529 de 30 de novembro de 2011. Alexandre Santos de Aragão afirma que a referida lei “estabelece as infrações à ordem econômica, cominando as respectivas sanções, assim como prevê que determinadas operações entre agentes econômicos devem ser previamente submetidas Administração Pública para aprovação”.<sup>17</sup>

Nesse contexto, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) é composto pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e pela Secretaria de Advocacia de Concorrência e Competitividade (antiga Secretaria de Acompanhamento de Econômico do Ministério da Fazenda SEAE)<sup>18</sup>.

O CADE é uma autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça e é constituído pelos seguintes órgãos: Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, Superintendência-Geral e Departamento de Estudos Econômicos. Compete ao primeiro julgar as infrações à ordem econômica e as operações de concentração, ao segundo investigar e instruir os atos que serão julgados pelo Tribunal e ao terceiro promover estudos e elaborar pareceres para embasar a atividade do CADE.<sup>19</sup>

O colegiado do CADE é composto de seis conselheiros e um presidente, todos nomeados pelo Presidente da República após sabatina do Senado Federal, com mandato fixo de

---

<sup>16</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 225.

<sup>17</sup> Idem.

<sup>18</sup> Em relação à Secretaria de Advocacia da Concorrência e Competitividade (antiga Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda), Paula Forgioni sustenta que “no âmbito do direito concorrencial, as competências da SEAE são bastante restritas, limitadas praticamente à advocacia da concorrência”. FORGIONI, Paula. Os fundamentos do antitruste. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 128.

<sup>19</sup> FORGIONI, Paula. Os fundamentos do antitruste. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 124.

quatro anos não coincidentes, sendo permitida a recondução. Nesse contexto, portanto, a atuação do CADE é “macro regulatória”, cujo objeto não é um setor específico da economia, mas a tutela de interesses gerais consagrados pela ordem econômica.

### 3.1 PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS DO CADE

O CADE enfrenta diariamente duas questões: primeiro, a apuração e julgamento de condutas que possam implicar infração à ordem econômica e, segundo, a análise de concentrações visando à sua eventual aprovação. O foco do presente trabalho recai apenas sobre o primeiro.

A investigação sobre eventual infração à ordem econômica tem início a partir de representação formulada por qualquer interessado ou em ato da Superintendência Geral.<sup>20</sup> A partir da representação é possível a instauração de três procedimentos:

- i) caso a Superintendência-Geral tenha dúvidas quanto à competência do CADE para apreciar a questão, dará início ao Procedimento preparatório de inquérito administrativo para apuração de infração à ordem econômica (art. 66, § 2);
- ii) caso a Superintendência-Geral entenda haver indícios suficientes, determinará desde logo a abertura de Processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica; ou na hipótese de concluir que não há indícios suficientes para a instauração de processo administrativo, a Superintendência-Geral determinará a abertura de Inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica.<sup>21</sup>

Vale ressaltar que cabe à Superintendência-Geral apurar os fatos elaborar parecer não vinculante para que então o Tribunal Administrativo julgue a operação ou a conduta investigada.

### 3.2 DOMÍNIO DE MERCADO E ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE

As práticas antitruste são tradicionalmente classificadas conforme suas três principais manifestações: (i) acordos, que podem ser horizontais; (ii) abuso de posição dominante e (iii) concentrações”.<sup>22</sup> O presente trabalho tratará somente do abuso de poder econômico.

A Lei n. 12.529/2011 estabelece nos incisos II e IV do art. 36, respectivamente, que configura infração à ordem econômica o domínio de mercado e o abuso da posição dominante. A posição dominante “é decorrência e, ao mesmo tempo, se identifica com o poder detido, pelo

<sup>20</sup> BRASIL. Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011, Art. 66, § 1.

<sup>21</sup> FORGIONI, Paula. Os fundamentos do antitruste. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 148.

<sup>22</sup> Idem, p. 130.

agente, no mercado, que lhe assegura a possibilidade de atuar com um comportamento independente e indiferente em relação a outros agentes, impermeável às leis de mercado”.<sup>23</sup>

O art. 36, § 2º da Lei 12.529/2011 estabelece que “presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante [...]”.<sup>24</sup>

Por outro lado, há uma possibilidade de os prejuízos causados pelo abuso do poder econômico serem lícitos. Trata-se da hipótese prevista no art. 36, § 1 da Lei 12.529/2011: “a conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do caput deste artigo.” Em síntese, se uma empresa for mais eficiente que o seu concorrente poderá licitamente buscar posição dominante no mercado. Há, portanto, um critério de eficiência na análise do CADE que será abordada com mais profundidade no próximo capítulo.

#### **4 PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA**

O princípio da eficiência foi incluído no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal com o advento da Emenda Constitucional n. 19 de 4 de junho de 1998. Tal mudança ocorreu com o objetivo de garantir maior qualidade na prestação dos serviços públicos e na atividade pública de uma forma geral<sup>25</sup>.

Alguns autores pontuam que o princípio, também conhecido como “dever de boa administração”, determina que a Administração Pública direta e indireta execute suas obrigações com rapidez, perfeição e rendimento, sempre observando o princípio da legalidade.<sup>26</sup>

Conforme pondera Celso Antônio Bandeira de Mello, o princípio da eficiência “não pode ser concebido senão na intimidade do princípio da legalidade, pois jamais uma suposta busca de eficiência justificaria postergação daquele que é o dever administrativo por excelência”.<sup>27</sup>

<sup>23</sup> FORGIONI, Paula. Os fundamentos do antitruste. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 262.

<sup>24</sup> BRASIL. Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011.

<sup>25</sup> MORAIS, Dalton Santos. Os custos da atividade administrativa e o princípio da eficiência. In: PIETRO, Maria Sylvia Zanella di; SUNDFELD, Carlos Ari. Fundamentos e princípios do direito administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 728. (Coleção doutrinas essenciais: direito administrativo - V. 1).

<sup>26</sup> GASPARINI, Diógenes. Direito administrativo. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 76.

<sup>27</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2007.

Para além disso, a eficiência também deve ser compreendida como a melhor atuação de interesse coletivo possível pelo Estado, que deve obter o maior resultado prático da finalidade de um ato, com o menor ônus possível. A eficiência, portanto, não pode ser reduzida apenas como maximização financeira<sup>28</sup>.

Nesse sentido, a aplicação do referido princípio exige do gestor público planejamento, definição das necessidades e a indicação das melhores soluções para o atendimento dessa necessidade pública<sup>29</sup>. Nesse sentido, “eficiência contrapõe-se a lentidão, a descaso, a negligência, a omissão”.<sup>30</sup>

Diogo de Figueiredo Moreira Neto pontua que:

entendida, assim, a eficiência administrativa, como a melhor realização possível da gestão dos interesses públicos, em termos de plena satisfação dos administrados com os menores custos para a sociedade, ela se apresenta, simultaneamente, como um atributo técnico da administração, como uma característica jurídica exigível, de boa administração dos interesses públicos.<sup>31</sup>

Hely Lopes Meirelles estabelece uma relação de causa e efeito afirmando que o objetivo da atuação administrativa (causa) é sempre a busca por um resultado razoável (efeito) para o atendimento do interesse público.<sup>32</sup>

Nesse contexto, é possível avaliar a atuação da Administração Pública tanto com base nos meios utilizados pelos agentes para desempenhar uma atividade, como nos resultados obtidos. Para uma melhor compreensão sobre o princípio, é necessário antes diferenciar pelo menos dois sentidos da palavra “eficiência”. Ubirajara Costodio Filho observa que “a palavra ‘eficiência’ ora é empregada como sinônimo de “eficácia” (sentido comum), abrangendo tanto a avaliação dos fins quanto aos meios; ora com carga semântica diversa (sentido científico), compreendendo apenas a apreciação dos meios”<sup>33</sup>.

A escolha do legislador pelo sentido comum de “eficiência” é evidente na medida em que o significado do termo para a Administração Pública deve ser o mais amplo possível. A atuação pública deve se ater ao princípio da legalidade, no sentido de que seus atos devem estar em conformidade com a legislação vigente, mas também deve ser observado o princípio da indisponibilidade do interesse público, uma vez que o agente público não pode dispor da coisa

<sup>28</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 73.

<sup>29</sup> FURTADO, Lucas Rocha. Curso de Direito Administrativo. 3 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 97.

<sup>30</sup> MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 161.

<sup>31</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

<sup>32</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 103.

<sup>33</sup> COSTODIO FILHO, Ubirajara. EC 19/98 e o Princípio da Eficiência na Administração Pública. In: PIETRO, Maria Sylvania Zanella di; SUNDFELD, Carlos Ari. Fundamentos e princípios do direito administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 1003. (Coleção doutrinas essenciais: direito administrativo - V. 1).

pública e deve sempre agir em prol da coletividade. Por essas razões, os agentes administrativos devem garantir tanto o adequado uso dos meios como a efetiva realização dos fins.

Não há um critério objetivo definido em lei para apurar a eficiência de um ato administrativo. Contudo, é possível estabelecer tal critério com base na lei que atribui poder ao agente público combinada com a finalidade do ato e na satisfação da coletividade.

