



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA

LETÍCIA FERNANDES VARGAS ROUSSEAU NUNES

**A INTERFACE ENTRE REGULAÇÃO E CONCORRÊNCIA:
Uma análise da proibição do SSE/THC-2**

Brasília – DF

2025

LETÍCIA FERNANDES VARGAS ROUSSEAU NUNES

**A INTERFACE ENTRE REGULAÇÃO E CONCORRÊNCIA:
Uma análise da proibição do SSE/THC-2**

Monografia apresentada à Banca Examinadora na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Professores Orientadores: Prof. Dra. Daniela Marques de Moraes e Prof. Dr. Bruno Corrêa Burini

Brasília – DF

2025

LETÍCIA FERNANDES VARGAS ROUSSEAU NUNES

A INTERFACE ENTRE REGULAÇÃO E CONCORRÊNCIA:

Uma análise da proibição do SSE/THC-2

Monografia apresentada à Banca Examinadora na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

07 de fevereiro de 2025.

BANCA EXAMINADORA:

Daniela Marques de Moraes

Orientadora – Universidade de Brasília (UnB)

Bruno Corrêa Burini

Orientador – Universidade de Brasília (UnB)

Eric Hadmann Jasper

Avaliador – Instituto Brasileiro de Ensino,
Desenvolvimento e Pesquisa (IDP)

Gilberto Mendes Calasans Gomes

Avaliador – Instituto Brasileiro de Ensino,
Desenvolvimento e Pesquisa (IDP)

Brasília – DF

2025

Aos meus pais, Jaciara Fernandes Rousseau e João Emilio Vargas Rousseau Nunes, cujos sacrifícios silenciosos e sonhos renunciados edificaram os alicerces que me permitiram trilhar meu próprio caminho.

Ao meu querido, Rafael Naves Navarro, cujo amor constante foi farol nas horas de dúvida. Minha eterna gratidão, pois foi sua fé em mim que iluminou as sombras mais densas e me permitiu finalizar essa (e mais tantas outras) etapas da minha vida.

AGRADECIMENTOS

Inicialmente agradeço àqueles que me permitiram estar aqui hoje, minha mãe, Jaciara Fernandes Rousseau, e meu pai, João Emílio Vargas Rousseau Nunes. Agradeço ao meu irmão, Igor Fernandes Vargas Rousseau Nunes e à minha vó Olímpia do Carmo Nunes Rousseau, que ainda que repita de forma reiterada que “se eu pudesse te dar o mundo, te dava, Lê!”, sem saber, me deu o mundo inteiro ao longo dessa vida.

À minha família, tanto os que estão pertinho, Rayanne, Roberta, Renata, Tia Menta, Cris, Izabella, Tia Rosinha, Vivi, Cleber, quanto os que estão (fisicamente) longe, Tio Beto, Rosi, Dinda, Tio Xande, Angelina e Joaquim.

Também agradeço especialmente à Professora Daniela Marques de Moraes, que me acompanhou ao longo da minha trajetória acadêmica e com quem tive a oportunidade de aprender a ter apreço pelo processo civil.

Agradeço aos meus amigos Marco Antônio Poti e João Pedro Rezende Tomé pela companhia em sala de aula e pelos vários resumos e fotos de caderno ao longo desses cinco anos que certamente me salvaram nos momentos de desespero. Aos meus amigos Pedro Henrique Petrocelio Rodrigues, Daniela Bernardes e Alanna Jessika de Oliveira Lima, já disse e repito, compartilhar as angústias, dores e alegrias da vida com vocês é muito gratificante.

Ao meu grupinho de reclamações diárias, Maria Melo Carvalho, Juliana Vieira Machado e Paola Vilalba, minha vida é mais leve desde que conheci vocês.

Aos meus primeiros chefes, Adovaldo Filho e Leandro Grass, pelos inúmeros aprendizados e por terem acreditado no meu potencial, abrindo as portas para mim ainda que eu fosse tão (mais) nova nesse mundo que é o Direito.

Além disso, agradeço ao Rafael Naves Navarro, o primeiro leitor deste trabalho e com quem compartilhei incontáveis choros ao longo dessa e de outras etapas da minha vida, dentre elas Exame da OAB, PIBIC e por fim este Trabalho de Conclusão de Curso. Obrigada por topar ficar enfurnado por horas a fio em bibliotecas e cafeterias para que esse trabalho fosse possível. Dividir a vida com você é incrível.

Por fim, agradeço à minha equipe do contencioso cível do BRZ Advogados, especialmente Juliana Litaiff que “segurou o rojão” enquanto eu terminava este trabalho. Obrigada por tornarem tudo mais leve com uma dose diária de risadas em meio às várias crises que enfrentamos.

Ao Bruno Corrêa Burini, orientador não apenas deste trabalho, mas um verdadeiro mentor, a quem devo tanto e sou imensamente grata. Obrigada por acreditar tanto em mim.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a cobrança do Serviço de Segregação e Entrega (SSE) / *Terminal Handling Charge-2* (THC-2) entre Operadores Portuários e Terminais Retroportuários Alfandegados no mercado de armazenagem de contêineres no setor portuário a partir das perspectivas regulatória e concorrencial sobre a legitimidade da cobrança. Para tanto, a pesquisa percorre conceitos gerais sobre regulação e concorrência para aprofundar a análise do SSE/THC-2 como um fato jurídico de múltipla incidência. Utiliza como método revisão bibliográfica sobre regulação, concorrência e processo civil, bem como a análise de jurisprudência e de decisões proferidas no Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência, na Agência Nacional de Transportes Aquaviários, no Superior Tribunal de Justiça, no Supremo Tribunal Federal e no Tribunal de Contas da União. A dissertação tem como escopo promover um debate sobre isenções antitruste no ordenamento jurídico brasileiro e, ao final, concluiu-se que não há isenção antitruste no setor portuário no que se refere à cobrança de SSE/THC-2, de maneira que a atuação regulatória setorial e a atuação do órgão antitruste deve ser complementar e conexa para garantir a efetiva proteção da concorrência e da livre iniciativa, evitando-se assim a exclusão dos Terminais Retroportuários Alfandegados do mercado.

Palavras-chave: THC-2, Fato Jurídico de Múltipla Incidência, Operadores Portuários, Terminais Retroportuários Alfandegados, Isenção Antitruste

ABSTRACT

The present paper aims to analyze the fee Segregation and Delivery Service (SSE) / Terminal Handling Charge-2 (THC-2) charged by Port Terminals to Customs-Bonded Warehouses (inland terminals or dry ports) in the port sector's container storage market from a regulatory and a competitive perspective about the legitimacy of the fee. To do so, the research examines general concepts on regulation and competition to deepen the analysis of SSE/THC-2 as a legal fact with multiple incidences. This research is a literature review on regulation, competition and civil procedure, as well as an analysis of jurisprudential and decisions issued by the antitrust authority, the sectoral regulatory agency, the Superior Court of Justice, the Supreme Federal Court and the Brazilian Federal Audit Court. The dissertation aims to promote a debate about antitrust exemptions in the Brazilian legal system and, at the end, it was concluded that there is no antitrust exemption in the port sector, so that the regulatory action and the action of the antitrust agency must be complementary and related to ensure effective protection of competition and free initiative, thus avoiding the exclusion of Customs-Bonded Warehouses from the market.

Keywords: THC-2, Legal Fact with Multiple Incidences, Port Terminals, Customs-Bonded Warehouses, Antitrust Exemption.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade
AIR – Análise de Impacto Regulatório
ANA – Agência Nacional de Águas
ANP – Agência Nacional de Petróleo
ANTAQ – Agência Nacional de Transportes Aquaviários
ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária
CADE – Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência
CDC – Código de Defesa do Consumidor
CRFB/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
FCC – Federal Communications Commission
MPF – Ministério Público Federal
NBC – National Broadcasting Company
OAB – Ordem dos Advogados do Brasil
OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
OP – Operador Portuário
PIBIC – Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica
PORTOBRAS – Empresa Brasileira de Portos do Brasil S.A.
RCA – Radio Corporation of America
RE – Recurso Extraordinário
REsp – Recurso Especial
SBDC – Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência
SNDE – Secretaria Nacional de Direito Econômico
SDE – Secretaria de Direito Econômico
SEAE – Secretaria de Acompanhamento Econômico
SG – Superintendência-Geral do CADE
SRF – Secretaria da Receita Federal
SSE – Serviço de Segregação e Entrega
STF – Supremo Tribunal Federal
STJ – Superior Tribunal de Justiça
TCU – Tribunal de Contas da União
THC-2 – *Terminal Handling Charge – 2*
TRA – Terminais Retroportuários Alfandegados

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 NOTAS GERAIS SOBRE REGULAÇÃO	13
1.1 Conceito e características	13
1.2 O Estado Regulador e o papel das agências reguladoras.....	15
2 NOTAS GERAIS SOBRE PROTEÇÃO DA CONCORRÊNCIA	20
2.1 A proteção da concorrência e o papel do CADE.....	21
2.2 Infrações à ordem econômica: o rol do art. 36 da Lei nº 12.529/2011	26
2.2.1 A tutela da livre concorrência e da livre iniciativa: art. 36, <i>caput</i> , inciso I, da Lei nº 12.529.....	27
2.2.2 O domínio de mercado e o abuso de posição dominante; art. 36, <i>caput</i> , incisos II e IV, da Lei nº 12.529.	29
2.2.3 A repressão ao lucro excessivo: art. 36, <i>caput</i> , inciso III, da Lei nº 12.529. ...	31
3 O CASO SSE/THC-2.....	33
3.1 A logística na operação de movimentação de cargas em contêineres	34
3.2 A cobrança do SSE/THC-2.....	35
3.3 Perspectivas da cobrança do SSE/THC-2.....	36
4 FATOS JURÍDICOS DE MÚLTIPLA INCIDÊNCIA	39
4.1 Jurisdição e competência	39
4.2 Ilícitos e fatos jurídicos de múltipla incidência	40
4.3 Tribunais Administrativos Judicantes	43
5 INTERFACES ENTRE REGULAÇÃO E CONCORRÊNCIA	48
5.1 <i>A rule of reason</i> norte-americana	50
5.2 <i>State Action Doctrine</i>	51
5.3 <i>Pervasive Power Doctrine</i>	53
5.4 <i>Regulated Conduct Defense</i>	55
5.5 Avaliação do STJ e a proposta de tropicalização das teorias americanas	56

6 A INTERFACE ENTRE REGULAÇÃO E CONCORRÊNCIA NO CASO SSE/THC-2.....	61
6.1 Perspectiva da ANTAQ sobre a controvérsia.....	61
6.1.1 As Resoluções Normativas da ANTAQ sobre o SSE/THC-2.....	62
6.1.2 A decisão do TCU: Acórdão 1.448/2022-TCU-PL.....	68
6.1.3 Posição da ANTAQ após a suspensão da Resolução nº 72/2022.....	70
6.2 Perspectiva do CADE sobre a controvérsia.....	73
6.2.1 A jurisprudência do CADE	73
6.2.2 As infrações à ordem econômica dos Operadores Portuários.....	81
6.3 Interface entre ANTAQ e CADE	84
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	89
REFERÊNCIAS	90

INTRODUÇÃO

Com a edição do Programa Nacional de Desestatização na década de 90, o poder público passou a exercer com maior afinco o papel de regulador e agente normativo da atividade econômica, promovendo-se assim uma reestruturação de setores até então por ele monopolizados.

No setor portuário não foi diferente. Até meados da década de 90, a forte intervenção estatal na exploração do setor atingiu seu ápice com a criação da Empresa Brasileira de Portos do Brasil S.A. (PORTOBRAS), empresa pública que coordenava os investimentos, administração, regulação e operação de todo o sistema portuário. Com a extinção da PORTOBRAS, entrou em vigor a Lei da Modernização Portuária (Lei nº 8.630/1993), a qual promoveu uma gradual delegação dos serviços para o setor privado, experimentando-se assim um retorno à atividade descentralizada e atraindo, por conseguinte, investimentos privados na expansão e modernização dos portos.

Em 2001, o setor ainda passou por uma segunda reforma regulatória com a criação da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), agência reguladora responsável por supervisionar, fiscalizar e regular agentes públicos e privados atuantes no setor. Por sua vez, em 2012, o cenário foi modificado pela edição da Medida Provisória nº 595/2012, convertida na Lei nº 12.815/2013 (“Lei dos Portos”), que atualmente regula a exploração estatal direta e indireta no setor portuário.

Desse modo, o setor portuário, até então de monopólio estatal, passou por transformações estruturais de modo que a concorrência passou a coexistir com a necessidade de regulação. O setor tornou-se simultaneamente sujeito ao regime de regulação setorial específico, capitaneado pela ANTAQ e a regras de defesa da concorrência, de competência do CADE. A coexistência entre defesa da concorrência e regulação é uma realidade inegável, e, por se entrelaçarem, surge a difícil tarefa de harmonizá-las e integrá-las pois ambas são complementares e necessárias para limitar o poder de mercado e encorajar a competição.

A partir dessas premissas, busca-se analisar de que forma a regulação e a proteção da concorrência se relacionam e quais são seus impactos na cobrança do paradigmático Serviço de Segregação e Entrega (SSE) / *Terminal Handling Charge-2* (THC-2) por parte dos Operadores Portuários aos Terminais Retroportuários Alfandegados.

Para tanto, o presente trabalho passa pela compreensão do que é regulação, suas características e o papel das agências reguladoras, bem como pela compreensão da defesa da

concorrência, o papel do CADE e as características das infrações à ordem econômica previstas na norma antitruste.

A partir da compreensão de aspectos gerais acerca dos papéis da regulação e da concorrência nos dois primeiros capítulos deste trabalho, analisa-se a logística na operação de movimentação de cargas containerizadas, as relações contratuais que a envolvem e a dinâmica operacional entre Operadores Portuários e Terminais Retroportuários Alfandegados para então se assimilar o que é a cobrança do SSE/THC-2 e seus impactos nas esferas cível, regulatória, concorrencial e tributária, o que revela o caráter de multiplicidade de incidências do SSE/THC-2.