#### 4.1 EFICIÊNCIA REGULATÓRIA SETORIAL VS. EFICIÊNCIA REGULATÓRIA GERAL (ECONÔMICA)

No Brasil, o direito regulatório é estudado no âmbito do direito administrativo, ou seja, aplicam-se os mesmos princípios deste à regulação setorial. A eficiência administrativa não é sinônimo de eficiência econômica. A eficiência regulatória setorial, portanto, não é subordinada à pura e exclusiva racionalidade econômica. Quando houver incompatibilidade entre eficiência econômica e certos valores fundamentais, dever-se-á adotar a solução que preserve o máximo de valores em conflito, mesmo que isso implique desprestígio da eficiência econômica.

Por outro lado, a eficiência analisada pelo CADE, em resumo, é o objeto de estudo da Economia: é a utilização mais produtiva de recursos econômicos, de modo a produzir os melhores resultados. Nesse contexto, Calixto Salomão Filho afirma que “a eficiência é o princípio fundamental do direito antitruste na teoria neoclássica. Para os neoclássicos mais exaltados, mais do que um dos elementos, a eficiência é o fato central a definir a licitude ou não do poder de mercado”.<sup>34</sup>

O referido autor explica que a teoria neoclássica distingue a eficiência entre dois tipos: eficiência alocativa e eficiência produtiva. O primeiro conceito relaciona-se com a distribuição dos recursos na sociedade, ou seja, é preciso verificar se os recursos estão empregados nas atividades que os consumidores mais necessitam. A eficiência produtiva está relacionada com o uso dos recursos pelas empresas. Trata-se, especificamente, do dispêndio necessário para uma empresa produzir um bem.<sup>35</sup>

No Brasil, a eficiência analisada pelo CADE está regulada em dois dispositivos da Lei n. 12.529 de 30 de novembro de 2011. Quanto às situações de poder já existentes, o art. 36, § 1º prevê que “a conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do caput deste artigo”<sup>36</sup>. Nessa situação, a eficiência é uma excludente de ilicitude.

---

<sup>34</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito concorrencial: as estruturas. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 176.

<sup>35</sup> Idem.

<sup>36</sup> BRASIL. Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011, Art. 36, § 1º.

Ainda no âmbito concorrencial, o artigo 88, § 6º, inciso I, alínea “c”<sup>37</sup>, por sua vez, estabelece a eficiência como um dos fundamentos para a aprovação de atos de concentração. Nesse caso, a eficiência não é uma excludente absoluta de ilicitude, é necessário analisar também outros fatores para que a concentração seja aprovada.

Nesse cenário, conclui-se que a eficiência regulatória setorial nada se parece com a eficiência concorrencial.

#### 4.2 EFICIÊNCIA REGULATÓRIA NAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Dado o conceito de eficiência à luz do art. 37, *caput*, da Constituição Federal, pode-se estabelecer que as agências reguladoras serão eficientes quando atuarem dentro da legalidade e buscando atingir o melhor resultado possível. A análise da eficiência regulatória deverá observar: os marcos regulatórios da agência; a motivação das decisões administrativas; as consultas públicas, a apuração de denúncias de irregularidades e a transparência na atuação da agência.

As agências reguladoras foram criadas com o propósito de reduzir a atuação do Estado em alguns setores da economia. José dos Santos Carvalho Filho considera que a principal função dessas agências é de

controlar, em toda a sua extensão, a prestação de serviços públicos e o exercício de atividades econômicas, bem como a própria atuação das pessoas privadas que passaram a executá-las, inclusive impondo sua adequação aos fins colimados pelo Governo e às estratégias econômicas e administrativas que inspiraram o processo de desestatização.<sup>38</sup>

Os princípios da reserva legal e da especificidade estabelecem, respectivamente, que as autarquias só poderão ser criadas por lei e que esta deverá definir expressamente a atividade a ser exercida. A lei de criação é que definirá toda a estrutura organizacional de uma agência reguladora; por exemplo, ela estabelecerá competências internas e determinará a forma de reunião da diretoria. Assim, as agências reguladoras só poderão usar seus recursos nos limites estabelecidos pela lei que as criou.

Os dirigentes das agências reguladoras:

serão brasileiros, de reputação ilibada, formação universitária e elevado conceito no campo de especialidade dos cargos para os quais serão nomeados, devendo ser escolhidos pelo Presidente da República e por ele nomeados, após aprovação pelo

<sup>37</sup> BRASIL. Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011, Art. 88, § 6º, inciso I, alínea “c”.

<sup>38</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2014, p. 495.

Senado Federal, nos termos da alínea f do inciso III do art. 52 da Constituição Federal.<sup>39</sup>

Além disso, a lei determina que os dirigentes terão mandatos com prazos fixados no momento da nomeação. Tal ordem garante autonomia e independência para as agências reguladoras, uma vez que reduz institucionalmente a pressão/intervenção/influência direta dos poderes Executivo/Administração Direta e Legislativo em relação à tomada de decisões, principalmente no que diz respeito à influência política não canalizada pelas vias institucionais das próprias agências, como a figura do lobby, etc.

A Lei n. 9.986/2000 também determina que as agências serão dirigidas em regime colegiado. A adoção desse modelo proporciona que as decisões da agência serão tomadas pela manifestação de vontade de todos os diretores proporcionando maior segurança dos seus atos. Adicionalmente, as decisões devem ser motivadas. Explica-se. As agências reguladoras tomam decisões que influenciam diretamente em diversos setores da economia. Existem vários interesses de diferentes agentes envolvidos, assim, com vistas a justificar qualquer pronunciamento eventualmente tomado por uma agência, a motivação dos seus atos torna-se obrigatória.

A consulta pública é uma forma de controle que permite a participação da sociedade em qualquer processo decisório. Considerando que as agências têm competência para criar políticas públicas estratégicas para o Estado e que influenciam no cotidiano dos cidadãos e das empresas, o estabelecimento de consulta formal à sociedade a respeito de uma política a ser implementada é fundamental. Esse mecanismo de controle enriquece o processo decisório na medida em que cada interessado poderá contribuir na elaboração das políticas públicas.

Ademais, ao permitir a realização de consulta pública, a agência reguladora fortalece os canais de comunicação com a sociedade tornando o processo decisório mais transparente. Conforme observa Marçal Justen Filho, “o sucesso do modelo de agências depende dessa estruturação democrática, em que haja permanente acompanhamento da sua atuação por parte da sociedade civil”.<sup>40</sup>

Ainda que a agência observe todos os passos listados acima na implementação de uma política regulatória, não há a garantia de que ela atuará de maneira eficiente. É necessário que haja um compromisso por parte dos dirigentes de se produzir medidas eficientes e fundamentadas sob o risco de se esvaziar o conteúdo das normas regulatórias.

---

<sup>39</sup> BRASIL. Lei n. 9.986, de 18 de julho de 2000, Art. 5.

<sup>40</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Agências Reguladoras e democracia: existe um déficit democrático na regulação independente? **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte: Fórum, ano 1, n. 2, abr./jun. 2003, p. 9.

#### 4.3 PROBLEMAS DA INEFICIÊNCIA REGULATÓRIA

A premissa e o desafio da regulação partem da consideração de que os agentes privados têm como prioridade a maximização de seus lucros, atuação essa que não tem ou, no mais das vezes, apresenta enfoque secundário quanto à satisfação do interesse social. Daí que, quando esses agentes privados prestam serviços públicos, é necessária a atuação do Estado a fim de tutelar/zelar para que o interesse público envolvido seja adequadamente observado/cumprido. Caso esse aspecto seja descuidado, isso conduz a uma atuação ineficiente da agência reguladora, que pode gerar impactos negativos na qualidade dos serviços públicos eventualmente prestados.

Nesse sentido, a premissa da regulação eficiente compreende que a prestação de serviços públicos com preços módicos e desempenho eficiente traz benefícios para todos os atores de um setor regulado. Sem isso, haverá o inevitável risco de que os agentes privados abusem do poder econômico com a finalidade de dominar mercados e eliminar a concorrência. Quando a agência falha na fiscalização ou na elaboração de uma norma, significa que necessariamente todo um determinado setor poderá ser prejudicado.

Ademais, a ausência de fiscalização poderá permitir também que os agentes privados desempenhem suas tarefas de forma deficiente, podendo provocar danos irreparáveis ao interesse da coletividade. O Estado deve sempre buscar o melhor desempenho possível de uma atividade concedida, devendo observar, principalmente, se está de acordo com a política governamental estabelecida para o setor.

Considerando as relações que as agências reguladoras têm com empresas, é necessário apontar que as entidades privadas, visando à proteção de seus interesses econômicos, poderão exercer forte influência na tomada de decisões de uma agência. A doutrina denomina o fenômeno de teoria da captura. José dos Santos Carvalho Filho observa que o estudo da referida teoria “busca impedir uma vinculação promíscua entre a agência, de um lado, e o governo instituidor ou os entes regulados, de outro, com flagrante comprometimento da independência da pessoa controladora”<sup>41</sup>.

A razão de ser das agências é justamente a independência na definição de políticas econômicas de um setor e, do mesmo modo que elas não devem sofrer influência dos poderes Executivo e Legislativo, as agências não devem ser capturadas por grupos econômicos.

---

<sup>41</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2014, p. 495.

## 5 REGULAÇÃO E CONCORRÊNCIA

A interação entre a regulação setorial e o direito da concorrência é uma realidade inegável que frequentemente ocasiona conflitos entre a autoridade reguladora e a autoridade antitruste. Isso ocorre porque o ordenamento jurídico brasileiro não estabeleceu de maneira clara quais seriam os limites de atuação regulatório e concorrencial.

A discussão entre as duas áreas pode se dar de duas formas: (i) a autoridade regulatória possui (ou não) competência para atuar com direito da concorrência e (ii) é possível (ou não) que um particular que atue em um dado setor regulado seja imune à aplicação do direito da concorrência.<sup>42</sup>

A doutrina e jurisprudência administrativa no Brasil utilizam como ponto de partida interpretativo duas doutrinas norte-americanas para definir as competências regulatória e concorrencial, trata-se da *State Action Doctrine* e da *Pervasive Power Doctrine*.

### 5.1 STATE ACTION DOCTRINE

A *State Action Doctrine* ou “Teoria do Poder Amplo” foi desenvolvida a partir de análise do caso *California Retail Liquor Dealers Association v. Midcal* pela Suprema Corte Norte-Americana, onde foi suscitado conflito de competência entre atos dos governos estaduais e a legislação federal de defesa da concorrência.

Nesse caso, a Suprema Corte determinou serem dois os critérios analisados para se concluir se uma determinada regulação setorial estadual excluiria ou não a aplicação do direito antitruste federal: em primeiro lugar, seria necessário que a decisão da autoridade reguladora fosse tomada em decorrência de uma política claramente expressa de substituição da concorrência pela regulamentação; em segundo lugar, seria necessário a supervisão ativa e constante quanto ao cumprimento das obrigações regulatórias impostas. Os dois requisitos deveriam apresentar-se cumulativamente para que se pudesse concluir sobre a imunidade do ato à revisão das autoridades antitruste.<sup>43</sup>

Calixto Salomão Filho pondera que a aplicação da referida teoria no ordenamento jurídico brasileiro “levaria à conclusão necessária de que apenas quando o Estado permite a alguém a exploração de serviço público mediante concessão haveria a imunidade”, uma vez

<sup>42</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos). São Paulo: Malheiros, 2001, p. 134-135.

<sup>43</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. Competências antitruste e regulações setoriais. Revista do IBRAC, São Paulo, v. 16, n. 1, 2009, p. 30-31.

que somente nessas situações estaria claro o objetivo do Estado de substituir a defesa da concorrência pela regulação setorial monopolista e, conseqüentemente, o Estado teria interesse e mecanismos de fiscalização para supervisionar a atividades privadas.<sup>44</sup>

## 5.2 PERVERSIVE POWER DOCTRINE

A *Pervasive Power Doctrine* ou ‘Teoria do Poder Amplo’ foi desenvolvida a partir do caso *United States v. National Association of Securities Dealers, Inc.*, no qual foram estabelecidas regras para possíveis conflitos de competência entre o órgão federal de defesa da concorrência e a uma regulação setorial de sede federal.

A Suprema Corte Norte-Americana definiu que nessa situação haveria duas possibilidades para a não incidência da norma antitruste: ou as atribuições da autoridade regulatória têm tamanha extensão que afastariam qualquer outra atribuição, ou são suficientemente profundas, isto é, a própria autoridade setorial possui competência para aplicar a legislação de defesa da concorrência.<sup>45</sup>

## 5.3 A INTERPRETAÇÃO DESSAS DOUTRINAS NO BRASIL

No Brasil, Floriano de Azevedo Marques desenvolveu duas concepções sobre a relação entre a regulação setorial e a regulação da concorrência: unidimensional e bidimensional.<sup>46</sup>

Na primeira concepção, o autor considera que o plano de regulação estatal seria ocupado preferencialmente pelos aparatos de regulação setorial, cabendo à regulação da concorrência ocupar os demais espaços da ordem econômica, aqueles não sujeitos à regulação setorial específica.<sup>47</sup>

Na segunda, o autor define que a regulação setorial e a regulação da concorrência são dois planos distintos que se entrecruzam, isto é, existem pressupostos específicos a justificar a regulação setorial (interesses sociais na atividade, interesses nacionais em regradar o uso de bem escasso, interesses de políticas públicas em calibrar a competição num dado setor, etc.), há interesses gerais, consagrados constitucionalmente, a justificar a permanência da regulação

<sup>44</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos). São Paulo: Malheiros, 2001, p. 136-137.

<sup>45</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. Competências antitruste e regulações setoriais. Revista do IBRAC, São Paulo, v. 16, n. 1, 2009, p. 31.

<sup>46</sup> MARQUES, Floriano de Azevedo. Regulação Setorial e Autoridade Antitruste: a importância da independência do regulador. Concorrência e regulação no sistema financeiro. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; ROCHA, Jean Paulo Cabral Veiga da; MATTOS, Paulo Todescan Lessa (org.). Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 98.

<sup>47</sup> Idem.

voltada a proteger a preservação da competição enquanto pressuposto da própria ordem econômica.<sup>48</sup>

Portanto, não há qualquer condição de prevalência definitiva da regulação setorial em relação à regulação concorrencial. A análise é feita em cada caso concreto. Essa é a teoria acolhida no presente trabalho.

## **6 A THC2 E A ATUAÇÃO DA ANTAQ**

### **6.1 MARCO REGULATÓRIO E PRINCIPAIS AGENTES**

A Lei de Modernização dos Portos (Lei n. 8.630/1993), visando a descentralização do setor portuário, institucionalizou no Brasil o modelo de *Landlord port*, forma de gestão portuária que visa à progressiva transferência das atividades portuárias da autoridade portuária para a iniciativa privada. Nesse modelo, a infraestrutura portuária e a área do Porto são de propriedade da autoridade portuária, contudo, a infraestrutura é arrendada para agentes privados.

A Lei n. 8.630/1993 também inovou criando os Conselhos de Autoridade Portuária (CAP), que eram conselhos deliberativos compostos por representantes do governo, usuários, operadores e trabalhadores portuários para regulamentar a exploração do porto, promovê-lo, aprovar tarifas, entre outros, em nível local. Em 2001, com a promulgação da Lei de criação da ANTAQ, o desenho regulatório é novamente alterado. A agência passa a regular e fiscalizar os agentes públicos e privados no âmbito dos transportes aquaviários e da atividade portuária.

Em 2007 foi criada a Secretaria de Portos da Presidência da República, que tem como principais funções formulação de políticas e diretrizes para o fomento do setor, além da execução de medidas, programas e projetos de apoio ao desenvolvimento da infraestrutura portuária e da participação no planejamento estratégico e a aprovação dos planos de outorgas.

A última alteração considerável no setor ocorreu com a edição da Medida Provisória n. 595, de 6 de dezembro de 2012, que foi convertida na Lei n. 12.815, de 5 de junho de 2013. Uma das principais alterações realizada pelo novo marco regulatório foi a extinção do caráter deliberativo dos Conselhos de Autoridade Portuária, passando tais órgãos a ter caráter meramente consultivo.

---

<sup>48</sup> MARQUES, Floriano de Azevedo. Regulação Setorial e Autoridade Antitruste: a importância da independência do regulador. Concorrência e regulação no sistema financeiro. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; ROCHA, Jean Paulo Cabral Veiga da; MATTOS, Paulo Todescan Lessa (org.). Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 98.

A atividade portuária é composta por agentes públicos e agentes privados. Os agentes portuários públicos e privados relevantes ao presente trabalho são a Agência Nacional de Transportes Aquaviários ANTAQ (agente público), os importadores (agente privado), os exportadores (agente privado), os armadores (agente privado), os operadores portuários (agente privado) e os recintos alfandegados (agente privado). As competências da ANTAQ foram definidas no capítulo anterior. É preciso, portanto, entender a função dos demais agentes portuários.

Os importadores/exportadores celebram o contrato de compra e venda das mercadorias a serem transportadas e armazenadas. Os armadores são contratados pelos importadores/exportadores para a realização do transporte marítimo das mercadorias.

Os operadores portuários são pessoas jurídicas pré-qualificadas para exercer as atividades de movimentação de passageiros ou movimentação e armazenagem de mercadorias, destinadas ou provenientes de transporte aquaviário, dentro da área do porto organizado<sup>49</sup>. São empresas habilitadas para realizar a operação portuária, responsáveis pela operação de carregamento/estiva e descarga/desestiva dos navios e pelo recebimento e entrega da carga aos recintos alfandegados. Na operação com contêineres, a atividade de um terminal portuário envolve a movimentação vertical (do convés ou porão do navio ao seu costado) e horizontal (movimentação em terra, do costado do navio ao portão do terminal).