Diante disso, passa-se então à conceituação do que são fatos jurídicos de múltipla incidência, percorrendo conceitos basilares do processo civil, quais sejam, jurisdição, competências, normas e ilicitudes, abordando-se ainda o papel dos tribunais administrativos como órgãos detentores de poder jurisdicional, ainda que sujeitos ao controle do Poder Judiciário.

Já no capítulo 5 desta dissertação, aborda-se a interface entre regulação e concorrência de maneira geral através do direito comparado com conceitos norte-americanos como a *rule of reason*, a *State Action Doctrine*, a *Pervasive Power Doctrine*, e com a análise da OCDE sobre isenções antitruste. Ao final do capítulo, o presente trabalho analisa recente julgado do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que versou sobre a aplicação das doutrinas norte-americanas de isenção antitruste no ordenamento jurídico brasileiro.

Por fim, perpassados todos esses capítulos, compreende-se que o SSE/THC-2 é um fato jurídico de múltipla incidência e chega-se, no capítulo 6, à análise da interface entre regulação e concorrência na cobrança de SSE/THC-2. Neste último capítulo objetiva-se compreender de que modo a interface entre regulação e concorrência é aplicada no caso, a quem cabe decidir acerca da (i)legalidade do SSE/THC-2 e se há isenção antitruste no setor portuário apta a justificar a cobrança de SSE/THC-2.

Assim, é feita uma análise acerca da cobrança tanto pela perspectiva da ANTAQ, agência regulatória do setor portuário, quanto pela perspectiva do CADE, autarquia responsável pela defesa da concorrência, tanto em uma função preventiva quanto repressiva e orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico. Por fim, é possível analisar de que forma as concepções gerais sobre a interface entre regulação e concorrência aplicam-se ao caso, bem como o atual cenário da controvérsia em sua multiplicidade.

1 NOTAS GERAIS SOBRE REGULAÇÃO

A atuação do Estado no domínio econômico é exercida de duas formas: direta, por meio da qual o Estado atua como agente econômico através de empresas públicas e sociedades de economia mista; e indireta, deixando a atividade econômica para exploração por particulares, reservando-se a um papel de regulador e fiscalizador.

Essa segunda forma de atuação do Estado no domínio econômico é constitucionalmente prevista no art. 174, da CRFB/88¹ e, para melhor compreensão do objeto do presente trabalho, urge analisar como se dá esse papel de regulador e fiscalizador do Estado no domínio econômico. Para tanto, uma compreensão histórica do termo “regulação” utilizado no atual cenário brasileiro e sua definição se fazem fundamentais.

Além disso, busca-se compreender as características do Estado Regulador e o papel das Agências Reguladoras face o movimento de desestatização da década de 1990.

1.1 Conceito e características

A partir da reforma para um modelo menos centralizado na década de 1980, serviços e atividades que antes eram realizados exclusivamente pelo Estado passaram a ser operados por empresas privadas. Uma vez promovida a desestatização de atividades de alto interesse público, surgiu a necessidade de uma atuação normativa do Poder Público, para que, por não mais atuar de forma direta, mantivesse um controle regulador e fiscalizador daquelas atividades. Afinal, conforme pontua Odete Medauar, “tratando-se de serviços públicos que passam a ser desempenhados por particulares, o Estado jamais se desliga”.²

Segundo Justen Filho, “passou-se a um novo modelo de atuação estatal, que se caracteriza preponderantemente pela utilização da competência normativa para disciplinar a atuação dos particulares”³ e a esta função estatal diferenciada, intitular-se-ia regulação,

¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988. 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.

² MEDAUAR, Odete. *Regulação e autorregulação*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 228, p. 123-128, abr./jun. 2002, p. 124.

³ JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito regulatório*. Interesse Público, Belo Horizonte, v. 9, p. 19-40, 2007.

Disponível em:

https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/7885649/mod_resource/content/1/JUSTEN%20FILHO%20-%20O%20direito%20regulat%C3%B3rio%20-%20IP%20n.%20432007.pdf. Acesso em: 21 dez. 2024.

vocábulo novo no âmbito do direito administrativo brasileiro, o qual refere-se ao controle permanente e concentrado da autoridade pública. A esse respeito, conforme leciona Di Pietro,

No direito brasileiro, o vocábulo *regulação* surgiu com o movimento de Reforma do Estado, especialmente quando, em decorrência da privatização de empresas estatais e da introdução da ideia de competição entre concessionárias na prestação de serviços públicos, entendeu-se necessário “regular” as atividades objeto de concessão a empresas privadas, para assegurar a regularidade na prestação dos serviços e o funcionamento equilibrado da concorrência.⁴

O Estado passa então a assumir o papel de limitar os fins e a natureza das atividades desempenhadas por agentes econômicos através do mecanismo de regulação de tais atividades. De acordo com Marcio Iorio Aranha, a regulação surge pela necessidade de proteção de direito à igualdade de condições concorrenciais, ou seja,

[...] o controle regulatório sobre pessoas jurídicas não surgiu, em sua origem, por razões de preservação do mercado, dos preços, ou mesmo para defesa dos consumidores, mas por um fundamento inerente à igualdade, pois a mera existência das pessoas jurídicas empresariais constitui um fator desqualizador das relações econômicas ao introduzir seres desumanizados em um ambiente de acumulação de capital e técnica impossível de ser alcançado por suas contrapartes humanas, dotadas de tempo finito de vida e fadadas à responsabilização pessoal por seus atos.⁵

Portanto, através da definição de regras, o Estado impõe determinados comportamentos aos diversos agentes. Ou seja, o Estado, ao mesmo tempo em que abriu espaço para a iniciativa privada, reduzindo sua atuação direta nos setores econômicos e fomentando o desenvolvimento do mercado, manteve seu papel como garantidor da preservação de direitos fundamentais nos setores regulados, limitando assim a liberdade dos entes privados.

A regulação pode ser definida, portanto, como uma forma de atuação alternativa à atuação direta do Estado na Economia. Segundo Di Pietro, “a regulação constitui-se como o conjunto de regras de conduta e de controle da atividade econômica pública e privada e das atividades sociais não exclusivas do Estado, com a finalidade de proteger o interesse público”.⁶

Há de se destacar ainda o aspecto crítico acerca do modelo de regulação. George Stigler aponta o risco da captura, em que o regulador é capturado por agentes econômicos mais poderosos, que acabam pressionando o regulador para obtenção de benefícios – como a criação

⁴ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Limites da Função Reguladora das Agências diante do Princípio da Legalidade*. In: *Direito regulatório: temas polêmicos*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 20.

⁵ ARANHA, Márcio Iorio. *Manual de direito regulatório: fundamentos de direito regulatório*. 6. ed. London: Laccademia Publishing, 2021, p. 15.

⁶ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Limites da Função Reguladora das Agências diante do Princípio da Legalidade*. In: *Direito regulatório: temas polêmicos*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 22.

de empecilhos para a entrada de novos participantes no mercado ou para que não sejam onerados com o curso de benefícios outorgados a outros grupos.⁷ Em virtude disso, é fundamental a independência do regulador, que deve ser dotado de capacidade técnica para dominar o mercado que fiscaliza e disciplina. Nesse ínterim, pontua Bagnoli:

A regulação, portanto, deve atuar de forma a criar a concorrência no mercado onde ela naturalmente não existe e, para que o mercado funcione bem em concorrência, o regulador deve levar ao consumidor a plenitude das informações, de modo que ele possa fazer suas melhores escolhas. Nos casos de monopólios naturais, onde a competição naturalmente é inviável, a intervenção destina-se à promoção de valores políticos e sociais, de modo que o serviço seja prestado adequadamente à sociedade (qualidade, universalização e preço) e o retorno financeiro à empresa seja como se ela estivesse atuando em um ambiente competitivo.⁸

É certo que o papel da regulação “se traduz numa atuação jurídica, de natureza repressiva e promocional, visando a alterar o modo de conduta dos agentes públicos e privados”.⁹ Nas palavras de Salomão Filho, “a regulação tem o papel de mitigar as falhas de mercado e proteger os consumidores”.¹⁰

1.2 O Estado Regulador e o papel das agências reguladoras

Em contrapartida ao Estado de Bem-Estar Social, em que o Estado atua como grande provedor, “separando-se claramente o interesse público do privado e os colocando em posição de conflito”, no Estado Regulador, “a posição do particular é elevada à categoria de parceiro do poder público”.¹¹ Ou seja, ao contrário da intervenção direta, inerente ao Estado produtor de bens e serviços, na intervenção indireta do Estado regulador, “o Estado limita-se a exercer o poder de polícia sobre a atividade econômica desempenhada pelo particular, estabelecendo regras, fiscalizando, reprimindo, ou, em suma, regulando”.¹²

Não obstante, a própria CRFB/88 passou a prever, em seu artigo 174, uma nova definição do papel do Estado na economia, o qual retirou-se da sua função de prestador de serviços e adotou uma posição de regulador. A própria exploração de atividade econômica pelo

⁷ SZTAJN, Rachel. *Teoria Jurídica da Empresa: Atividade Empresária e Mercados*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 54.

⁸ BAGNOLI, Vicente. *Direito Econômico*, São Paulo: Atlas, 2013, p. 119.

⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 678.

¹⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2008.

¹¹ ARANHA, Márcio Iorio. *Manual de direito regulatório: fundamentos de direito regulatório*. 6. ed. London: Laccademia Publishing, 2021, p. 104.

¹² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Limites da Função Reguladora das Agências diante do Princípio da Legalidade*. In: *Direito regulatório: temas polêmicos*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 23.

Estado passou a ser excepcional em casos expressamente ressalvados pela Constituição ou em duas situações: (a) segurança nacional; (b) relevante interesse coletivo.¹³

Portanto, de modo paralelo à privatização de empresas estatais, utilizando-se de seu papel de detentor do controle e monitoramento da atividade econômica, o Estado Regulador buscou desenvolver mecanismos legais e institucionais para o eficiente exercício dessas suas novas funções. Assim, a forma com que a regulação se operacionaliza e se manifesta é variada. Na visão de Cuétara Martinez,

A regulação pode ser entendida de duas formas: em sentido amplo, abrangente tanto do que chamamos de *intervencionismo simples* (mera atividade de polícia) como da totalidade dos serviços públicos, monopolizados ou não; ou em sua acepção de *regulação econômica*, em sentido mais estrito, que se centra na regulação do livre mercado em benefício de valores coletivos que vão mais além da segurança de pessoas e bens.¹⁴

Conforme destaca Aranha, “ora a regulação promove prioritariamente a publicidade dos procedimentos regulatórios, ora a proteção da indústria incumbente, ora a limitação dos monopólios e oligopólios, ora a defesa da tríade consumidor-trabalho-meio-ambiente, ora a legitimidade da ordem capitalista”.¹⁵

Consoante pontua Medauar,

[...] a regulação, no atual contexto, abrange: a edição de normas; a fiscalização do seu cumprimento; a atribuição de habilitações (p. ex: autorização, permissão concessão); a imposição de sanções; a mediação de conflitos (para preveni-los ou resolvê-los, utilizando variadas técnicas, por exemplo: consulta pública; audiência pública; celebração de compromisso de cessação e compromisso de ajustamento)¹⁶.

A partir disso, surge o que Di Pietro intitula de “movimento de agencificação”¹⁷, norteado pela necessidade de um tratamento técnico, especializado e versado para a solução das falhas de mercado a que a regulação econômica busca corrigir diante da complexidade das

¹³ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988. Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

¹⁴ MARTINEZ, Cuétara. *Aproximación a la regulación de servicio público como nuevo paradigma para la prestación de servicios económicos*. In: *El nuevo servicio público*. Madri: Marcial Pons, 1997. p. 95. Apud MEDAUAR, Odete. *Regulação e autorregulação*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 228, p. 123-128, abr./jun. 2002, p. 95.

¹⁵ ARANHA, Márcio Iorio. *Manual de direito regulatório: fundamentos de direito regulatório*. 6. ed. London: Laccademia Publishing, 2021, p. 51.

¹⁶ MEDAUAR, Odete. *Regulação e autorregulação*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 228, p. 123-128, abr./jun. 2002, p. 127.

¹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 31. ed. ver. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 38.

atividades econômicas reguladas. Foi a partir dessa necessidade de regular e fiscalizar as empresas privadas as quais exploram atividades essencialmente públicas que as agências reguladoras foram constituídas. Conforme Schirato,

(...) as agências reguladoras independentes surgem no Direito Administrativo brasileiro – assim como em diversos outros ordenamentos jurídicos – como o instrumento de atuação estatal nos setores em que tal atuação seja necessária para o alcance das finalidades públicas impostas ao Estado pelo ordenamento jurídico, em decorrência de sua retirada da exploração direta de determinadas atividades e serviços. Pode-se até mesmo afirmar que o advento das agências reguladoras independentes é um pressuposto para os processos de privatização e desestatização.¹⁸

Nesse sentido, a despeito de as agências reguladoras integrarem a estrutura da Administração Pública Indireta, são autarquias sob regime especial criadas por lei e dotadas de autonomia administrativa e financeira para resistirem a eventuais pressões políticas do governo. Às agências reguladoras cumpre o exercício da fiscalização e da regulação de serviços realizados pelas empresas privadas, se tornando o novo instrumento de atuação do Estado no domínio econômico. Nas palavras de Di Pietro, a instituição das agências se justificou pela “necessidade de órgão especializado para organizar o setor, manter o equilíbrio do mercado e resolver os conflitos entre as prestadoras de serviços ou entre estas e os usuários”.¹⁹

De acordo com Pedro Dutra (1998), o modelo das agências reguladoras foi estabelecido a partir de quatro fatores:

Quatro fatores concretos contribuíram para definir o modelo moderno das agências reguladoras. O primeiro, a necessidade de decisões em tempo econômico, dirimindo conflitos entre prestadores e entre estes e usuários. Setores como os de serviços públicos demandam altos investimentos de instalação e de manutenção e a solução tardia de conflitos vulnera investimentos e compromete o devido atendimento ao consumidor. O segundo fator é a habilitação técnica da agência, que lhe permita enfrentar a complexidade inerente aos serviços regulados, inclusive exigindo dos prestadores obediência às inovações tecnológicas. O terceiro é de ordem econômica: a tensão a ser permanentemente dominada, entre a tendência ao monopólio natural, inerente a esses serviços, e o fato de eles deverem ser prestados em um regime constitucional de livre mercado. O quarto fator opera no plano jurídico: aqui a tensão se acha na conciliação do interesse público, imantado pelo conjunto dos consumidores, e o interesse privado, manifestado nas empresas prestadoras dos serviços.²⁰

¹⁸ SCHIRATO, Vitor Rhein. *As agências reguladoras independentes e alguns elementos de Teoria Geral do Estado*. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (orgs.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

¹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Limites da Função Reguladora das Agências diante do Princípio da Legalidade*. In: *Direito regulatório: temas polêmicos*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 37.