Em relação aos procedimentos envolvidos, João Paulo Soares Coelho observa que

os Operadores Portuários normalmente têm contratos com diferentes Armadores, que, assim, desembarcam e embarcam toda a carga de um determinado navio destinada a determinado porto em um mesmo terminal portuário. O terminal portuário é remunerado pelo seu cliente, o Armador, por meio do Box rate, que inclui a movimentação vertical (incluída nos contratos liner terms) e a movimentação horizontal (não incluída nos contratos liner terms) do contêiner. A movimentação horizontal, por sua vez, será cobrada pelo Armador do importador por meio da Terminal Handling Charge (THC), de modo a complementar a remuneração referente aos serviços abrangidos pelo contrato de transporte.<sup>50</sup>

Os recintos alfandegados são os locais em que podem ocorrer, sob controle aduaneiro, movimentação, armazenagem e despacho aduaneiro, na zona primária ou zona secundária, de mercadorias procedentes do exterior ou a eles destinadas<sup>51</sup>. Os recintos alfandegados da zona primária são aqueles localizados na área terrestre ou aquática, contínua ou descontínua, nos

<sup>49</sup> BRASIL. Lei n. 12.815, de 5 de junho de 2013, Art. 2, inciso XIII.

<sup>50</sup> COELHO, João Paulo Soares. Regulação e concorrência nos setores de infraestrutura: A Terminal Handling Charge 2 (“THC 2”) no porto de Salvador. 2013. 146 f. Monografia (Bacharelado em Direito) Universidade de Brasília, Brasília, 2013, p 57.

<sup>51</sup> BRASIL. Decreto n. 6.759, de 5 de fevereiro de 2009, Art. 9, I.

portos alfandegados<sup>52</sup>. Já os da zona secundária, também denominados de terminais alfandegados de uso público ou portos secos, compreendem toda a parte restante do território aduaneiro<sup>53</sup>.

Os operadores portuários e os recintos alfandegados, portanto, oferecem aos usuários o serviço de armazenagem das mercadorias, havendo clara competição entre ambos. Nota-se, também, que os primeiros dispõem de um elevado por mercado em relação aos últimos, uma vez que eles têm acesso ao porto molhado recebendo toda a carga diretamente dos armadores. Tal poderá servir para que os operadores portuários, devido ao seu poder de barganha, cobrem preços abusivos dos recintos alfandegados ou até mesmo retenham cargas como forma coagir esses ao pagamento de algum valor.

## 6.2 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A *TERMINAL HANDLING CHARGE 2* – THC2

As atividades de comércio exterior utilizam-se principalmente do modal marítimo para se desenvolverem. O aumento nos volumes de carga comercializados e transportados por via marítima em navegação de longo curso fez com que os agentes do setor desenvolvessem formas para melhorar a estrutura logística dos portos com o objetivo de aumentar a produtividade e eficiência das importações e exportações<sup>54</sup>.

Nesse contexto, foram criados portos especializados para receber navios que transportam cargas unitizadas em contêineres, capazes de agregar volumes fracionados de mercadorias em uma única unidade de carga. Os portos tiveram que adaptar suas infraestruturas, considerando o aumento do fluxo de importações/exportações a fim de atenderem a nova dinâmica mercantil com eficiência.

Os contratos de transporte marítimo usualmente são do tipo *liner terms*, os quais estabelecem que as atividades de estiva da carga nos navios, o transporte marítimo e a descarga nos portos de destino são obrigações dos armadores. Uma típica importação de mercadorias é constituída por duas fases distintas: o transporte e a armazenagem.

---

<sup>52</sup> BRASIL. Decreto n. 6.759, de 5 de fevereiro de 2009, Art. 3, I.

<sup>53</sup> Ibidem, Art. 3, II.

<sup>54</sup> COELHO, João Paulo Soares. Regulação e concorrência nos setores de infraestrutura: A Terminal Handling Charge 2 (“THC 2”) no porto de Salvador. 2013. 146 f. Monografia (Bacharelado em Direito) Universidade de Brasília, Brasília, 2013, p. 59.

O importador celebra o contrato de compra e venda com determinado exportador. A depender do tipo de contrato (com cláusula C&F<sup>55</sup> ou FOB<sup>56</sup>), o exportador ou o importador ficarão responsáveis pela contratação do transporte. No caso de um contrato com cláusula FOB, o importador fica responsável por pagar pelo transporte.

O importador, por sua vez, contrata um armador para realizar o transporte da carga para o porto de destino. O importador informa em qual porto deseja receber a mercadoria, mas não tem controle sobre qual operador portuário irá realizar a descarga e a entrega do contêiner no porto de destino. Isso porque é o armador que escolhe o píer de atracação: ele celebra um contrato com o operador portuário responsável pelo terminal de contêineres escolhido no porto de destino, passando a carregar e descarregar ali as cargas cujos fretamentos lhes sejam confiados.

A mercadoria importada deve passar pela alfândega brasileira para ser nacionalizada. Não há necessidade de que essa nacionalização seja feita imediatamente – a lei aplicável permite ao importador nacionalizar a mercadoria em diversos prazos, observados os regimes aduaneiros escolhidos pelos importadores. No período entre a descarga do navio e a nacionalização, a mercadoria, ainda em contêiner ou já desunitizada, deve permanecer em local especialmente autorizado: comumente, o recinto alfandegado.

Incumbe ao importador determinar o local em que a mercadoria será armazenada, seja no próprio operador portuário, seja em uma das instalações portuárias alfandegadas independentes. Se a carga for armazenada em uma instalação portuária independente, a obrigação do armador com o exportador ou com o importador (dependendo de quem o contratou) estará encerrada apenas no momento em que a instalação portuária recebe a carga no porto de destino, o que precisa ser viabilizado pelo operador portuário, único com acesso ao píer de atracação.

Adicionalmente, para viabilizar que sejam prestados os serviços de operação portuária necessários para que as cargas sejam disponibilizadas aos seus destinatários no portão dos terminais, os importadores costumam antecipar aos armadores, os valores relativos à

---

<sup>55</sup> *Cost and Freight* (“Custo e frete”). Tem como característica que o fim da responsabilidade do exportador ocorre com o simples transpasso da mercadoria pela murada do navio (“ship’s rail”). Este Termo é de uso exclusivo para o modal marítimo. Importante ressaltar que nesse caso, apesar do exportador ter de se responsabilizar pelo custo do transporte, a questão do seguro ficará, caso queira, ao custo do próprio importador. ADMINISTRAÇÃO DOS PORTOS DE PARANAGUÁ E ANTONINA. Dicionário Básico Portuário. 2. ed., p. 149. Disponível em: <<http://www.portosdoparana.pr.gov.br/arquivos/File/dicionario2011.pdf>>. Acesso em: 21 dez. 2018.

<sup>56</sup> *Free On Board*. Na venda com remessa da mercadoria pelo alienante através de via marítima, efetivada sob cláusula FOB, opera-se a tradição com a entrega da mercadoria à responsabilidade do comandante do navio. Feita entrega, e regularmente comprovada através de emissão do competente conhecimento de embarque, passam os riscos ao comprador. *Idem*.

movimentação horizontal das cargas para que essas empresas repassem tais valores aos operadores portuários.

Trata-se da THC *Terminal Handling Charge*, que, por tradução livre, significa “taxa de movimentação do terminal”. Além do valor do frete, que cobre a etapa marítima do transporte, o importador remunera ao armador os custos incorridos em razão da utilização da infraestrutura de atracação do terminal de contêineres que esse escolher, bem como por aqueles custos decorrentes da movimentação de cargas desde o costado do navio até a saída do terminal, de onde essas poderão ser retiradas e então conduzidas, por outro modal de transporte, usualmente o rodoviário ou o ferroviário, até sua efetiva destinação geográfica e econômica<sup>57</sup>.

No final da década de 1990, os operadores portuários do Porto de Santos começaram a cobrar a “THC2” das instalações portuárias independentes, em razão da movimentação lateral de contêineres destinados à armazenagem fora de sua área, em sobreposição à já cobrada THC.

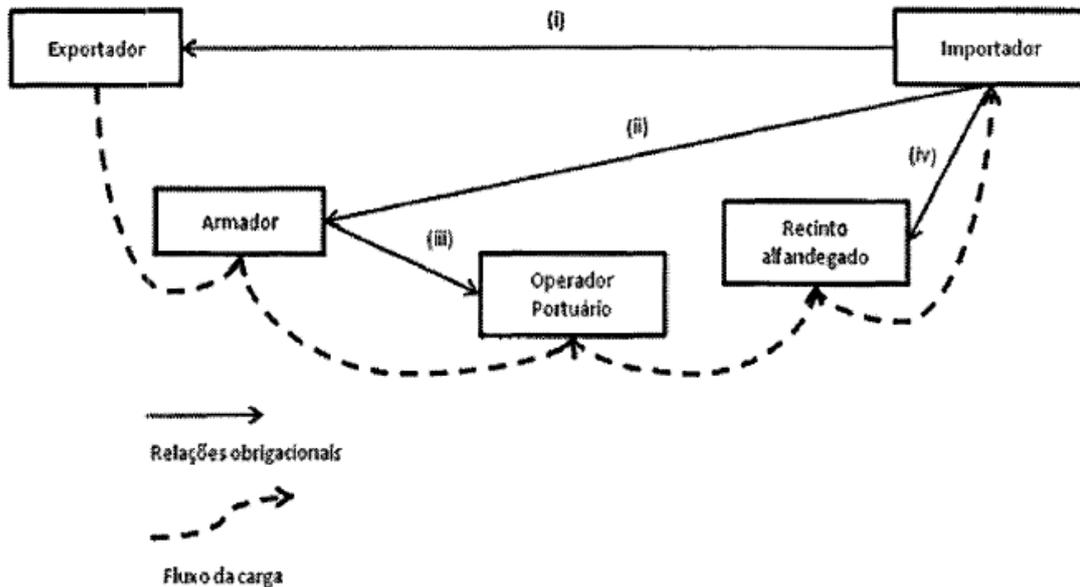
Os operadores portuários entendem que a THC consiste no preço cobrado pelo serviço de movimentação de contêiner do costado do navio para o píer do terminal portuário, ou seja, o armador seria remunerado pelo importador apenas para descarregar o navio. Após o descarregamento de todos os contêineres do navio no píer de um operador portuário, caberia ao recinto alfandegado solicitar a segregação e entrega de seus contêineres em seus caminhões e pagar pelo serviço realizado pelo operador portuário.