²⁰ DUTRA, Pedro. *A fiscalização dos serviços públicos privatizados*. Rio de Janeiro: Gazeta Mercantil, 20 out. 1998. p. A-3.

Inspiradas nos modelos europeu e norte-americano, são formas de descentralização administrativa compostas por membros nomeados pelo Presidente da República após aprovação do Congresso Nacional. De modo geral, os Conselheiros/Diretores apenas perdem seu mandato em caso de renúncia, condenação judicial transitada em julgado ou por meio de processo administrativo disciplinar.

O que se observa é que o poder estatal continuou a interferir na economia por meio de normas e por meio das agências. Conforme destaque de Nunes,

O chamado *Estado regulador* revela-se, afinal, um *pseudoestado regulador*, um Estado que renuncia ao exercício por si próprio, dessa “função reguladora”, inventada para responder à necessidade de, perante a “privatização” do próprio Estado, salvaguardar o interesse público.²¹

Sobre esse modelo de regulação por agências reguladoras, Amanda Flávio pontua que,

em alguns casos, ao processo de privatização de empresas estatais sucedeu a criação de uma agência reguladora no setor; em outros, a agência significou a mudança de natureza jurídica do ente estatal responsável pela regulamentação do setor, substituindo-se a ação estatal por via de ministérios pela atuação pela via de autarquias especiais.²²

Com atuação técnica e não política, busca-se, com as agências reguladoras, o equilíbrio nas relações entre agentes econômicos, sociedade e o próprio poder público.²³ As agências atuam dentro das normas que definem as suas atribuições, baseadas na especialidade a elas conferidas em razão do segmento específico em que atuam. Para Di Pietro, a função das agências reguladoras é quase legislativa e quase judicial:

A função é *quase legislativa* porque as agências recebem, por lei, quando criadas, o poder de baixar normas com força obrigatória. Mas a função é *quase legislativa* porque as normas das agências estão colocadas abaixo das leis na escala hierárquica, podendo ser invalidadas por decisão judicial, quando contrariarem as leis, seja por infringência dos *standards*, princípios, diretrizes contidos na lei (princípio do devido processo legal substantivo), seja por inobservância do processo de elaboração das normas, em que a participação do cidadão constitui exigência obrigatória em várias fases.

²¹ NUNES, António José Avelãs. *Breve reflexão sobre o chamado estado regulador*. Revista do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis: Fundação Boiteux, a. XXVII, n. 54, 2007, p. 13-14.

²² OLIVEIRA, Amanda Flávio de. *Mitos e Verdades sobre Regulação por Agências*. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/mulheres-na-regulacao/mitos-e-verdades-sobre-regulacao-por-agencias>. Acesso em: 29 de dez. de 2024.

²³ MARSHALL, Carla. *Regulação e concorrência: espécies do mesmo gênero*. Scientia Iuris – Revista do Curso de Mestrado em Direito Negocial da UEL, Londrina: Editora da UEL, v. 11, 2007, p. 16.

A função é *quase judicial* porque as agências resolvem conflitos entre prestadores de serviço ou destes com os usuários. E suas decisões são passíveis de apreciação judicial.²⁴

Assim, o Estado Regulador, alternativa ao Estado do Bem-Estar Social até então vigente, é caracterizado pelo seu papel de regular o mercado para controle de falhas de mercado a fim de se preservar os interesses dos usuários, do Poder Público e das próprias empresas privadas. Para tanto, o Estado instituiu as Agências Reguladoras, entidades independentes com expertise e autonomia para garantir o equilíbrio de interesses inerente ao mercado.

Em suma, a regulação no Brasil emergiu como uma alternativa à desestatização e à necessidade de controle sobre atividades de alto interesse público que passaram a ser realizadas e operadas por empresas privadas. O Estado Regulador, diferentemente do Estado de Bem-Estar Social, atua de forma indireta, utilizando-se de normas e agências reguladoras para garantir a harmonia entre interesses públicos e privados. Nesse contexto, as agências reguladoras, dotadas de autonomia, desempenham um papel crucial no Estado Regulador, valendo-se sua habilidade técnica e especializada em cada setor em que atuam.

²⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 31. ed. Ver. Atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 38.

2 NOTAS GERAIS SOBRE PROTEÇÃO DA CONCORRÊNCIA

Com a redução da intervenção direta do Estado na economia e com o aumento de suas funções de incentivo, planejamento e fiscalização através de seu papel regulador, a política de defesa da concorrência passou a ter grande importância no cenário econômico brasileiro.²⁵

A política de defesa da concorrência, para Farina, pode ser definida como as ações e parâmetros regulatórios do Estado voltados para a preservação de ambientes competitivos e para o desencorajamento de condutas anticompetitivas derivadas do poder de mercado a fim de se preservar e/ou gerar maior eficiência econômica no funcionamento dos mercados.²⁶ Nesse contexto, o Estado passa a assumir dois papéis distintos e complementares: por um lado estimula a livre concorrência e por outro regula os espaços concorrenciais para preservá-la. Conforme Prado e Pereira,

De um lado, o redesenho dos setores até então dominados por monopólios estatais exige a utilização de instrumentos jurídicos que permitam a entrada de novos competidores no mercado e nivelem as oportunidades de firmas entrantes e firmas já instaladas (ditas “incumbentes” a partir de termo utilizado na literatura internacional). Trata-se aqui de um papel de “abertura e delimitação de espaços concorrenciais” nos setores regulados. De outro lado, cabe ao estado defender os espaços abertos para a competição, impedindo que alterações estruturais e/ou condutas de agentes econômicos prejudiquem a concorrência. Esse é o papel de “defesa de espaços concorrenciais abertos”.²⁷

Para melhor compreensão desse papel do Estado Regulador para defesa da concorrência, mister se faz compreender as mudanças no cenário antitruste no Brasil ao longo do século XX, bem como o surgimento e a função do Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE).

Outrossim, busca-se analisar as condutas que se caracterizam como infrações à ordem econômica, ora previstas nos incisos do artigo 36, *caput*, da Lei nº 12.529/2011 (“Lei da Defesa da Concorrência”), de grande importância para o presente trabalho.

²⁵ RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Notas introdutórias sobre o princípio da livre concorrência*. Revista de Direito Econômico, Rio de Janeiro, v. 6, n. 4, p. 1-7, 2005, p. 5.

²⁶ FARINA, Elizabeth. *Política Industrial e Política Antitruste: Uma Proposta de Conciliação*. Revista do IBRAC, São Paulo, 1996.

²⁷ PRADO FILHO, José Inácio; PEREIRA NETO, Caio Mário. *Espaços e interfaces entre regulação e defesa da concorrência: a posição do CADE*. Revista Direito GV, São Paulo, v. 12, n. 1, p. 13-48, jan./abr. 2016, p. 14.

2.1 A proteção da concorrência e o papel do CADE

Diante da concentração de poder econômico no século XIX, a legislação antitruste surge pela necessidade de proteger os consumidores e as pequenas e médias empresas no mercado, “garantindo-lhes abrigo contra práticas abusivas de agentes com elevado grau de poder econômico”.²⁸

De acordo com Senhoras, a política de defesa da concorrência corresponde ao “conjunto de políticas de regulação e de monitoramento de condutas que caracterizam as regras da competição”.²⁹ Para Salgado,

O objetivo básico da política de concorrência é elevar a eficiência do sistema econômico, entendida esta em suas três dimensões: *alocativa* – relacionada à organização da estrutura produtiva, na direção do melhor uso possível dos recursos disponíveis na sociedade; *produtiva* – que implica a produção dos menores custos possíveis, ou seja, próximos ao custo médio mínimo que caracteriza a produção em concorrência perfeita; e *tecnológica* – promovida pelos estímulos à inovação.³⁰

Em síntese, a política de defesa da concorrência congrega ações regulatórias do Estado voltadas para a preservação de ambientes competitivos, impondo restrições ao comportamento de agentes econômicos e fomentando a concorrência.

A política de defesa da concorrência passou por uma série de transformações ao longo do século XX no Brasil. Em um breve histórico sobre as transformações do direito antitruste, foi apenas a partir da Constituição de 1934 que a liberdade econômica adquiriu status constitucional. De acordo com a Carta, “a ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional”.³¹ Naquele contexto, revelou-se um “fenômeno de regulamentação da economia brasileira pelo governo federal”³² e ao Estado, sempre intervencionista no Brasil³³, caberia intervir na liberdade dos agentes econômicos para preservar aqueles princípios, De acordo com Forgioni,

No início da década de 30, o Estado brasileiro *intensifica* sua atuação sobre e no domínio econômico, para não apenas corrigir as disfunções trazidas pela economia

²⁸ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2024, p. 80.

²⁹ SENHORAS, Elói Martins. *Defesa da concorrência: políticas e perspectivas*. Caderno de Pesquisas em Administração, São Paulo, v. 10, n. 1, jan./mar. 2003. Disponível em: <https://works.bepress.com/eloi/26/>. Acesso em: 24 dez. 2024.

³⁰ SALGADO, Lucia Helena. *Defesa da concorrência*. In: IPEA. *O Brasil no fim do século: desafios e propostas para ação governamental*. 1. ed. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 1994, p. 221.

³¹ BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Departamento Nacional de Imprensa, 1934.

³² FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2024, p. 100.

³³ *Ibid.*, p. 101.

vigente, mas também (e principalmente) conduzir esse sistema, regulamentando a atividade dos agentes econômicos.³⁴

Já na Constituição de 1937, a liberdade de iniciativa é prevista nos seguintes termos:

Art. 135. Na iniciativa individual, no poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo, exercido nos limites do bem público, funda-se a riqueza e a prosperidade nacional. A intervenção do Estado no domínio econômico só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, representados pelo Estado. A intervenção no domínio econômico poderá ser mediata e imediata, revestindo a forma do controle, do estímulo ou da gestão direta.³⁵

Portanto, nos termos do art. 135, a intervenção estatal na economia poderia se dar por meio do controle, estímulo ou gestão direta, mas apenas para suprir “deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação”.³⁶

A Carta Magna de 1937 ainda estabeleceu a proteção à economia popular como um princípio³⁷ e, para regulamentá-lo, foi promulgado o Decreto-lei 869/1938, primeira lei antitruste brasileira³⁸, de pouca aplicação e voltada à tutela da economia popular e do consumidor. Diferentemente dos Estados Unidos, que possuía uma tradição antitruste que visava a proteção e manutenção da concorrência,

O antitruste não nasce, no Brasil, como fator de ligação entre o liberalismo econômico e (manutenção da) liberdade de concorrência. Nasce como repressão ao abuso do poder econômico e tendo como interesse constitucionalmente protegido o interesse da população, do consumidor.³⁹

Essa concepção se faz ratificada pela Constituição de 1946, que trouxe o princípio de repressão ao abuso do poder econômico de forma expressa:

Art. 148. A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso de poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for

³⁴ Ibid., p. 101.

³⁵ BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1937*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1937.

³⁶ Ibid.

³⁷ Ibid., Art. 141. A lei fomentará a economia popular, assegurando-lhe garantias especiais. Os crimes contra a economia popular são equiparados aos crimes contra o Estado, devendo a lei cominar-lhes penas graves e prescrever-lhes processos e julgamentos adequados à sua pronta e segura punição.

³⁸ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2024, p. 104.

³⁹ Ibid., p. 104.

a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros.⁴⁰

Nessa senda, Isabel Vaz pontua que “tem início uma nova fase no chamado ‘sistema brasileiro antitruste’, onde a tônica deixa de ser simplesmente a defesa da ‘economia popular’”.⁴¹ Apesar disso, foi apenas 16 anos depois, em 1962, que foi criado o órgão de defesa da concorrência, através da Lei nº 4.137/1962. A Lei, inspirada no *Sherman Act* norte-americano, criou o CADE, vinculado à Presidência da República, com o fito de reprimir e prevenir o abuso do poder econômico.

A Constituição de 1988, incorporando e adaptando os princípios previstos nas Cartas Magnas anteriores, trouxe a previsão de princípios gerais da ordem econômica, determinando, em seu art. 173, § 4º, que “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”⁴². Além de atribuir à legislação infraconstitucional a regulamentação sobre defesa da concorrência, a Constituinte definiu a livre concorrência e a livre iniciativa como princípios da ordem econômica.

Foi a partir das mudanças da década de 1990 que o direito concorrencial e a proteção da ordem econômica ganharam maior importância. Segundo Silva, “com a gênese do processo de abertura da economia e o abandono das técnicas tradicionais de intervenção, o direito da concorrência, gradativamente, adquire maior efetividade”.⁴³ Observa-se que “intensifica-se o caráter instrumental da concorrência, que passa a ser tomada como um *princípio cardial a orientar o processo de interpretação/aplicação das normas antitruste*”.⁴⁴

A partir dessa necessidade de um instrumental adequado para regular os comportamentos de mercado, em um contexto em que se buscava a autorregulação do mercado ao mesmo tempo em que se entende necessária uma intervenção estatal para evitar disfunções ou crises que poderiam advir do comportamento dos agentes econômicos, em 1991 entrou em vigor a Lei nº 8.158/1991, que procurou acelerar o procedimento administrativo para apuração de práticas que violassem a ordem econômica criando-se a Secretaria Nacional de Direito Econômico (SNDE), vinculada ao Ministério da Justiça, cujo objetivo era “corrigir as anomalias

⁴⁰ BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1946*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1946.