Para ilustração, segue abaixo fluxograma da cadeia contratual da operação normal de importação:

---

<sup>57</sup> COELHO, João Paulo Soares. Regulação e concorrência nos setores de infraestrutura: A Terminal Handling Charge 2 (“THC 2”) no porto de Salvador. 2013. 146 f. Monografia (Bacharelado em Direito) Universidade de Brasília, Brasília, 2013, p. 62.

**Figura 1:** Fluxograma de relações obrigacionais e fluxo da carga em cadeia contratual de operação de importação.<sup>58</sup>



Assim, temos a seguinte dinâmica com a relações jurídicas em uma típica operação de importação:

- (i) **Contrato de compra e venda entre importador e exportador**, em que se define a responsabilidade pelo transporte, que poderá caber ao importador ou exportador;
- (ii) **Contrato de transporte de mercadoria para a entrega ao porto de destino**, entre o responsável pelo transporte e o armador;
- (iii) **Contrato de descarga e de movimentação de contêiner entre o costado do navio e o portão do terminal**, entre armador e operador portuário;
- (iv) **Contrato de armazenagem da mercadoria antes de sua nacionalização entre importador e recinto alfandegado**, que pode ser operado por um operador portuário em áreas internas do porto ou em retroárea portuária, por empresas dedicadas a essa atividade.<sup>59</sup>

Nesse contexto, pode-se concluir que as relações jurídicas constantes em uma operação de importação são entre: **(i)** importador exportador (compra e venda); **(ii)** importador e armador (transporte); **(iii)** armador e operador portuário (desestiva); e **(iv)** importador e instalação portuária alfandegada ou importador e operador portuário (armazenagem).

<sup>58</sup> CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). Processo administrativo n. 08012.001518/2006-37, 2006. Fl. 2559.

<sup>59</sup> CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). Processo administrativo n. 08012.001518/2006-37, 2006. Fl. 2559.

### 6.3 A ATUAÇÃO DA ANTAQ EM RELAÇÃO À THC2

Foram estudados inicialmente dois processos em que a ANTAQ teve a oportunidade de julgar a questão da cobrança da THC2. Tratam-se dos processos: (i) n. 50300.000022/2002, referente ao Porto de Salvador e (ii) n. 50300.000159/2002, referente ao Porto de Santos.

Além dos processos citados acima, a ANTAQ, por meio da portaria n. 32/2008-ANTAQ de 22/02/2008, constituiu Grupo de Trabalho para estabelecer parâmetros regulatórios a serem observados na prestação de serviços de movimentação de contêineres em instalações portuárias de uso público (processo n. 50300.000381/2008-86). A seguir, será analisado como a agência conduziu e julgou cada um dos processos.

#### 6.3.1 A THC2 no Porto de Salvador

O processo n. 50300.000022/2002, referente ao Porto de Salvador, teve início a partir de denúncia feita pela Secretaria da Indústria, Comércio e Mineração do Governo do Estado da Bahia e do Conselho de Autoridade Portuária dos Portos de Salvador e Aratu.

Nesse processo, há vários pareceres da Superintendência de Portos sinalizando que a cobrança da THC2 seria anticompetitiva e sugerindo que a ANTAQ encaminhasse o processo ao CADE para apuração da possível infração à ordem econômica:

[...] entendemos que não cabe à Superintendência de Portos afirmar que as mencionadas práticas configuram infração contra a ordem econômica, mas apenas que encontrou ou constatou nelas indícios de infração. A esse respeito, foram relacionadas 5 hipóteses de abuso de posição dominante, nos termos do disposto no artigo 21 da Lei n. 8.884/1994, e sugerimos que a ANTAQ adote as providências previstas no inciso XLVI do artigo 3 do Regulamento aprovado pelo Decreto n. 4.122, de 2002, ou seja, 'dar conhecimento ao CADE, à Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça ou à Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, conforme o caso, de fato que configure ou possa configurar infração contra a ordem econômica.<sup>60</sup>

Após a devida instrução, a ANTAQ decidiu pela ilegalidade da THC2. Nessa oportunidade, a agência, por meio de decisão colegiada, corroborando os pareceres técnicos exarados pela Superintendência de Portos, considerou ilegítima a cobrança da THC2 em Salvador, uma vez que:

[...] embora existam custos adicionais na movimentação de cargas destinadas a outros recintos alfandegados, o serviço prestado está totalmente abrangido pelo conceito do serviço de movimentação de containers consagrado no contrato de arrendamento, não estando, pois, configurada a existência de serviços adicionais.<sup>61</sup>

<sup>60</sup> AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS (ANTAQ). Processo administrativo. 50300.000022/2002, 2002. Fl. 104.

<sup>61</sup> Ibidem, Fl. 212.

Além disso, a agência determinou a remessa do processo ao CADE por “reconhecer indícios de exploração abusiva, pela TECON Salvador S/A e pela Intermarítima Terminais Ltda., de posição dominante no mercado”.<sup>62</sup>

### 6.3.2 A THC2 no Porto de Santos

O caso do Porto de Santos foi iniciado a partir de representação formulada pela empresa Marimex – Despachos, Transportes e Serviços Ltda. Ao longo desse processo administrativo, foram realizadas diversas análises técnicas pela Superintendência de Portos da ANTAQ, que, em todas as oportunidades, concluiu pela ilegalidade da cobrança imposta pelos operados portuários. No mesmo sentido, a Procuradoria Jurídica da ANTAQ, emitiu parecer corroborando os termos do posicionamento técnico da própria agência, propugnando pela declaração de ilicitude da cobrança:

[...] vejo, portanto, que em relação à questão da pertinência do valor cobrado aos Recintos Alfandegados, é válido o entendimento da área técnica da ANTAQ que considera indevida a cobrança da denominada ‘THC2’, pela ausência de justificativa operacional ou comercial, indicando que a essa cobrança deve ser examinada como indício de infração contra a ordem econômica, por representar disputa desleal pelo mercado de armazenagem alfandegada, o que está em consonância com o entendimento exposto pela D. Procuradoria-Geral do CADE e opinio pelo seu acolhimento.<sup>63</sup>

Em dissonância com os pareceres técnico e jurídico e com a decisão tomada em relação ao Porto de Salvador, a Diretoria da ANTAQ decidiu, por maioria, que a cobrança da THC2 era legítima, pois:

os serviços de segregação e entrega de contêineres pelos operadores portuários aos recintos alfandegados existem, geram custos adicionais não cobertos pela THC do armador e, em consequência, sua cobrança afigura-se justificada e não há na conduta descrita nos autos indícios de infração à ordem econômica, nos termos das Leis n. 8.884/1994.<sup>64</sup>

Questionada novamente por meio de recurso administrativo, a Diretoria-Geral da ANTAQ solicitou novo posicionamento técnico da Superintendência de Portos e jurídico da Procuradoria-Geral, que se posicionaram por meio de pareceres ambos pelo reconhecimento da ilegalidade da THC2<sup>65</sup>.

<sup>62</sup> Idem.

<sup>63</sup> AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS (ANTAQ). Processo administrativo n. 50300.000159/2002, 2002. Fl. 1766.

<sup>64</sup> Ibidem, Fls. 1802-1833.

<sup>65</sup> Ibidem, Fls. 2364-2406; 2407-2421.

No entanto, novamente, por maioria de votos, a Diretoria da ANTAQ negou provimento ao recurso administrativo e manteve sua decisão originária. Assim o fazendo, a maioria do colegiado contrariou abertamente o posicionamento do órgão técnico da agência e seu próprio posicionamento anterior (referente ao processo administrativo de Salvador).

Em 2008, a ANTAQ constituiu um grupo de trabalho com a finalidade de elaborar proposta de norma estabelecendo parâmetros regulatórios a serem observados na prestação de serviço de movimentação de contêineres. Após os estudos do grupo de trabalho, com contribuições de todos os envolvidos no setor, o Grupo de Trabalho editou um relatório final proibindo “qualquer cobrança ao exportador ou importador ou aos recintos alfandegados independentes” além da *box rate*, a qual contempla a THC original, suportado inclusive por parecer da Procuradoria Geral Federal junto à ANTAQ.<sup>66</sup>

Ao final do procedimento foi editada a Resolução n. 2.389/2012, que, dentre todos os seus dispositivos, regula que a “box rate” cobre, além do embarque e da descarga, a movimentação horizontal do contêiner do portão do terminal até o porão do navio, no caso da exportação; e do porão do navio até uma “pilha intermediária”, no caso da importação:

Art. 2º Para os efeitos desta Norma, considera-se:

VI - Cesta de Serviços (Box Rate): preço cobrado pelo serviço de movimentação das cargas entre o portão do terminal portuário e o porão da embarcação, incluída a guarda transitória das cargas até o momento do embarque, no caso da exportação, ou entre o porão da embarcação e sua colocação na pilha do terminal portuário, no caso da importação, considerando-se, neste último caso, a inexistência de cláusula contratual que determine a entrega no portão do terminal;

VII - Taxa de Movimentação no Terminal (Terminal Handling Charge - THC): preço cobrado pelo serviço de movimentação de cargas entre o portão do terminal portuário e o costado da embarcação, incluída a guarda transitória das cargas até o momento do embarque, no caso da exportação, ou entre o costado da embarcação e sua colocação na pilha do terminal portuário, no caso da importação, considerando-se, neste último caso, a inexistência de cláusula contratual que determine a entrega no portão do terminal.<sup>67</sup>

Assim, a Resolução dita que os serviços não contemplados na *box rate* devem ser livremente negociados entre o operador portuário e o usuário. Tal resolução gerou confusão regulatória e não pacificou os conflitos administrativos e judiciais envolvendo a questão. Em razão disso, a ANTAQ iniciou o processo de revisão da Resolução n. 2.389/2012.

Nessa oportunidade, o então Diretor Presidente da ANTAQ afirmou que, com a edição do novo marco regulatório dos portos, surgiu a necessidade de revisar a Resolução n.

<sup>66</sup> AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS (ANTAQ). Processo administrativo n. 50300.000381/2008-86, 2008.

<sup>67</sup> AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS (ANTAQ). Resolução n. 2.389, de 13 de fevereiro de 2012.

2.398/2012<sup>68</sup>. O processo de revisão contou inicialmente com a manifestação da Superintendência de Regulação Portuária da ANTAQ<sup>69</sup>. A nota técnica afirma que:

Tal prática [a cobrança da THC2], além de ostentar clara lógica de concentração de mercado e de rentseeking, consistente em retirar margem de bem-estar do consumidor dos serviços de operação portuária o qual teve suas opções logísticas restringidas e seus custos aumentados adquiriu racionalidade anticompetitiva. Materializa restrição vertical realizada pelos operadores portuários, também prestadores de serviços no mercado de armazenagem, contra os seus concorrentes nesse último nicho.

Diante dessas premissas, a Superintendência de Regulação Portuária da ANTAQ preparou uma minuta de nova resolução que explicitamente proibia a cobrança da THC2 dos recintos alfandegados, para que fosse submetida à consulta pública.<sup>70</sup>

Importante registrar também as novas redações dos artigos referentes à box rate e à cobrança da THC2 dos recintos alfandegados:

Art. 2. Para os efeitos desta Norma, consideram-se [...] II – cesta de serviços (box rate): valor cobrado da empresa de navegação, ou seu representante, pelo terminal de uso público ou se uso privado ou, ainda, pelo operador portuário, referente ao serviço de movimentação de mercadorias: a) na exportação: entre o portão do terminal portuário e o porão ou convés da embarcação, incluída a guarda transitória (free time), até o momento do embarque; b) na importação: desde o porão ou convés da embarcação até sua entrega ao importador, consignatário ou recinto alfandegado, incluído a guarda transitória (free time).”

- “Art. 3. A cesta de serviços (box rate) será cobrada da empresa de navegação ou seu representante pelo terminal de uso público ou se uso privado, ou pelo operador portuário, a título de remuneração do serviço de movimentação de mercadorias descrito no art. 2, inciso II, alíneas “a” e “b”. § 1 A cesta de serviços (box rate) será cobrada exclusivamente da empresa de navegação, não cabendo cobrança ao exportador, importador, embarcador, consignatário ou recinto alfandegado de quaisquer valores a esse título.

A Procuradoria da ANTAQ manifestou-se favoravelmente pela minuta Resolução e pela submissão da norma à consulta pública. O processo de revisão da norma foi incluído em pauta pelo Diretor Relator à época que afirmou em sessão de julgamento:

Ressalto que a nova resolução normativa visa dar mais transparência aos custos da operação portuária, fortalecer o poder normativo da agência, extirpar cobranças tradicionais, punindo as empresas em caso de descumprimento da norma, e definir quais atividades fazem parte e são remuneradas pela Cesta de Serviço (Box Rate) e pela THC; que o escopo da alteração proposta nestes autos é a efetivação do poder

<sup>68</sup> AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS (ANTAQ). Processo administrativo n. 50300.000381/2008-86, 2008.

<sup>69</sup> Idem.

<sup>70</sup> Na justificativa técnica do art. 1, afirma-se: “Suprimiu-se o trecho ‘em instalações de uso público, nos portos organizados’ com o intuito de garantir uma uniformidade de critérios regulatórios e contemplar as instalações portuárias autorizadas localizadas dentro ou fora do porto organizado, no âmbito das quais os serviços de armazenagem alfandegada também são prestados, para além da operação portuária. Desse modo, com a ampliação da escala de cargas e do número de autorizatários, eventual surgimento de demandas semelhantes à THC2 no âmbito dos terminais de uso privado e que não sejam afastadas pelas pressões competitivas já estará vedado desde a origem pela regulação trazida pela nova norma”.

regulatório da ANTAQ, visto que a Resolução 2.389/2012 optou por não regular a questão e gerou diversos questionamentos; que descontentamento com norma aprovada pela referida resolução 2.389/2012 e a alteração do marco regulatório inaugurado pela Lei 12.815/2013 tornaram imperiosa a revisão do instrumento normativo em análise.<sup>71</sup>

Após o voto do Diretor Fernando Fonseca, o Diretor Adalberto Tokarski requereu vista do processo. Havia na época, portanto, indicativos contundentes de efetiva revisão da Resolução ANTAQ 2.389/2012, e que, em futuro breve, a agência poderia abolir a THC2 pela perspectiva regulatória.

Não obstante, foi apresentada para consulta pública minuta de resolução completamente diferente do extenso parecer apresentado pela Procuradoria da ANTAQ: a Diretoria da ANTAQ, apesar dos extensos pareceres técnico e jurídico e sem motivação, sugeriu nova minuta autorizando a cobrança da THC2.

A tabela abaixo representa as idas e vindas da agência em relação ao assunto:

2003	A Diretoria da ANTAQ considerou a cobrança da THC2 ilegítima no Porto de Salvador.
2005	- A Superintendência de Portos e a Procuradoria Jurídica da ANTAQ emitem pareceres opinando pela declaração de ilicitude da THC2 no Porto de Santos. - A Diretoria da ANTAQ considera legítima a cobrança da THC2 no Porto de Santos.
2008	O grupo de trabalho formado p/ elaborar proposta de norma edita relatório final proibindo toda e qualquer cobrança aos recintos alfandegados.
2012	Foi editada a Resolução n. 2.389/2012 a qual regula que a box rate cobre, além do embarque e da descarga, a movimentação do porão do navio até uma pilha "intermediária".
2015	- Motivada pela confusão regulatória da Resolução n. 2.389/2012, a ANTAQ iniciou processo de revisão referida resolução. - A Superintendência de Regulação Portuária da ANTAQ elaborou minuta de nova resolução proibindo a cobrança da THC2.

<sup>71</sup> Transcrição do voto do Diretor Fernando Fonseca no julgamento do processo administrativo n. 50300.000381/2008-86, durante a 396 Reunião de Diretoria, do dia 17/12/2015. 396a Reunião de Diretoria da ANTAQ. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=ziop2pmTWVY>>. Acesso em 05 nov. 2018.

	- O relator do processo de revisão, Fernando Fonseca, inicia o julgamento vota pela aprovação da minuta apresentada pela Superintendência de Regulação.
2018	Foi apresentada nova minuta, completamente diferente do parecer técnico de 2015. A Diretoria da ANTAQ não solicitou parecer da Procuradoria após a alteração.

## 7 O ENTENDIMENTO DO CADE: O CASO RODRIMAR

A escolha por se estudar o caso “Rodrimar” se justifica principalmente pelo recorte temporal: a questão foi analisada já sob o prisma do novo marco regulatório e após várias discussões acerca da Resolução n. 2.389/2012.

Vale ressaltar que a questão também foi debatida pelo CADE quando da análise do processo administrativo n. 08012.007443/99-17, no qual ficou determinada a cessação, no Porto de Santos, da cobrança da THC2 pelos terminais portuários TECONDI – Terminal para Contêineres da Margem Direita, Santos Libra Terminais S/A – Terminal 37, Usiminas (Rio Cubatão Logística Portuária Ltda.) e Santos Brasil. A Rodrimar S/A, também atuante no Porto de Santos, não foi incluída como representada naquele processo porque, à época de sua instauração, não operava como terminal portuário.

Conforme será analisado a seguir, o CADE exerceu sua competência regulatória geral, em razão da ausência de uma política regulatória clara da cobrança da THC2.