⁴¹ VAZ, Isabel. *Direito econômico da concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 1993, pp. 249 e 250.

⁴² BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988.

⁴³ SILVA, Pedro Aurélio Queiroz Pereira. *Breves linhas sobre o Direito da Concorrência*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 15, n. 2518, 24 mai. 2010. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/14886>. Acesso em 21 dez. 2024.

⁴⁴ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2024, p. 87.

de comportamento de setores econômicos, empresas ou estabelecimentos, bem como de seus administradores e controladores”⁴⁵, garantindo a livre concorrência e a formação justa de preços.

A referida lei teve pouco período de vigência e foi revogada pela Lei nº 8.884/1994, que sistematizou o direito antitruste, transformando o CADE em autarquia federal com destinação orçamentária própria e independência necessária para o cumprimento de suas funções. A legislação ainda implementou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), composto pelo CADE, pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), vinculada ao Ministério da Fazenda, e pela SNDE. A Lei nº 8.884/94 trouxe importantes alterações para o progresso do direito antitruste brasileiro. Conforme doutrina Forgioni, destacam-se os seguintes aspectos:

- Consolidação do controle das concentrações empresariais [...];
- Consolidação do controle de cartéis [...];
- Aumento do respeito institucional do Poder Judiciário pelo CADE [...];
- Aumento da atuação do Ministério Público na área do antitruste.⁴⁶

Para operacionalizar a defesa da concorrência, a Lei disciplinou uma função preventiva, que diz respeito ao controle de atos de concentração econômica, e uma função repressiva para punir práticas anticompetitivas.⁴⁷ A lei antitruste, portanto, sistematizou-se para a regulação de condutas, atos e estruturas de agentes econômicos tendo por objetivo principal a proteção da concorrência. Nesse sentido, Forgioni analisa que,

No Brasil, não se pode sustentar que a disciplina antitruste visa apenas a implementar a eficiência, seja ela alocativa, produtiva ou dinâmica. A grande questão é criar e preservar, nos ditames constitucionais, ambiente no qual as empresas tenham efetivos incentivos para competir, inovar e satisfazer as demandas dos consumidores; proteger o processo competitivo e evitar que os mercados sejam fossilizados pelos agentes com elevado grau de poder econômico.⁴⁸

Em 2012, entrou em vigor a Lei nº 12.529/2011, novo diploma antitruste que trouxe uma reestruturação do SBDC. A SNDE foi incorporada ao CADE, que passou a contar com um Tribunal Administrativo – responsável por julgar as acusações de infração à ordem econômica

⁴⁵ BRASIL. Lei nº 8.158, de 8 de janeiro de 1991. *Cria a Secretaria Nacional de Direito Econômico (SNDE) e dá outras providências*. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 9 jan. 1991.

⁴⁶ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2024, p. 126-127.

⁴⁷ RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Notas introdutórias sobre o princípio da livre concorrência*. Revista de Direito Econômico, Rio de Janeiro, v. 6, n. 4, p. 1-7, 2005, p. 6.

⁴⁸ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2024, p. 195.

e as operações de concentração – e uma Superintendência-Geral (SG) – cuja função principal é investigar e instruir os atos que serão apreciados pelo Tribunal. Além disso, foi criado o Departamento de Estudos Econômicos, responsável pelas análises e pareceres para embasar a atividade do CADE.⁴⁹

O CADE é, atualmente, composto pelo Tribunal Administrativo, pela Superintendência Geral e pelo Departamento de Estudos Econômicos, sendo a “entidade judicante com jurisdição em todo o território nacional”.⁵⁰ As principais competências do Tribunal são:

- (i) o julgamento das condutas dos agentes econômicos, determinando se constituem, ou não, *infrações à ordem econômica*, bem como a imposição de multas e demais penalidades previstas em lei;
- (ii) apreciar os atos de *concentração econômica*, aprovando-os, rejeitando-os ou aprovando-os com restrições (art. 9º, X);
- (iii) aprovar os termos de *compromissos de cessação*, mediante os quais os agentes econômicos obrigam-se a abandonar práticas suspeitas (art. 9º, V);
- (iv) aprovar os termos de *acordos em controle de concentrações*, visando a garantir que as operações aprovadas efetivamente tragam os benefícios econômicos esperandos;
- (v) apreciar, em grau de recurso, as medidas preventivas adotadas pelos conselheiros ou pela Superintendência-Geral (art. 9º, VI), bem como concedê-las (art. 9º, IV); e
- (vi) *responder as consultas* sobre condutas de práticas em andamento (art. 9º, §4º).⁵¹

Assim, o CADE é a autarquia que tem como missão a proteção da concorrência como instituição e como instrumento de promoção de bem-estar social, implementado pela prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, fiscalizando a legislação antitruste, zelando pela livre concorrência no mercado, investigando e decidindo sobre matéria concorrencial, orientado pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico, de modo a garantir a implementação de política econômica condizente com os fins propostos.

⁴⁹ Ibid., p. 128.

⁵⁰ BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. *Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências.* Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 1 dez. 2011. Art. 4º.

⁵¹ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2024, p. 133.

2.2 Infrações à ordem econômica: o rol do art. 36 da Lei nº 12.529/2011

Conforme exposto no tópico supra, o CADE é a autarquia competente para julgar as condutas dos agentes econômicos para a apuração de eventuais infrações à ordem econômica. Nesse sentido, as infrações à ordem econômica antes dispostas no art. 20, da Lei nº 8.884/94, atualmente estão previstas no art. 36, da Lei nº 12.529/2011 (“Lei da Defesa da Concorrência”), o qual prevê que, independentemente de culpa, toda e qualquer conduta que possa prejudicar a concorrência pode ser caracterizada como infração à ordem econômica.

Apesar de as práticas antitruste serem classificadas e divididas tradicionalmente em três principais manifestações – acordos, abuso de posição dominante e concentrações – a legislação antitruste brasileira não cria qualquer distinção entre tais práticas.⁵² Nas palavras de Forgioni, a previsão contida no *caput* do art. 36 engloba “os acordos e as concentrações entre empresas, o domínio de mercado e o abuso de posição dominante”⁵³, ou seja, “para que seja considerado contrário à ordem econômica, basta que o ato (quer acordo, quer abuso, quer concentração) acarrete a incidência do art. 36, *caput*”.⁵⁴

Em breve síntese, o art. 36 e seus incisos estabelecem que as infrações à ordem econômica se configuram a partir de a) limitar, falsear ou de qualquer maneira prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; b) dominar mercado relevante de bens ou serviços; c) aumentar arbitrariamente os lucros; e d) exercer de forma abusiva posição dominante.⁵⁵ Vejamos cada um dos incisos.

⁵² Ibid, p. 134.

⁵³ Ibid, p. 136

⁵⁴ Ibid, p. 136

⁵⁵ BRASIL. *Lei nº 12.529*, de 30 de novembro de 2011. Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros; e

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

2.2.1 A tutela da livre concorrência e da livre iniciativa: art. 36, *caput*, inciso I, da Lei nº 12.529.

Os princípios da livre concorrência e da livre iniciativa são princípios constitucionais previstos, respectivamente, no art. 170, inciso IV e *caput*, da CRFB/88.⁵⁶ Conforme exposto no tópico 2.1 deste trabalho, se tornaram princípios constitucionais explícitos apenas no final do século XX com a Constituição vigente. Apesar disso, há muito tempo o Estado atua para preservação desses princípios visando a “eliminação das distorções que se apresentavam, afastando-se fatores de instabilidade”.⁵⁷

Os princípios da livre concorrência e da livre iniciativa se fazem ratificados no art. 36, *caput*, inciso I, da Lei da Defesa da Concorrência, o qual estabelece que constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa.⁵⁸

Com a atuação estatal para disciplinar (*i*) comportamentos que poderiam resultar em prejuízos à concorrência ou à livre iniciativa; e (*ii*) a atuação dos agentes econômicos em observância aos princípios da ordem econômica previstos no art. 170, da CRFB/88, nas palavras de Forgioni, entende-se que

qualquer ato praticado por um agente econômico, individualmente, ainda que não seja detentor de posição dominante no mercado, poderá ser considerado ilícito se, de algum modo, prejudicar a livre-concorrência ou a livre-iniciativa em conduta dissociada de sua vantagem competitiva.⁵⁹

No que se refere à livre concorrência, seu principal objetivo é “preservar o processo de competição e não os seus competidores”.⁶⁰ No período do liberalismo clássico, a livre concorrência era entendida tão somente como um fenômeno decorrente da livre iniciativa conferida aos agentes econômicos.⁶¹ Contudo, com a crescente concentração de capital por parte de alguns agentes, surge a noção de que, caso a intervenção estatal permanecesse ausente, o bem-estar social poderia ficar prejudicado. Nesse sentido, Ragazzo destaca:

⁵⁶ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] IV - livre concorrência.

⁵⁷ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2024, p. 80.

⁵⁸ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Art. 36, *caput*, I.

⁵⁹ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2024, p. 142

⁶⁰ RAGAZZO, Carlos. *Notas Introdutórias sobre o Princípio da Livre Concorrência*, p. 3.

⁶¹ *Ibid.*, p. 3.

O princípio da livre concorrência fornece a base jurídica para impedir que os agentes econômicos possam desvirtuar as prerrogativas de liberdade de iniciativa, prejudicando a sociedade e os mercados. A manutenção e a preservação da liberdade e da igualdade dependem da atuação do Estado na economia limitando a livre iniciativa de agentes econômicos. E isso se dá, como dito, com fundamento no princípio da livre concorrência.⁶²

Já no que se refere à livre iniciativa, Ragazzo pontua que “o princípio da livre concorrência é um dos balizadores necessários para que a livre iniciativa possa corretamente atender à sua função social”.⁶³ Nesse sentido, Scaff sintetiza que

Liberdade de iniciativa econômica decorre de um primado de *liberdade*, que permite a todo agente econômico, público ou privado, pessoa física ou jurídica, exercer livremente, nos termos das leis, atividade econômica em sentido amplo. Parte de um conceito de liberdade de exercício da profissão, para trabalhadores, e da liberdade do exercício de uma atividade econômica para empresas. Já a *livre-concorrência* funda-se primordialmente na *isonomia*, e não na *liberdade* (a qual, embora não esteja afastada, não é primordial). Busca-se criar as condições para que se realize um sistema de concorrência perfeita, dentro dos objetivos propostos pela Constituição da República em seu art. 3º, e respeitando os princípios da ordem econômica. Para que possa existir *livre-concorrência* é imperioso que haja isonomia entre os contendores na arena do mercado.⁶⁴

Assim, a livre iniciativa deve-se equilibrar com a livre concorrência, que busca garantir a isonomia necessária para evitar a formação de cartéis ou monopólios que configurem abuso do poder econômico em prejuízo ao Estado e à sociedade. Em outras palavras, “a liberdade de iniciativa implica a liberdade de concorrência e vice-versa”.⁶⁵ É nesse sentido que urge a intervenção do Estado na economia: impedir o abuso da concorrência, mantendo-se assim a observância e a harmonia entre os referidos princípios constitucionais ratificados pela Lei de Defesa da Concorrência.

⁶² Ibid., p. 3.

⁶³ Ibid., p. 5.

⁶⁴ SCAFF, Fernando Facury. *Efeitos da Coisa Julgada em Matéria Tributária e Livre-concorrência*. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). *Coisa Julgada, Constitucionalidade e Legalidade em Matéria Tributária*. São Paulo: Dialética; Fortaleza: ICET, 2006. p. 110-111.

⁶⁵ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2024, p. 141.

2.2.2 O domínio de mercado e o abuso de posição dominante; art. 36, *caput*, incisos II e IV, da Lei nº 12.529.

Para além da previsão do inciso I, os incisos II e IV do art. 36 preveem que a dominação de mercado relevante de bens ou serviços e o exercício de forma abusiva de posição dominante também constituem infração da ordem econômica.

Sobre o domínio de mercado, apesar de a posição dominante de um agente não configurar um ilícito *per se*, Forgioni destaca que há uma linha tênue entre abuso e exercício normal dessa posição:

Todo abuso de posição dominante implica restrição à livre-iniciativa, à livre-concorrência ou aumento arbitrário de lucros. Só podemos dizer que um agente econômico abusou da posição dominante que detinha se prejudicou a livre-concorrência ou a livre-iniciativa ou aumentou arbitrariamente seus lucros. Caso contrário, trata-se de um ato que não há de ser sancionado pela Lei Antitruste.⁶⁶

No mesmo sentido aduz Fábio Ulhoa Coelho,

O poder econômico, note-se, é um dado de fato inerente ao livre mercado. Se a organização da economia se pauta na liberdade de iniciativa e de competição, então os agentes econômicos são necessariamente desiguais, uns mais fortes que outros. Ou seja, conforme assentou Miguel Reale, o poder econômico não é em si ilícito, mas é o instrumento normal ou natural de produção e circulação de riquezas nas sociedades constitucionalmente organizadas em função do modelo da economia de mercado (em Franceschini-Franceschini, 1985:521). Ora, nem a Constituição nem a lei poderiam ignorar ou pretender a eliminação do poder econômico. O direito somente pode disciplinar o exercício desse poder, reprimindo iniciativas que comprometem as estruturas do livre mercado.⁶⁷

Nesse sentido, a própria Lei da Defesa da Concorrência estabelece, em seu art. 36, §1^o⁶⁸ que não se reprovava a conquista de mercado resultante de um processo natural, (vantagem competitiva do agente econômico), condena-se, na verdade, “a prática que possa ter por objeto ou por efeito a dominação do mercado, ou seja, propiciar a detenção de poder econômico

⁶⁶ Ibid., p. 143-144.

⁶⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial: direito de empresa*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 219.