### 7.1 BREVE SÍNTESE DO CASO

O caso “Rodrimar” teve início com a representação formulada pela empresa Marimex – Despachos, Transportes e Serviços LTDA., sob a alegação de que a Rodrimar teria cobrado valor referente à transferência de contêineres desembarcados no Porto de Santos, sob pena de retenção dos referidos contêineres.

De acordo com a representação da Marimex, a Rodrimar teria incorrido em infração aos artigos 20, incisos I, II e IV e 21, incisos IV e V, todos da Lei n. 8.884/94, a partir o dia 2 de março de 2006, quando enviou comunicado eletrônico a vários recintos alfandegados exigindo o pagamento da THC2. Em síntese, a Marimex sustentou que a Rodrimar vinha se aproveitando

de sua posição dominante na cadeia logística de importação marítima de mercadorias para falsear um mercado cativo de liberação de contêineres.

A Rodrimar alegou que (i) havia regulação sobre a THC2, uma vez que a Diretora Executiva da Companhia Docas do Estado de São Paulo proferiu decisão determinando o valor máximo que os terminais portuários de Santos poderiam cobrar pela transferência de contêineres<sup>72</sup> e (ii) havia um parecer do Ministro dos Transportes favorável à cobrança da THC2. Em resumo, a Rodrimar trouxe em sua defesa o argumento de que a THC2 estaria imune à análise antitruste, em razão da suposta existência de política regulatória sobre o assunto.

Após a devida instrução, o Tribunal Administrativo do CADE, nos termos do voto Conselheiro Relator, determinou a condenação da Rodrimar pela prática de infração à ordem econômica prevista nos artigos 20, incisos I, II e IV e 21, incisos IV e V, todos da Lei n. 8.884/94 (com correspondência no artigo 37, incisos I, II, IV e § 3, incisos III, IV, X, XII da Lei 12.529/2011).

## 7.2 ANÁLISE DO CASO

Inicialmente o Conselheiro Relator Paulo Burnier destacou três momentos para analisar a conduta da Rodrimar: (i) do início da conduta até a publicação do Acórdão n. 13/2010 da ANTAQ; (ii) do Acórdão n. 13/2010 até a publicação da Resolução n. 2.389/12 da ANTAQ e (iii) da publicação da Resolução n. 2.389/12 da ANTAQ até o momento atual.

No primeiro momento, o Relator destaca que as Decisões Direxe n. 371/2005 e n. 50/2006 proferidas pela CODESP regulando os valores da THC2 no Porto de Santos eram ilegais, uma vez que a competência para regular tais valores era exclusiva da ANTAQ. Ademais, à época dos fatos, ou seja, na vigência da Lei n. 8.630/93, a CODESP também não tinha competência para analisar questões concorrenciais, tampouco suas decisões possuíam preponderância em relação às decisões do CADE.

No segundo momento, que é o período entre a publicação do Acórdão n. 13/2010 proferido no processo administrativo n. 50300.000159/2002 no qual a ANTAQ entendeu que a cobrança da THC2 era legítima até a publicação da Resolução n. 2.389/12, o Conselheiro Relator entendeu que trata-se acórdão casuístico, não alcançando agentes que não foram parte do processo administrativo que o motivou. Foi verificado que constam como partes no processo n. 50300.000159/2002 apenas as empresas Marimex Despachos, Transportes e Serviços Ltda.;

---

<sup>72</sup> CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). Processo administrativo n. 08012.001518/2006-37, 2006, Fls. 275.276. Segundo a Rodrimar, a Decisão Direxe n. 371/2005 proferida pela CODESP alterou o marco regulatório anterior e amparou a cobrança da THC2.

Libra Terminais S.A. - T35 e T37; Companhia Docas do Estado de São Paulo - Codesp; Terminal para Contêineres da Margem Direita S.- Tecondi; e Santos Brasil S.A.

No terceiro momento, o Tribunal Administrativo do CADE, seguindo o voto do Relator, aplicando as recomendações da OCDE, considerou que a Resolução n. 2.389/12 da ANTAQ é meramente autorizativa, mas não impositiva quanto à cobrança da THC2 no Brasil. De acordo com esse entendimento, a isenção antitruste só seria aplicada caso a empresa não tivesse autonomia comportamental.

O CADE ressaltou que tem sinalizado há mais de dez anos que a cobrança da THC2 é ilícita à luz do direito concorrencial, não devendo pairar qualquer dúvida sobre o entendimento e que a Rodrimar, consciente desse cenário de incerteza jurídica e da condenação da cobrança da THC2 pelo CADE, deveria se abster de praticar a conduta.

O julgado também destacou que não há uma escolha clara, em termos de política pública, de oferecer isenção antitruste à cobrança da THC2 pela ANTAQ. Durante a realização da audiência pública anterior à Resolução n. 2.389/12, a ANTAQ recebeu diversas contribuições enfatizando os problemas causados pela cobrança da THC2 e, quando da decisão final, não justificou o motivo de não acatamento das referidas contribuições.

Nota-se, nesse contexto, que houve um cenário de completa insegurança jurídica em relação à cobrança da THC2 no período analisado pelo CADE. A ANTAQ não teve êxito em formular uma política pública clara e responsável para o setor e, conseqüentemente, o CADE, em sua função regulatória geral, teve se mais uma vez que afirmar seu entendimento sobre o assunto.

### 7.3 CONSEQUÊNCIAS DA ATUAÇÃO DESCOORDENADA DA ANTAQ E DO CADE NO SETOR PORTUÁRIO

O ordenamento jurídico brasileiro não impõe, automaticamente, a competência regulatória setorial em detrimento da competência regulatória geral. A análise deve ser realizada em cada caso concreto, devendo ser considerado (i) a existência de política regulatória setorial clara com normas impositivas conferindo imunidade antitruste a determinado assunto e (ii) caso haja imunidade antitruste, a constante fiscalização por parte da agência reguladora para coibir abuso de posição dominante.

Desde que a ANTAQ mudou seu entendimento em relação à THC2 para autorizar a cobrança, a agência não teve êxito em deixar claro se há ou não uma política de imunidade antitruste sobre a THC2 e qual o seu fundamento. É verdade que as agências reguladoras

possuem um aparato jurídico que ampara a independência de suas decisões, mas essa atuação não deve ser irresponsável. A ANTAQ tem o dever de justificar seus atos de maneira clara visando à segurança jurídica do setor por ela regulado.

Diante desse contexto, o Tribunal de Contas da União (TCU) tem fiscalizado a eficiência e legalidade dos atos da ANTAQ nos últimos anos. A corte de contas verificou que a agência reguladora não dispõe de procedimento formalmente definido e padronizado para avaliação da abusividade de preços impugnados por meio de denúncias e acompanhamento sistemático dos custos de movimentação de contêiner, fato que subsidiaria a análise de possível abusividade dos preços impugnados. Tais fatos permitem que agentes com maior poder econômico abusem de seu poder perante outros agentes.<sup>73</sup>

O CADE possui competência constitucional de assegurar a livre iniciativa e a livre concorrência; conseqüentemente, deve exercer seu poder investigatório/sancionatório sempre que estiver diante de uma ilegalidade concorrencial. A regra deve ser a atuação irrestrita do CADE na proteção da ordem econômica. A existência de uma norma meramente autorizativa sem qualquer fundamento que imponha eventual imunidade antitruste, portanto, não é isenta do controle exercido pela autoridade concorrencial brasileira.

Dessa forma, a atuação descoordenada da ANTAQ e do CADE é prejudicial para o setor portuário. A uma, porque causa insegurança jurídica nas relações dos agentes que atuam no setor e, por exemplo, questões que poderiam ser resolvidas exclusivamente pelo órgão regulador são direcionadas para outros entes administrativos e para o judiciário. A duas, porque o vazio regulatório pode causar ineficiências no setor que, conseqüentemente, encarecem o valor final dos produtos ali comercializados.

## **8 INEFICIÊNCIA REGULATÓRIA DA THC2**

As agências reguladoras foram criadas com o propósito de reduzir a atuação do Estado em alguns setores da economia, devendo buscar atingir o melhor resultado possível de seus atos. A ANTAQ é uma das agências mais importantes para o desenvolvimento econômico do país, dado que é a responsável por gerenciar a infraestrutura e a operação de transportes aquaviários.

O conflito envolvendo a THC2 é conhecido desde antes da criação da agência e envolve parte da operação de importação de mercadorias. A ANTAQ, como agência reguladora, possui

---

<sup>73</sup> TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). Relatório de auditoria operacional n. 024.768/2017-0, 2017.

como característica principal a autonomia e independência dos atos de seus dirigentes. Contudo, seus atos devem sempre observar os princípios da legalidade, eficiência e motivação.

Foi observado que a regulamentação da THC2 nunca foi tratada de forma coerente pela agência. Apesar de o CADE ter considerado a cobrança anticompetitiva, a agência não criou nenhum mecanismo para coibir a conduta de possíveis agentes econômicos que detivessem maior poder econômico e tampouco justificou a ausência de uma política regulatória para a cobrança.

As inconsistências entre posicionamentos internos da agência também podem indicar que nem sempre se buscou a melhor solução possível para o caso. Conforme exposto na linha do tempo apresentada no sexto capítulo, os diretores da ANTAQ contrariaram em mais de uma oportunidade, pareceres técnicos e jurídicos devidamente fundamentados da Gerência de Regulação Portuária e da Procuradoria da agência, sem razões que endereçassem/refutassem, de maneira clara e satisfatória, os argumentos técnicos e jurídicos expendidos.

É certo que as decisões da ANTAQ não estão vinculadas a tais pareceres. Contudo, diante da importância econômica referente à cobrança da THC2, era de se esperar que a agência tomasse as decisões de maneira motivada e rebatendo ponto a ponto os motivos pelos quais discordou dos pareceres técnicos e jurídicos apresentados -- o que não se verificou no caso.

Outro aspecto relevante para a avaliação da atuação da ANTAQ sobre a questão aqui estudada é a omissão da agência em relação às contribuições da audiência pública anterior à Resolução n. 2.389/12. Vale lembrar que a participação da sociedade na formação das decisões das agências reguladoras confere legitimidade à independência de seus atos.

Sobre o assunto, Marçal Justen Filho defende que:

a mera participação popular e a audiência da sociedade são insuficientes. É fundamental que a atividade decisória da agência incorpore a participação popular, mesmo quando não aceda com as sugestões e propostas apresentadas. Incorporar a participação popular significa reconhecer como relevante a intervenção externa, acolhendo-a ou justificando sua rejeição.<sup>74</sup>

Dessa forma, a ANTAQ viola o princípio constitucional da eficiência previsto no art. 37, caput da Constituição Federal quando não atua em conformidade com a sua lei de criação e quando não observa os pressupostos de existência das agências reguladoras. No caso concreto, a agência falhou (i) ao não elaborar uma política pública clara e objetiva para a THC2 e (ii) quando foi omissa em relação às manifestações contrárias à THC2 no processo de revisão da Resolução n. 2.389/12.

---

<sup>74</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Agências Reguladoras e democracia: existe um déficit democrático na regulação independente? Revista de Direito Público da Economia, Belo Horizonte: Fórum, ano 1, n. 2, abr./jun. 2003.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A regulação portuária é uma das atividades mais importantes para o desenvolvimento econômico do país. A ANTAQ, enquanto agência reguladora, dispõe de independência decisória, independência de objetivos, independência de instrumentos e independência financeira para cumprir esse relevante mister.

É esperado que a agência resista a qualquer pressão de grupos de interesse, sejam eles do Estado ou privados; atue de acordo com as finalidades estabelecidas em lei; aplique sanções aos agentes que porventura se envolverem em atividades ilícitas que possam prejudicar o setor; tenha capacidade para cumprir suas finalidades, uma vez que possui independência financeira.<sup>75</sup>

Para além disso é necessário comprometimento das agências reguladoras com a proteção da ordem econômica no setor por elas regulado. As políticas regulatórias que de alguma maneira tiverem que restringir um mercado devem ser fundamentas e claras para todos os agentes envolvidos no setor. A atuação coordenada entre as agências e a autoridade antitruste é fundamental nesse processo.

Durante a elaboração do presente trabalho, foi publicada a Medida Provisória n. 881, de 30 de abril de 2019, também conhecida como a medida provisória da liberdade econômica. A medida ainda não foi convertida em lei, no dia 18 de junho de 2019 foi criada comissão mista no Congresso Nacional para analisa-la.

A medida possui um dispositivo que pode ter um impacto considerável em questões como a atuação da ANTAQ sobre a THC2. Trata-se do artigo 4º e seus três primeiros incisos:

Art. 4 É dever da administração pública e dos demais entes que se vinculam ao disposto nesta Medida Provisória, no exercício de regulamentação de norma pública pertencente à legislação sobre a qual esta Medida Provisória versa, exceto se em estrito cumprimento a previsão explícita em lei, evitar o abuso do poder regulatório de maneira a, indevidamente:

- I - criar reserva de mercado ao favorecer, na regulação, grupo econômico, ou profissional, em prejuízo dos demais concorrentes;
- II - redigir enunciados que impeçam a entrada de novos competidores nacionais ou estrangeiros no mercado;
- III - criar privilégio exclusivo para determinado segmento econômico, que não seja acessível aos demais segmentos [...].

A referida norma não previu nenhum tipo de penalidade para o descumprimento do disposto no art. 4º, contudo, mostra que há uma preocupação estatal com eventual abuso do poder regulatório pela administração pública. O histórico de omissão da regulação da cobrança da THC2 pela ANTAQ em relação ao seu aspecto anticompetitivo abre margem para a

---

<sup>75</sup> ARANHA, Marcio Iorio. Manual de Direito Regulatório. Londres: Laccademia Publishing Limited, 2015, p. 139-141.

interpretação de que a agência estaria deliberadamente abusando do seu poder regulatório para proteger um grupo de empresas.

## REFERÊNCIAS

- ADMINISTRAÇÃO DOS PORTOS DE PARANAGUÁ E ANTONINA. **Dicionário Básico Portuário**. 2. ed. Disponível em:  
<http://www.portosdoparana.pr.gov.br/arquivos/File/dicionario2011.pdf>. Acesso em: 21 dez. 2018.
- AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS (ANTAQ). Processo administrativo. 50300.000022/2002.
- AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS (ANTAQ). Processo administrativo n. 50300.000159/2002.
- AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS (ANTAQ). Processo administrativo n. 50300.000381/2008-86. Disponível em:  
[http://sei.antaq.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_processo\\_exibir.php?0TxMIY7suxqYeS0\\_-bnQRzBgPmJAhdOAenqaRd0Bw6N\\_JHI13VRarriyPP9VduBLW\\_dPwMCTHY8Ir2IGWKTLaCbCINhw2ECIXvxb10pCzAAVWz8CIEBRgjBRFPsPEMLQ](http://sei.antaq.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0TxMIY7suxqYeS0_-bnQRzBgPmJAhdOAenqaRd0Bw6N_JHI13VRarriyPP9VduBLW_dPwMCTHY8Ir2IGWKTLaCbCINhw2ECIXvxb10pCzAAVWz8CIEBRgjBRFPsPEMLQ) Acesso em: 4 nov. 2018.
- AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS (ANTAQ). Resolução n. 2.389, de 13 de fevereiro de 2012.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. Competências antitruste e regulações setoriais. **Revista do IBRAC**, São Paulo, v. 16, n. 1, 2009.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. Princípio da Eficiência. In: PIETRO, Maria Sylvia Zanella di; SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Fundamentos e princípios do direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. (Coleção doutrinas essenciais: direito administrativo - V. 1).
- ARANHA, Marcio Iorio. **Manual de Direito Regulatório**. Londres: Laccademia Publishing Limited, 2015.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, 1988.
- BRASIL. Decreto n. 4.122, de 13 de fevereiro de 2002.
- BRASIL. Decreto n. 6.759, de 5 de fevereiro de 2009.
- BRASIL. Lei n. 9.986, de 18 de julho de 2000.
- BRASIL. Lei n. 10.223, de 5 de junho de 2001.
- BRASIL. Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011.
- BRASIL. Lei n. 12.815, de 5 de junho de 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2014.

COELHO, João Paulo Soares. **Regulação e concorrência nos setores de infraestrutura: A Terminal Handling Charge 2 (“THC 2”) no porto de Salvador**. 2013. 146 f. Monografia (Bacharelado em Direito) Universidade de Brasília, Brasília, 2013.

COMPANHIA DOCAS DO ESTADO DE SÃO PAULO (CODESP). **Mensário estatístico do Porto de Santos** – Setembro 2018. Disponível em:  
<[http://intranet.portodesantos.com.br/docs\\_codesp/doc\\_codesp\\_pdf\\_site.asp?id=125276](http://intranet.portodesantos.com.br/docs_codesp/doc_codesp_pdf_site.asp?id=125276)>  
Acesso em: 20 nov. 2018.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). Processo administrativo n. 08012.001518/2006-37, 2006.

COSTODIO FILHO, Ubirajara. EC 19/98 e o Princípio da Eficiência na Administração Pública. In: PIETRO, Maria Sylvia Zanella di; SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos e princípios do direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 1003. (Coleção doutrinas essenciais: direito administrativo - V. 1).

FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. 3 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. Agências Reguladoras e democracia: existe um déficit democrático na regulação independente? **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte: Fórum, ano 1, n. 2, abr./jun. 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

MARQUES, Floriano de Azevedo. Regulação Setorial e Autoridade Antitruste: a importância da independência do regulador. Concorrência e regulação no sistema financeiro. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; ROCHA, Jean Paulo Cabral Veiga da; MATTOS, Paulo Todescan Lessa (org.). **Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2018.

MORAIS, Dalton Santos. Os custos da atividade administrativa e o princípio da eficiência. In: PIETRO, Maria Sylvia Zanella di; SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos e princípios do direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. (Coleção doutrinas essenciais: direito administrativo - V. 1).

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

REUNIÃO DE DIRETORIA DA ANTAQ, 396. Disponível em:  
<https://www.youtube.com/watch?v=ziop2pmTWVY>. Acesso em: 5 nov. 2018.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica** (princípios e fundamentos jurídicos). São Paulo: Malheiros, 2001.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**: as estruturas. São Paulo: Malheiros, 2002.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). Relatório de auditoria operacional n. 024.768/2017-0, 2017.