⁶⁸ BRASIL. *Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011*. Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: [...] § 1º 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.

suficiente para assegurar o comportamento independente e indiferente em relação aos demais agentes”.⁶⁹ Nesse sentido, já se manifestou o CADE:

O domínio de mercado deve ser entendido como um poder de agir. No aspecto ativo esse poder confere à empresa dominante a capacidade de influir sobre as outras empresas do mercado; no aspecto passivo, a empresa dominante não se deixa influenciar pelo comportamento as demais participantes do mercado. Dominar é, pois, poder adotar um comportamento independente das concorrentes, tornando-se apta para controlar o preço, a produção ou a distribuição de bens ou serviços de uma parte significativa do mercado, excluindo, assim, a concorrência.⁷⁰

Em síntese, nem toda restrição à concorrência implica em domínio de mercado. Isso também equivale para o abuso de posição dominante. Todavia, não há de se falar em domínio de mercado ou abuso de posição dominante sem se tratar de uma restrição à livre concorrência e à livre iniciativa ou ao aumento arbitrário de lucros. Se não for o caso, trata-se de ato que não há de ser sancionado.⁷¹

Nessa seara, o § 2º, do art. 36, da Lei da Defesa da Concorrência⁷², estabelece que a posição dominante (i) não é necessariamente detida por uma única empresa – pode ser exercida por um grupo de empresas capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado (*market share*) –; e (ii) pode ser determinada pela parcela do mercado relevante que controla (*market power*). Nota-se que a legislação antitruste não estabeleceu que necessariamente a posição dominante de mercado é decorrente de parcela relevante do mercado. Como pontua Forgioni,

É fato que a posição dominante deriva não da parcela de mercado de que o agente é titular, mas sim do poder econômico que detém e que lhe permite *independência e indiferença* em relação ao comportamento de outros agentes. Não basta, pois, a determinação da parcela de mercado detida pelo agente econômico para se mensurar seu poder, ou seja sua *market power*, porque, ainda que titular de parcela não substancial do mercado, pode ter a capacidade, por exemplo, de impor preços, detendo poder econômico que lhe assegura a posição dominante.⁷³

⁶⁹ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2024, p. 143.

⁷⁰ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Processo Administrativo nº 31*. Relatora: Neide Terezinha Malard. Julgado em 06 out. 1993. Revista Brasileira de Direito da Concorrência - RIBRAC, v. 2, n. 1, p. 84.

⁷¹ *Ibid.*, p. 56.

⁷² BRASIL. *Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011*. Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: [...] § 2º 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, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia.

⁷³ FORGIONI, Paula A. *Breves Notas sobre a Posição Dominante e seu Abuso*. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, São Paulo, n. 105, p. 93-101, jan./mar. 1997, p. 60.

Assim, compreende-se que o domínio de mercado e o abuso de posição dominante configuram-se como infrações à ordem econômica na medida em que prejudicam a livre iniciativa e a livre concorrência.

2.2.3 A repressão ao lucro excessivo: art. 36, *caput*, inciso III, da Lei nº 12.529.

O abuso do poder econômico que visa ao aumento arbitrário de lucros é previsto no ordenamento jurídico em nível constitucional desde a Constituição Federal de 1946. Em que pese a Constituição prever que ambas são correlatas e interligadas, a legislação antitruste optou por separá-las em dois incisos, estabelecendo que o abuso por si só é uma hipótese de infração à ordem econômica e no mesmo sentido é o aumento arbitrário de lucros.

A repressão ao lucro excessivo tem como escopo a compreensão de que os preços devem refletir os custos de produção, distribuição e um lucro razoável. Quando uma empresa, sem uma justificativa econômica válida, aumenta os preços de forma desproporcional, ela está se aproveitando de sua posição de mercado para maximizar seus ganhos às custas do consumidor. Esse tipo de prática é especialmente prejudicial em mercados concentrados, onde os consumidores têm poucas alternativas e a concorrência é limitada.

Nesse sentido, o inciso III visa, sobretudo, a proteção do consumidor ou daqueles explorados pelos agentes dominantes.⁷⁴ De acordo com Forgioni, em sistemas nos quais tradicionalmente há a concentração de poder, costuma-se controlar a atividade dos agentes em posição dominante com a finalidade de impedir que estes abusem de tal posição em detrimento do consumidor.⁷⁵ A esse respeito, San Tiago Dantas afirma que

Todas as vezes que se configura, na economia de um país, uma situação de monopólio natural, a intervenção econômica é inevitável para que a função reguladora dos preços e fornecimentos, entregue pela ação dos fatores naturais e circunstanciais ao grupo dos monopolistas, não seja exercida em proveito exclusivo desse grupo, com prejuízo aos consumidores e da sociedade em geral.⁷⁶

No mesmo sentido, Branco e Barreto,

A legislação brasileira antitruste, embora impregnada de um sentido neoliberalista, não tem como único objetivo restabelecer o livre mecanismo de preços e da concorrência. O legislador constituinte procurou, ainda, proteger o consumidor contra

⁷⁴ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2024, p. 145.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 145.

⁷⁶ DANTAS, San Tiago. *Preço uniforme do açúcar para todas as usinas do país*. In: *Problemas de direito positivo: estudos e pareceres*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 97.

a sede de lucros excessivos por parte de empresas ou associações de produtos que pretendam aumentar, arbitrariamente, seus ganhos em função de posições monopolísticas.⁷⁷

Portanto, constata-se que, diferentemente dos demais incisos do art. 36 da Lei de Defesa da Concorrência, o inciso III possui um aspecto duplo. Ao prever que o aumento arbitrário de lucros pelo agente econômico configura-se como infração da ordem econômica, tutela não apenas a livre iniciativa e a livre concorrência, mas também os consumidores. Segundo Forgioni, no inciso III habitam essas “duas almas”, não contraditórias, mas complementares.⁷⁸

⁷⁷ BRANCO, Nelson de Azevedo; BARRETO, Celso de Albuquerque. *Repressão ao abuso do poder econômico*. São Paulo: Atlas, 1964, p. 23.

⁷⁸ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2024, p. 147.

3 O CASO SSE/THC-2

Diante do fim do monopólio da União no setor portuário, os serviços públicos prestados e a exploração do setor passaram gradualmente a ser delegados a agentes econômicos. Até meados da década de 1980, a operação de nacionalização das cargas containerizadas para posterior entrega final ao dono da mercadoria (Importador) era feita inteiramente na zona primária do porto, monopólio das Companhias das Docas, controladas pela União Federal, o que acabava por gerar ineficiência da operação e na movimentação das mercadorias tendo em vista que as áreas contíguas à atracação ficavam abarrotadas. Além disso, a operação na zona primária acarretava alto custo para o país, uma vez que o tempo médio de embarque e desembarque de veículos prejudicava o ciclo de entrega dos produtos, aumentava o tempo de permanência dos navios e os custos de armazenagem.

Nesse contexto, foram criados os primeiros Terminais Retroportuários Alfandegados (TRAs), localizados na área secundária ou retroporto, responsáveis pelo armazenamento de cargas a critério de uma escolha feita pelo importador. O Importador poderia então optar por armazenar a carga na zona primária ou na zona secundária, melhorando-se assim a eficiência logística da operação.

Apesar dessa melhora na movimentação e no fluxo das cargas, as Companhias das Docas passaram a perder receita de armazenagem alfandegada já que agora possuíam os TRAs como seus concorrentes para a armazenagem de contêineres. Diante disso, as Companhias das Docas promoveram uma reestruturação de seus padrões operacionais e recorreram aos seus privilégios monopolísticos, criando novas tarifas através de uma Portaria que instituiu a “taxa M-20”, excepcional e para cobrir serviços extraordinários não cobertos pela Capatazia⁷⁹.

A taxa desapareceu tão somente quando os terminais portuários foram privatizados em 1995 e substituídos pelos Operadores Portuários (OPs), que, em um primeiro momento, não cobraram nenhum valor análogo à taxa M-20 para entrega das cargas aos TRAs, sobretudo porque os Armadores remuneravam todas as atividades da operação por meio da THC/Capatazia.

Apesar disso, no final do século XX, a taxa M-20 foi readaptada e tomou novos contornos pelos Operadores Portuários (OPs), que passaram a elaborar estratégia para eliminar

⁷⁹ **Capatazia**, de acordo com a Lei nº 12.815/2013, consiste na “atividade de movimentação de mercadorias nas instalações dentro do porto, compreendendo o recebimento, conferência, transporte interno, abertura de volumes para a conferência aduaneira, manipulação, arrumação e entrega, bem como o carregamento e descarga de embarcações, quando efetuados por aparelhamento portuário”.

seus competidores do mercado de armazenagem, dentre elas o Serviço de Segregação e Entrega de Contêineres (SSE) ou *Terminal Handling Charge-2* (THC-2).

3.1 A logística na operação de movimentação de cargas em contêineres

Em uma operação de importação de cargas containerizadas, inicialmente, o Importador celebra um contrato de compra e venda de mercadoria com o Exportador, a qual é então transportada ao território nacional por meio de transporte aquaviário. Para realizar o transporte dessa carga, o importador firma um contrato de transporte marítimo com um armador, pessoa jurídica responsável pelo transporte dos bens.

Firmado o contrato, o navio empregado pelo Armador atraca em um porto organizado e, para o deslocamento dos contêineres, o Armador contrata um Operador Portuário (OP), mediante o pagamento da *Box Rate*, que compreende a descarga do navio (movimentação vertical) e a movimentação dos contêineres no porto (movimentação horizontal).

A movimentação horizontal de contêineres no porto é intitulada *Terminal Handling Charge (THC)*, a qual abrange todos os serviços de capatazia. O serviço de THC/Capatazia compreende a movimentação e armazenagem de mercadorias destinadas ou provenientes de transporte aquaviário, o que envolve o desempilhamento, conferência aduaneira, manipulação, transporte e entrega de mercadorias nos portões dos armazéns ou pátios onde estiverem sido depositadas. Em outras palavras, o serviço, remunerado pelo Armador através da *Box Rate*, corresponde ao conjunto de movimentações da carga do costado do navio, a qual é realizada de forma célere para evitar o acúmulo de carga na área de cais, cobrindo todos os custos envolvidos nas etapas de movimentação das cargas na zona portuária até sua efetiva entrega ao destinatário mediato ou imediato nos limites do terminal do OP.

Como mencionado, a carga, a partir de critérios econômicos próprios do Importador, pode ser armazenada (i) na zona primária do OP para realização do desembarço aduaneiro pela Receita Federal; ou (ii) na zona secundária do TRA. Por conseguinte, os Operadores Portuários possuem duas fontes de receita operacionais: (i) a movimentação vertical e horizontal das cargas a serem pagas pelos Armadores; e (ii) a prestação do serviço de armazenagem, mercado em que os Operadores Portuários concorrem diretamente com os TRAs.

3.2 A cobrança do SSE/THC-2

Apesar de uma evidente desvantagem competitiva dos TRAs, já que não possuem cais de atracação e, conseqüentemente, dependem dos OPs, bem como de custos de transporte adicionais decorrentes da própria distância do local de entrega dos contêineres, a prestação de serviços de armazenagem de alta qualidade manteve os Terminais Retroportuários no mercado.

Em virtude disso, os OPs passaram a fracionar a THC/Capatazia para realizar a cobrança de um preço intitulado de Serviço de Segregação e Entrega de Contêineres (SSE)/THC-2⁸⁰ dos Recintos Alfandegados para retirada de contêineres colocados em uma pilha da área pátio (“pilha intermediária”) e colocação no caminhão que faria o transporte da carga até o TRA.

De acordo com os OPs, após a descarga dos contêineres dos navios, tornar-se-ia necessária a segregação dos contêineres que não seriam por eles armazenados em uma pilha intermediária, o que demandaria maior capacidade dinâmica para disponibilização da carga no menor tempo, respeitando-se o prazo de liberação da carga em até 48 horas, nos termos do art. 71 da Instrução Normativa SRF 248/2002:

Art. 71. O prazo de permanência de carga em área pátio é de vinte e quatro horas contadas, nos dias úteis, a partir da chegada da carga nessa área.

§ 1º Excedido esse prazo e não registrada e desembaraçada a declaração de trânsito, a carga será armazenada.

§ 2º Havendo motivo que o justifique, a fiscalização aduaneira poderá determinar o armazenamento da carga que se encontre no pátio ou verificar o seu conteúdo.

§ 3º Nos portos alfandegados, o prazo estabelecido nesse artigo será de 48 (quarenta e oito) horas, considerado somente o tempo decorrido em dias úteis, a partir da chegada da carga nessa área.⁸¹

Diante disso, a manutenção de área segregada (pilha intermediária) para os contêineres em trânsito aduaneiro representaria custos adicionais não abarcados pela THC remunerada pelo Armador – que, por sua vez, corresponderia somente à remuneração da movimentação do costado do navio até sua colocação nesta pilha – e resultariam em ocupação subutilizada de área do terminal. Como bem sintetizado pelo ex-Conselheiro do CADE Paulo Burnier, a cobrança do SSE/THC-2 pode ser compreendida da seguinte forma:

⁸⁰ O SSE pode ser também denominado de THC-2 por fazer alusão ao THC, já pago pelos Armadores aos Operadores Portuários.

⁸¹ BRASIL. Secretaria da Receita Federal. *Instrução Normativa SRF n° 248*, de 25 de novembro de 2002.



Figura 1 – Voto do Conselheiro Paulo Burnier no Processo Administrativo nº 08012.001518/2006-37.

Por conseguinte, os Terminais Retroportuários passaram a ter duas opções: (i) pagar o SSE/THC-2, contribuindo assim para uma conseqüente majoração do custo das importações e do preço dos produtos, e correndo o risco de serem possivelmente eliminados do mercado por não conseguirem praticar preços competitivos; ou (ii) não pagar o SSE/THC-2 e ficarem com as cargas retidas com o OP e, sem as cargas, não cumprirem seu contrato com o Importador. Ao fim e ao cabo, o objetivo parece ser o mesmo: eliminar a concorrência no setor.

Desde então, a cobrança motiva intenso litígio, tendo sido examinada pelo CADE, pela ANTAQ, pelo TCU e, diversas vezes, pelo Poder Judiciário. Objeto de controvérsias há 25 anos, pode ser analisada por quatro perspectivas distintas, abordadas no tópico seguinte.

3.3 Perspectivas da cobrança do SSE/THC-2

O SSE/THC-2 é um fato jurídico que pode ser analisado por diversas perspectivas, quais sejam, cível, regulatória, concorrencial e tributária.

Em uma perspectiva cível, a cobrança é analisada a partir da relação jurídica entre os OPs e os TRAs. Como visto, as relações jurídicas, obrigacionais e contratuais na operação são:

- i.* Entre importador e exportador ao formalizarem contrato de compra e venda de mercadorias;
- ii.* Entre importador e armador quando da contratação do armador para realizar o transporte da carga;
- iii.* Entre armador e OP para movimentação vertical e horizontal dos contêineres no porto organizado;
- iv.* Entre importador e TRA ou OP para armazenagem das mercadorias até o desembarço aduaneiro e entrega ao destinatário final.

Em virtude disso, não há relação jurídica entre os Operadores Portuários e os Terminais Retroportuários pois os Terminais Retroportuários, estranhos à relação entre os Operadores Portuários e os Armadores, não poderiam se ver obrigados por cláusulas contratuais que, ao menos em tese, vinculariam apenas as partes contratantes.

Já pela perspectiva regulatória, analisa-se a operação portuária, a logística, a eficiência da movimentação horizontal de cargas, a natureza dos contratos administrativos e os custos diretos e indiretos dispendidos pelo Operador Portuário que justifiquem a cobrança. Todavia, nessa perspectiva a cobrança tampouco encontra respaldo. A segregação dos contêineres para formação da pilha intermediária é uma opção logística dos Operadores. Os Armadores informam previamente a destinação exata das cargas e, então, cabe aos OPs determinarem o procedimento para melhor eficiência operacional em sua zona primária.

Por esse lado, verifica-se que a imposição aos TRAs de um preço que se sobrepõe à THC já remunerada pelos Armadores não possui lógica regulatória apta a permitir a cobrança.

Pela perspectiva concorrencial, a cobrança é analisada como instrumento destinado a prejudicar a livre concorrência e a livre iniciativa, incorrendo em infrações à ordem econômica tais como domínio de mercado relevante de bens ou serviços, aumento arbitrário de lucros e exercício abusivo de posição dominante tendo em vista a relação de dependência entre os OPs e os TRAs, os quais, sem a liberação do contêiner, se veem impossibilitados de realizar a armazenagem alfandegada.

Por fim, pela perspectiva tributária, a cobrança é compreendida a partir da inexistência de relação jurídico-tributária entre os Municípios e os TRAs. Ante a modalidade de apuração global do imposto, os TRAs são impossibilitados de separar os valores cobrados a título de SSE/THC-2 e, portanto, de exercerem seus direitos de não pagar ISS sobre SSE/THC-2. Nesse

contexto, discute-se a ausência de prestação de serviços apta a justificar o fato gerador e, conseqüentemente, a cobrança de SSE/THC-2.

Em suma, o SSE/THC-2 pode ser sindicado pelos subsistemas normativos civil (inexistência de relação jurídica e contratual entre as partes); regulatório (ausência de lógica regulatória e financeira para a cobrança); concorrencial (conduta anticompetitiva voltada à eliminação da concorrência no mercado de armazenagem); e tributária (inexistência de fato gerador a justificar a incidência de ISS).

Em virtude disso, a cobrança segue sendo discutida e, conforme será exposto no capítulo 6, o cenário atual conta com (i) suspensão da Resolução da ANTAQ que autoriza a cobrança pelo TCU; (ii) jurisprudência do CADE no sentido de que a cobrança é conduta anticompetitiva; e (iii) decisão do STJ que reconhece a ilegalidade da cobrança. Assim, ao provocar a atuação de diversos tribunais judicantes e a aplicação de diversos subsistemas normativos, pode ser considerado como um fato jurídico de múltipla incidência, conforme se verá adiante.

4 FATOS JURÍDICOS DE MÚLTIPLA INCIDÊNCIA

Conforme exposto no capítulo anterior, o SSE/THC-2 pode ser analisado por diversos subsistemas normativos e, por conta disso, é considerado como um fato jurídico de múltipla incidência. Mas afinal o que são fatos jurídicos de múltipla incidência? Para responder à pergunta, é necessário percorrer conceitos basilares do processo civil como a definição de unidade da jurisdição, regras de competência, normas e ilicitudes. Ainda, mister se faz abordar também qual é o papel dos Tribunais Administrativos como órgãos judicantes.

4.1 Jurisdição e competência

Com a evolução da justiça privada – que se realizava *interpartes* através da autotutela e da autocomposição – para a justiça pública, o Estado, a partir de uma submissão voluntária dos particulares, passou a impor-lhes, de forma imperativa, uma solução para conflitos de interesse.⁸² À essa imposição denomina-se jurisdição, a qual é destinada, portanto, “à solução imperativa, substitutiva e com vocação de definitividade de conflitos intersubjetivos”.⁸³ Em outras palavras, a jurisdição configura-se como “uma das funções assumidas e exercidas pelo Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça”.⁸⁴

Nesse sentido, Dinamarco leciona que a jurisdição pode ser compreendida a partir da conjugação de três elementos: poder, função e atividade.

Como *poder* é manifestação do poder estatal, conceituado como capacidade de decidir imperativamente e impor decisões. Como *função*, expressa o encargo que têm os órgãos jurisdicionais de promover a pacificação de conflitos interindividuais, mediante a realização do direito justo e através do processo. E como *atividade* ela é o complexo de atos do juiz ou do árbitro no processo, exercendo o *poder* e cumprindo a *função* que a lei lhes comete.⁸⁵

⁸² DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria Geral do Processo*. 32ª ed. revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2020, p. 46.

⁸³ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. v. 1, p. 268.

⁸⁴ BURINI, Bruno. *Efeitos Civis da Sentença Penal*. Coleção Atlas de Processo Civil. São Paulo: Atlas, 2007.

⁸⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria Geral do Processo*. 32ª ed. revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2020, p. 257.

A jurisdição é, como poder soberano, una e indivisível. Até porque, a rigor, como expressão da soberania do Estado, falar em divisão da jurisdição seria pensar em uma pluralidade de soberanias.⁸⁶ Assim, para o seu exercício, cada juiz e tribunal é investido do poder-dever de impor soluções para resolução dos conflitos de interesse.

Na prática, para que seja exercida com maior eficiência e especialização, há a atuação de vários órgãos do Poder Público⁸⁷ e é nesse contexto que se fazem necessárias as regras de competência, cujo intuito é definir “as condições, ocasiões e limites de exercício dos poderes funcionais da jurisdição entre seus diversos órgãos”.⁸⁸ Para Bueno, a competência é uma verdadeira medida da jurisdição, ou seja, “a quantidade de jurisdição que pode e deve ser exercida pelo juiz em cada caso concreto”.⁸⁹ Portanto, para que essa expressão do poder estatal seja concretizada, dirimindo conflitos de interesses e impondo decisões, são definidas competências, que limitam o exercício prático do poder jurisdicional.

4.2 Ilícitos e fatos jurídicos de múltipla incidência

Não obstante a limitação à quantidade de jurisdição para cada juiz e tribunal através da definição de regras de competência, para o exercício da função jurisdicional em casos concretos, o Estado, valendo-se de sua função legislativa, estabelece normas que atribuem direitos, poderes, faculdades, obrigações e definições sobre o que é lícito e o que é ilícito.⁹⁰ É a partir dessas definições em abstrato que o Estado analisa o caso concreto e aplica a medida considerada justa aos jurisdicionados. Em outras palavras, o Estado cria uma estrutura, por meio de normas e definições de regras de competência, para que possa exercer, na prática, a jurisdição. Nesse sentido, Dinamarco afirma que

é para a consecução dos objetivos da jurisdição, e particularmente daquele relacionado com a pacificação com justiça, que o Estado institui o sistema processual, ditando

⁸⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria Geral do Processo*. 32ª ed. revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2020, p. 271.

⁸⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. v. 1, p. 284.

⁸⁸ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 1. 59ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 196.

⁸⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. v. 1, p. 456.

⁹⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria Geral do Processo*. 32ª ed. revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2020, p. 63.

normas a respeito (direito processual), criando órgãos jurisdicionais, fazendo despesas com isso e exercendo através deles o seu poder.⁹¹

Nesse ínterim, os indivíduos submetem-se a regras de conduta e convivência de caráter genérico e abstrato, os quais são “verdadeiros tipos, ou modelos de conduta (desejada ou reprovada), acompanhados ordinariamente dos efeitos que seguirão à ocorrência de fatos que se adaptem às previsões”.⁹² Assim, caso descumpridas, os indivíduos estão sujeitos a uma pena cominada pela norma jurídica.

A essas quebras de conduta intitula-se ilícito, um “ato em desacordo com a ordem jurídica, violando direitos e causando prejuízos a outrem”.⁹³ Para tanto, é necessário (i) um fato gerador (uma conduta); (ii) um dano ou prejuízo; e (iii) que o ato danoso incorra em violação a norma jurídica. Frise-se ainda que o ilícito, por si só, não é específico de nenhum dos ramos do Direito. De acordo com José Cretella Júnior, “abstraindo as notas tipificadoras do instituto, aqui e ali, chega ao conceito categorial puro, *in genere*, que abrange todos e cada um dos matizes assumidos pela infração na esfera penal, administrativa, civil, tributária, financeira, trabalhista”.⁹⁴ Nesse sentido, José Cretella Júnior pontua que o ilícito é gênero, do qual os ilícitos cível, penal, administrativa, fiscal e trabalhista são espécies:

*A substância ou materialidade do ilícito é sempre um fato, que ocasiona um dano, o que gera responsabilidades e sanções, em razão das perturbações causadas ao particular, à sociedade, à Administração, ou às pessoas jurídicas privadas. Esses diversos tipos de perturbações e desequilíbrios levaram os diversos setores em que se desdobra a ciência jurídica a se especializarem na apuração das respectivas responsabilidades, com as consequentes aplicações das correspondentes sanções.*⁹⁵

Nesse sentido, a distinção entre os ilícitos em espécie se concretiza a partir da compreensão da função da natureza do bem jurídico ofendido e dos efeitos do ato de repressão.⁹⁶ Dessa maneira, é possível que um mesmo ato acarrete efeitos repressivos em mais de um dos ramos do Direito, porquanto determinada conduta pode violar diferentes normas de diferentes subsistemas jurídicos. Ou seja, um único ilícito pode ser um fato jurídico com incidência múltipla.

⁹¹ DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria Geral do Processo*. 32ª ed. revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2020, p. 47.

⁹² *Ibid.*, p. 63.

⁹³ TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil: volume único*. 14. ed. Rio de Janeiro: Método, 2024, p. 455.

⁹⁴ CRETELLA JÚNIOR, José. *O ilícito administrativo*. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 68, n. 1, 1973, p. 137.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 137.

⁹⁶ PEREIRA, Caio Mario da Silva, *Instituições de direito civil: introdução ao direito civil, teoria geral de direito civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, v. 1.

É nessa perspectiva que Cláudia Lima Marques desenvolve a Teoria do Diálogo das Fontes no Brasil. De acordo com a teoria, entende-se que o Direito deve ser interpretado de modo coordenado, de modo que uma norma não exclua a aplicação de outra. Nesse sentido, Tartuce pontua que “a teoria do diálogo das fontes surge para substituir e superar os critérios clássicos de solução das antinomias jurídicas (hierárquico, especialidade e cronológico)”⁹⁷ e, com base nessa teoria, por exemplo, “supera-se a ideia de que o Código Consumerista seria um microsistema jurídico, totalmente isolado do Código Civil de 2002”.⁹⁸

Conforme leciona Cláudia Lima Marques,

Pela força da Constituição (e dos Direitos Fundamentais), fontes plurais não mais se excluem – ao contrário, mantêm as suas diferenças e narram simultaneamente suas várias lógicas (dia-logos), cabendo ao aplicador da lei coordená-las (“escutando-as”), impondo soluções harmonizadas e funcionais no sistema, assegurando efeitos úteis a essas fontes, ordenadas segundo a compreensão imposta pelo valor constitucional.⁹⁹

No caso da ADI nº 2.591, por exemplo, em que se questionava a aplicação do CDC às relações bancárias, o Ministro Joaquim Barbosa, se valendo da teoria de Cláudia Lima Marques, destacou como o regramento do sistema financeiro e a disciplina do consumo e da defesa do consumidor podem conviver de modo harmonioso:

Entendo que o regramento do sistema financeiro e a disciplina do consumo e da defesa do consumidor podem perfeitamente conviver. Em muitos casos, o operador do direito irá deparar-se com fatos que conclamam a aplicação de normas tanto de uma como de outra área do conhecimento jurídico. Assim ocorre em razão dos diferentes aspectos que uma mesma realidade apresenta, fazendo com que ela possa amoldar-se aos âmbitos normativos de diferentes leis.¹⁰⁰

Naquele contexto, o Ministro apontou ainda as influências recíprocas entre normas, de modo que se aplica em conjunto “duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementarmente, seja subsidiariamente, seja permitindo a opção voluntária das partes sobre a fonte prevalente”.¹⁰¹

Assim, tendo em vista esta multiplicidade de incidências e influências recíprocas, é necessária a adequada articulação da variedade de qualificações jurídicas para que seja

⁹⁷ TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil: volume único*. 14. ed. Rio de Janeiro: Método, 2024, p. 66.

⁹⁸ *Ibid.*, p. 60.

⁹⁹ MARQUES, Cláudia Lima. *A Teoria do ‘Diálogo das Fontes’ hoje no Brasil e seus novos desafios: Uma homenagem à magistratura brasileira*. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/secao/a-teoria-do-dialogo-das-fontes-hoje-no-brasil-e-seus-novos-desafios-uma-homenagem-a-magistratura-brasileira-dialogo-das-fontes/1199171989>. Acesso em: 27 jan. 2025.

¹⁰⁰ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADI 2591*, Relator: Ministro Carlos Velloso, Tribunal Pleno, julgado em 07 jun. 2006, publicado em 29 set. 2006.

¹⁰¹ *Ibid.*

preservada a segurança jurídica e sejam evitadas situações de sobreposições, afinal, a jurisdição é una. Assim, a atuação de diversas autoridades judicantes em determinado fato jurídico significa que decisões tomadas em relação aos ilícitos em espécie geram impacto direto no ilícito como gênero, razão pela qual deve haver plena correlação entre as posições e caminhos adotados nas diferentes instâncias e tribunais.

4.3 Tribunais Administrativos Judicantes

O Estado atua na economia de forma direta, por meio de empresas públicas e sociedades de economia mista, e de forma indireta através de sua atuação como agente normativo (Poder Legislativo) e de seu poder de regulador e planejador (Poder Executivo). Por meio dessa atuação indireta, o Estado implementa políticas públicas e, para tutelar valores a serem protegidos e julgar administrativamente suas violações (ilícitos), possui instâncias administrativas, como é o caso das agências reguladoras e do CADE por exemplo, abordadas, respectivamente, nos capítulos 1 e 2 do presente trabalho. Nessa senda, os Poderes Executivo e Legislativo desempenham atividades tipicamente jurisdicionais.

Conforme pontuado nos tópicos anteriores, a jurisdição é una, sendo dividida por um critério organizacional a partir de objetivos específicos a serem perseguidos e, apesar de ser intimamente ligada ao Estado-juiz, não é a ele exclusiva. Conforme expõe Bueno, é a partir dessa concepção que se conceituam as funções típicas e atípicas do Estado:

A atividade desempenhada pela Administração Pública em uma “sindicância” ou em um “processo administrativo” (art. 41, § 1º, II, da CF), por exemplo, é substancialmente, jurisdicional. Da mesma forma, a título meramente exemplificativo, a atuação do Legislativo ao julgar anualmente as contas prestadas pelo Presidente da República e no processo de *impeachment* de determinadas autoridades públicas (arts. 49, IX, e 52, I, da CF, respectivamente). São funções tipicamente jurisdicionais (no sentido substancial da atividade desempenhada, portanto), mas atípicas porque, pela análise das funções tradicionais desempenhadas por cada órgão do Estado, elas não são prestadas pelo Poder Judiciário.¹⁰²

A essas funções tipicamente jurisdicionais exercidas pelos Poderes Executivo e Legislativo intitula-se função judicante administrativa. Não obstante, ainda que considerada atípica na concepção de Cassio Scarpinella Bueno, é um dos principais papéis das agências

¹⁰² BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. v. 1, p. 270.

reguladoras, que resolvem conflitos entre os agentes regulados e os consumidores, ou entre os agentes regulados e o poder público.

Nesse sentido, “o Poder Executivo julga situações atuais ou potencialmente conflitivas. Trata-se de função contraposta e complementar à função administrativa ativa”.¹⁰³ Conforme Veríssimo, trata-se de “um poder quase-judicial atribuído a esses órgãos administrativos, identificado tanto com a capacidade de julgar com vistas à aplicação de sanções administrativas, quanto com a capacidade de atuar como árbitros em disputas privadas entre agentes econômicos”.¹⁰⁴

Para Franceschini, essa função judicante administrativa caracteriza-se como um poder de decidir “qual a vontade da lei em relação a um caso concreto e de conferir à decisão autoridade pública e, por via judicial, exequibilidade compulsória”.¹⁰⁵ Como consequência da atividade desenvolvida por esses tribunais administrativos, atribui-se a eles a possibilidade de aplicar sanções em decorrência do descumprimento de preceitos legais, regulamentares ou contratuais pelos agentes econômicos regulados. Assim,

a partir do momento em que Tribunais administrativos se propõem exatamente à solução de conflitos concretos mediante a instauração de um processo em que são preservadas características típicas do processo jurisdicional (acesso, reação, contraditório, prova, consciência da fundamentação, sujeição a priori ao comando), estar-se-ia por aproximar sobremaneira a atuação do Tribunal Jurisdicional à do Tribunal Administrativo.¹⁰⁶

Frise-se que essa função jurisdicional não se confunde com o poder-dever do Judiciário. A própria Constituição de 1988 não restringe a jurisdição ao poder jurisdicional exercido pelo Estado-juiz. A título exemplificativo, o art. 37, XVIII, da CRFB/88 estabelece que “a administração fazendária e seus servidores fiscais terão, dentro de suas áreas de competência e jurisdição, precedência sobre os demais setores administrativos, na forma da lei”¹⁰⁷, da mesma forma, a Carta Magna trata o TCU, disciplinando que “O Tribunal de Contas da União, integrado por nove Ministros, tem sede no Distrito Federal, quadro próprio de pessoal

¹⁰³ BURINI, Bruno Corrêa. *Processo Administrativo de Apuração de Conduta Anticoncorrencial: Perspectiva Instrumentalista*. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-15032013-084457/publico/Tese_final_Bruno_Correa_Burini.pdf. Acesso em: 06 jan. 2025.p. 62.

¹⁰⁴ VERÍSSIMO, Marcos Paulo. *Aproximação sistemática ao controle judicial das agências de regulação econômica no Brasil*. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002, p. 72.

¹⁰⁵ FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. *Roteiro do processo penal-econômico na legislação de concorrência*. Revista do IBRAC, v. 5, n. 10, 1998, p. 10.

¹⁰⁶ BURINI, Bruno Corrêa. *Processo Administrativo de Apuração de Conduta Anticoncorrencial: Perspectiva Instrumentalista*, p. 53.

¹⁰⁷ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988.

e jurisdição em todo o território nacional, exercendo, no que couber, as atribuições previstas no art. 96”.¹⁰⁸ Assim, jurisdição possui um duplo sentido, pois indica tanto a função jurisdicional quanto o Poder jurisdicional do Estado.¹⁰⁹

A função jurisdicional é a atribuição de solucionar conflitos, aplicando o direito ao caso concreto¹¹⁰, já o exercício do Poder jurisdicional corresponde ao órgão responsável pela resolução de conflitos na condição de terceiro imparcial, que é justamente o Poder Judiciário. A diferença se dá na forma como os litígios são solucionados. Nos litígios administrativos, a administração atua como parte integrante do conflito, valendo-se de sua função jurisdicional e, nos litígios judiciais, o Poder Judiciário atua como terceiro não interessado.

Em contrapartida, o art. 5º, XXXV, da CRFB/88, prevê que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”¹¹¹, de modo que as decisões proferidas por tribunais administrativos podem ser objeto de posterior apreciação judicial. Ainda assim, observa-se uma tendência de resolução de conflitos que amplia o acesso à justiça para além do Judiciário até porque, como é sabido, a inafastabilidade do Poder jurisdicional trouxe o inevitável asseveramento do Poder Judiciário.

A pacificação de conflitos por um tribunal administrativo judicante proporciona uma análise ainda mais técnica das peculiaridades de determinado mercado. A ANTAQ, por exemplo, possui norma específica para resolução de conflitos regulatórios através de mediação e arbitragem¹¹² e a Agência Nacional de Petróleo (ANP) para solução de controvérsias por meio da arbitragem¹¹³, proferindo decisões administrativas materialmente jurisdicionais, formando verdadeira lei para o caso concreto.¹¹⁴

É certo que o Judiciário permanece como o ente autorizado a rever decisões proferidas no âmbito administrativo, seja reformando-as ou mantendo-as. Apesar disso, o sistema de controle judicial parece permitir uma flexibilização norteada pelo princípio da deferência, de

¹⁰⁸ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988, art. 73.

¹⁰⁹ CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*. Nápoles: Morano Editore, 1958, p. 82, “*la parola giurisdizione acquista, così, un duplice significato in quanto serve a indicare tanto la funzione quanto il potere giudiziario*”.

¹¹⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 108.

¹¹¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988.

¹¹² BRASIL. Agência Nacional de Transportes Aquaviários. Resolução Normativa nº 98, de 2023. *Estabelece os procedimentos administrativos para resolução de conflitos entre os agentes do setor regulado pela ANTAQ*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 31 mai. 2023. Seção 1, p. 12345.

¹¹³ BRASIL. Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997. *Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 7 ago. 1997. Seção 1, p. 18174, art. 43, X.

¹¹⁴ Conforme Humberto Theodoro Júnior, “com o processo (método jurisdicional) se obtém uma *lex specialis*, voltada para o fato controvertido, e que se veste da força de um verdadeiro comando (lei do caso concreto)”. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Jurisdição e competência*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, n. 38, 2000, p. 151.

modo que se verifica um crescente reconhecimento de decisões administrativas para a resolução de conflitos, reduzindo assim a “asfixiante proliferação de feitos perante o Poder Judiciário”.¹¹⁵ A partir do entendimento do Judiciário sobre suas limitação, seja por critério de legitimidade, competência ou responsabilidade, para analisar determinado caso, sobretudo ante a especificidade a depender do tema, setor e agentes em conflito, prioriza-se a maior *expertise* dos tribunais administrativos judicantes.

Para Eduardo Jordão, é necessário que os tribunais judiciais adotem uma “postura autorrestritiva no controle que operam sobre as decisões administrativas”¹¹⁶. Isso não significa, entretanto, que o juiz estaria restrito à análise formal do caso levado ao Poder Judiciário, mas sim que ele deve agir com maior cautela na apreciação da matéria sob pena de usurpação de competência e de substituir o papel do agente regulador na definição de políticas regulatórias.¹¹⁷ Nesse sentido, em uma análise acerca do poder jurisdicional das agências reguladoras, Marçal Justen Filho pontua que estas são dotadas de competência discricionária infralegislativa, destinada à adoção de políticas públicas compatíveis com a legislação vigente e, dessa forma, o controle jurisdicional não poderia invadir esse núcleo de autonomia decisória.¹¹⁸

No que se refere ao CADE, por exemplo, o STF, no julgamento do RE 1083955/DF entendeu que o Poder Judiciário não pode fazer a revisão judicial do mérito de decisão administrativa do órgão de defesa da concorrência, devendo se atentar tão somente ao exame da legalidade ou abusividade dos atos administrativos, fazendo, assim, verdadeira deferência à *expertise* técnica da autarquia e restabelecendo a decisão sancionadora por ele proferida.¹¹⁹

Da mesma forma entende o STJ, que, ao tratar de análise de decisão proferida pelo CADE, o Min. Relator Luiz Fux bem assentou que

A decisão proferida pelo CADE tem, portanto, [...] uma natureza administrativa mas também jurisdicional, até porque a nova lei antitruste, no art. 3º, como já salientado, conceitua o CADE como um ‘órgão judicante’. Não resta dúvida que as decisões do CADE, pela peculiaridade de versarem sobre matéria especificamente complexa, que requer um órgão especializado, apresentam natureza bastante similar a uma decisão

¹¹⁵ RAMOS, Elival da Silva. *A valorização do processo administrativo, o poder regulamentar e a invalidação dos atos administrativos*. In: SUNDFELD, Carlos Ari, MUÑOS, Guillermo Andrés (Org.). *As leis de processo administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 80.

¹¹⁶ JORDÃO, Eduardo. *Controle judicial de uma administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 50.

¹¹⁷ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 224.

¹¹⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 590.

¹¹⁹ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *RE 1083955/DF*, Relator: Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 18 dez. 2017, publicado em 06 fev. 2018.

judicial. E o legislador quis exatamente atribuir a essa decisão uma natureza especificamente judicial, posto que de origem administrativa.¹²⁰

Nesse sentido, como mencionado no capítulo 1 deste trabalho, Di Pietro bem pontua sobre a existência de uma função quase judicial característica dos tribunais administrativos judicantes.

Em suma, resta evidente que o Poder Judiciário não é detentor do monopólio do exercício da função jurisdicional do Estado. O modelo adotado pelo Brasil admite o exercício desta função pelo Poder Executivo e Legislativo sem prejuízo de que processos administrativos sejam posteriormente analisados pelo Judiciário, em atenção à inafastabilidade do Poder Judiciário prevista no art. 5º, XXXV, da CRFB/88. Ainda assim, verifica-se que é necessário que o Poder Judiciário adote uma postura de deferência em relação ao que foi julgado em tribunais administrativos, adotando cautela na apreciação do feito a partir de uma “presunção relativa quanto à regularidade jurídica dos atos produzidos pelo exercente de função administrativa”.¹²¹

¹²⁰ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, *REsp 590960/DF*, Relator: Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 26 out. 2004, publicado em 21 mar. 2005.

¹²¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

5 INTERFACES ENTRE REGULAÇÃO E CONCORRÊNCIA

Conforme já exposto no presente trabalho, a competência do Estado para normatizar e regular atividades econômicas, inclusive através de medidas voltadas para a repressão ao abuso do poder econômico que vise a dominação do mercado, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário de lucros é prevista na Constituição em seus arts. 173, § 4º e 174, *caput*.

A Lei de Defesa da Concorrência ainda é cristalina em seu art. 4º ao prever que “o CADE é entidade judicante com jurisdição em todo o território nacional”¹²², zelando pela observância às normas concorrenciais e decidindo sobre a existência ou não de práticas anticompetitivas de maneira ampla e sem restrições. Entretanto, no caso de fatos jurídicos de múltipla incidência, é possível que haja mais de uma autoridade apta a reprimir condutas violadoras da ordem econômica, fazendo-se necessária uma integração entre normas regulatórias específicas de determinado mercado e a norma antitruste, sobretudo para se compreender qual(is) seria(m) a(s) autoridade(s) reponsável(is) pelo *enforcement* para proteção da concorrência.

Nesse sentido, a Lei de Defesa da Concorrência estabelece as competências do referido tribunal administrativo da seguinte maneira:

Art. 9º. Compete ao Plenário do Tribunal, dentre outras atribuições previstas nesta Lei:

I – zelar pela observância desta Lei e seu regulamento e do regimento interno;

II - decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas em lei;

III - decidir os processos administrativos para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica instaurados pela Superintendência-Geral;

[...]

VIII - requisitar dos órgãos e entidades da administração pública federal e requerer às autoridades dos Estados, Municípios, do Distrito Federal e dos Territórios as medidas necessárias ao cumprimento desta Lei;

XIII - requerer à Procuradoria Federal junto ao Cade a adoção de providências administrativas e judiciais;

[...]

XVIII - requisitar informações de quaisquer pessoas, órgãos, autoridades e entidades públicas ou privadas, respeitando e mantendo o sigilo legal quando for o caso, bem como determinar as diligências que se fizerem necessárias ao exercício das suas funções; e

XIX - decidir pelo cumprimento das decisões, compromissos e acordos.¹²³

¹²² BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. *Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências.* Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 1 dez. 2011.

¹²³ Ibid.

Ainda, dispõe em seu art. 31 que

Art. 31. Esta Lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal.¹²⁴

A previsão da Lei de Defesa da Concorrência é clara: tendo sido constatado o seu descumprimento, seja por agentes econômicos privados ou por entidades da Administração Pública, incumbe ao Tribunal do CADE requisitar informações e decidir sobre matéria antitruste, ainda que o setor seja regulado por órgãos regulatórios setoriais como as agências reguladoras de modo geral. Assim, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica é tribunal administrativo judicante dotado de primazia para dirimir questões relativas à defesa da concorrência.

Isso não quer dizer, no entanto, que se prioriza normas antitruste em detrimento de normas regulatórias setoriais. Em verdade, objetiva-se a articulação entre ambas, privilegiando-se a *expertise* das agências reguladoras quanto às especificidades técnicas do setor regulado para fornecerem subsídios às decisões do CADE.

Todavia, em hipóteses em que o marco regulatório define qual autoridade será responsável pela tutela concorrencial, surgem discussões importantes sobre a quem caberia exercer o controle antitruste. Nesse sentido, há quem diga que em determinados setores regulados haveria uma imunidade à lei concorrencial, até porque o texto normativo deve ser flexibilizado à realidade em que se insere. Conforme leciona Forgioni,

A aplicação literal do texto normativo, sem qualquer flexibilização, pode gerar efeitos opostos àqueles desejados. É necessário que a Lei Antitruste contenha meios técnicos que permitam à realidade permear o processo de interpretação/aplicação das normas nela contidas.¹²⁵

Tais possibilidades foram analisadas pelo Direito norte-americano através das doutrinas intituladas de *State Action Doctrine* e *Pervasive Power Doctrine* e pela OCDE através de rodadas de discussões que ensejaram na *Regulated Conduct Defense*, a seguir analisadas. A partir da articulação e compreensão destas linhas doutrinárias, o Superior Tribunal de Justiça,

¹²⁴ Ibid.

¹²⁵ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2024, p. 202.

em análise de mérito sobre a interface entre regulação e concorrência, apresentou uma “tropicalização” dessas doutrinas para aplicação no Brasil.

5.1 A *rule of reason* norte-americana

O *Sherman Act*, promulgado em 1890 nos Estados Unidos para proibição dos trustes, monopólios e cartéis¹²⁶, não prevê de forma explícita e expressa qualquer “válvula de escape” à legislação antitruste. Via de regra, não haveria a possibilidade de se pensar nessas isenções antitruste. Assim, nos primeiros anos de vigência da legislação, toda e qualquer prática restritiva da concorrência era considerada ilegal, nos termos de seu art. 1º.¹²⁷

Contudo, a interpretação literal e restritiva da legislação acabou perdendo força. Acerca disso, Forgioni pontua:

Percebe-se, da análise das primeiras decisões em que a Suprema Corte aplicou aquela lei antitruste, que seus juízes estavam divididos, em linha de princípio entre duas posições: a primeira, tendo por principal expoente Peckham, que entendia ilícita qualquer prática que, direta e efetivamente, prejudicasse o livre comércio; e a outra linha de pensamento, liderada por White, sustentando que o *Sherman Act* vedava somente as práticas que restringiam a concorrência de forma não razoável.¹²⁸

Nesse sentido, foi em 1911, no julgamento do caso *Standard Oil Co. of New Jersey vs. United States* que a Suprema Corte decidiu que o *Sherman Act* de fato não deveria ser interpretado em seu sentido literal, ou seja, “a lei visaria a, apenas, proteger aquele comércio de práticas que implicassem sua indevida restrição (*undue restraint*).”¹²⁹ Na ocasião, entendeu-se que

¹²⁶ Milton Handler pontua que o *Sherman Act* reafirmava a fé do Congresso “*in competition as the principal regulating force in our economy by forbidding restraints of trade and monopolization in interstate and foreign commerce*”. HANDLER, Milton. *Antitrust in Perspective: The Complementary Roles of Rule and Discretion*. New York: Columbia University Press, 1957, p. 3.

¹²⁷ **Section 1. Trusts, etc., in restraint of trade illegal; penalty.** *Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$10,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$350,000, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court.* ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Sherman Antitrust Act*, 1890. Disponível em: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/COMPS-3055/pdf/COMPS-3055.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2025.

¹²⁸ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2024, p. 205.

¹²⁹ *Ibid.*, p. 205.

[...] *The statute under this view evidenced the intent not to restrain the right to make and enforce contracts, whether resulting from combination or otherwise, which did not unduly restrain interstate or foreign commerce, but to protect that commerce from being restrained by methods, whether old or new, which would constitute an interference this is an undue restraint.*¹³⁰

Nesse sentido, a *rule of reason* constitui-se como a interpretação dada ao art. 1º do *Sherman Act* na concepção de que as práticas que restrinjam a concorrência são consideradas ilegais apenas se violarem a concorrência de forma desarrazoada. Essa abordagem passou a permitir uma análise mais detalhada e contextualizada das práticas comerciais, ao contrário da regra *per se*.

A *rule of reason* foi incorporada ao contexto brasileiro sobretudo no que se refere às infrações à ordem econômica, em que, como visto, a análise de práticas anticompetitivas é analisada a partir dos efeitos dessas práticas sobre o mercado, em vez de se basear apenas em critérios formais, mencionando-se a necessidade de análise dos efeitos econômicos e do prejuízo à livre concorrência. Esse enfoque é um reflexo da aplicação da *rule of reason* norte-americana, que avalia o impacto real das práticas comerciais no mercado. Além disso, também se verifica que o CADE aplica a regra da razão em suas decisões, ponderando os aspectos específicos de cada caso para determinar se há ou não prejuízo à concorrência.

5.2 *State Action Doctrine*

Não obstante a flexibilização dada à norma antitruste norte-americana a partir da aplicação da regra da razão (*rule of reason*), a tradição norte-americana ainda se vale de isenções que autorizam a prática de determinados atos restritivos da concorrência, são as chamadas *legal exemptions*.

A partir do *leading case Parker v. Brown* (317 U.S. 341), em 1943, a Suprema Corte Norte-Americana buscou analisar se a legislação estadual teria a capacidade de afastar a incidência de normas federais de defesa da concorrência em observância à autonomia federativa. No caso, Brown se insurgiu contra uma lei do Estado de Califórnia a qual estabelecia um programa que controlava os preços e condições de comercialização de *commodity* agrícola através da restrição da concorrência entre produtores. Brown alegou que o programa violava o

¹³⁰ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*, 221 U.S. 1 (1911). Relator: Edward D. White, julgado em 15 mai. 1911. Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/221/1/>. Acesso em: 13 jan. 2025.

Sherman Act – em posição hierarquicamente superior à lei estadual – ao impor tais restrições aos produtores da *commodity*.

No julgamento, a Suprema Corte entendeu que, diante da ausência de competência expressa no *Sherman Act* para atuar sobre atos emanados pelo Poder Público, a conduta do Estado de Califórnia estaria imune à atuação antitruste. Para a Suprema Corte, a regulação visava normatizar o tratamento, a disposição e os preços da *commodity* dentro de mercado local, de modo que a legislação federal antitruste não poderia se sobrepor à soberania estatal. Naquele contexto, reconheceu-se aos Estados imunidade às normas concorrenciais federais quando suas ações fossem destinadas à formulação e execução de políticas públicas.

De acordo com a Suprema Corte, “*the California prorate program would violate the Sherman Act if it were organized and made effective solely by virtue of a contract, combination or conspiracy of private persons, individual or corporate*”¹³¹, concluindo, dessa forma, que “*the state in adopting and enforcing the prorate program made no contract or agreement and entered into no conspiracy in restraint of trade or to establish monopoly but, as sovereign, imposed the restraint as an act of government which the Sherman Act did not undertake to prohibit.*”¹³² Assim, o Estado da Califórnia foi absolvido e foi consolidado o entendimento de que a regulação sobre a indústria de interesse local não prejudicou o controle nacional sobre o comércio, tratando-se, portanto, de isenção antitruste.

Já no caso *California Liquor Dealers v. Midcal Aluminum*, julgado em 1980, a Suprema Corte deu melhores contornos e parâmetros para a aplicação da *State Action Doctrine*. No caso, o Estado da Califórnia estabeleceu uma norma que exigia que todos os produtores de vinho e atacadistas apresentassem ao Estado tabela de preços de revenda, de maneira que os agentes econômicos não poderiam vender o vinho a preço diferente do estabelecido.

A Suprema Corte, ao julgar o caso, definiu que há isenção antitruste quando estiverem presentes dois requisitos: (i) claro objetivo do órgão normatizador de substituição da concorrência pela regulação, atuando em conformidade com uma política estatal claramente articulada (*clearly articulated*); e (ii) supervisão ativa e permanente do Estado no cumprimento das obrigações impostas pela regulação (*active supervision requirement*). Nesse sentido, o sistema estabelecido pela Califórnia violava o *Sherman Act* e não poderia ser aplicado por não ter atendido ao segundo requisito:

¹³¹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. Recurso voluntário (*appeal*). *Parker v. Brown*, 317 U.S. 341 (1943). Relator: Presidente Stone. julgado em 4 de janeiro de 1943. Disponível em: <http://supreme.justia.com/us/317/341/case.html>. Acesso em: 14 jan. 2025, p. 350.

¹³² *Ibid.*, p. 350.

*The State simply authorizes price setting and enforces the prices established by private parties. The State neither establishes prices nor reviews the reasonableness of the price schedules; nor does it regulate the terms of fair trade contracts. The State does not monitor market conditions or engage in any “pointed reexamination” of the program.*¹³³

A partir de então, as autoridades antitruste passaram a excluir do âmbito de sua competência a análise de condutas de agentes econômicos que preenchessem cumulativamente esses requisitos. Em síntese, a *State Action Doctrine* foi formulada para estabelecer os casos em que a regulação estatal afastaria a defesa da concorrência pelo órgão antitruste. Como bem sintetiza Calixto Salomão Filho,

para determinar se o ato dos governos estaduais conferia, ou não, imunidade à aplicação do direito antitruste desenvolveu-se a chamada *State Action Doctrine* [...]. Em primeiro lugar, é necessário que a decisão seja tomada ou a regulamentação expedida em consequência de uma política claramente expressa e definida de substituição da competição pela regulamentação. Não basta, portanto, que a lei dê poderes para determinação das variáveis empresariais básicas (preço e quantidade produzida). É necessário que ela claramente expresse a intenção de substituir a competição pela regulamentação.

Mas não é só. É necessário, ainda, que haja supervisão ativa (*active supervision requirement*) e constante do cumprimento das obrigações impostas pela regulação.¹³⁴

Ou seja, “os atos fiscalizatórios ou normativos de agências (autarquias) não podem ser objeto de discussão nos órgãos concorrenciais”¹³⁵, mas apenas os atos dos administrados e “na medida em que o controle concorrenciais [pelo regulador] não tenha sido extenso ou profundo o suficiente”.¹³⁶

5.3 *Pervasive Power Doctrine*

Diferentemente do escopo da *State Action Doctrine*, a *Pervasive Power Doctrine* se refere a conflitos de competência na esfera federal, entre agências setoriais e autoridades antitruste. A doutrina se consagrou pelo caso *United States v. RCA* (358 u.s. 334) de 1959.

¹³³ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *California Retail Liquor Dealers Assn. v. Midcal Aluminum, Inc.*, 445 U.S. 97 (1980). Relator Ministro Powell, julgado em 03 mar. 1980. Disponível em: <http://supreme.justia.com/us/445/97/case.html>. Acesso em: 14 jan. 2025. p. 352.

¹³⁴ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 198.

¹³⁵ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 148.

¹³⁶ *Ibid.*, p. 148.

No julgamento em referência, o Departamento de Justiça alegava que a agência reguladora *Federal Communications Commission (FCC)* violou a norma antitruste ao aprovar operação de troca de estação de televisão entre a *Radio Corporation of America (RCA)* e a *National Broadcasting Company (NBC)*. No caso, o Ministro Presidente Warren pontuou que a *FCC* não possuía poder de análise concorrencial, razão pela qual a atuação do órgão antitruste no caso seria válida e cabível, não se tratando de possibilidade de isenção antitruste.

Assim, entendeu-se que a isenção antitruste possui caráter excepcional e apenas ocorreria quando (i) houvesse um claro objetivo de substituição da concorrência pela regulação, raciocínio idêntico ao desenvolvido na *State Action Doctrine*; e (ii) as atribuições do órgão regulador fossem extensas o suficiente para afastar a incidência de normas concorrenciais¹³⁷, ou seja, quando a legislação atribuísse ao regulador o poder de aplicar a lei antitruste ou quando a defesa da concorrência tenha sido levada em consideração quando da elaboração da regulação, de modo que “o poder conferido à agência governamental independente já inclui a competência para aplicar a lei antitruste”.¹³⁸

Como sintetizado por Calixto Salomão Filho,

Não se trata, portanto, de discutir a competência dos Estados Federados para excluir a aplicação do direito antitruste. Trata-se – isto sim, – de verificar em que hipóteses a atribuição de competências a uma agência federal dotada de poderes regulamentares afasta a possibilidade de aplicação do direito antitruste.¹³⁹

Ou seja, pela *Pervasive Power Doctrine* entende-se que há imunidade antitruste se a extensão da competência do órgão regulador substitui completamente a lei geral de defesa da concorrência e se, ainda que não houvesse um poder amplo o suficiente para afastar o direito concorrencial, este seria profundo a ponto de gerar efeito semelhante em uma espécie de delegação de competência para aplicar o direito antitruste ou de utilizá-lo na elaboração de normas regulamentares.¹⁴⁰

¹³⁷ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. Recurso voluntário (*appeal*). *United States v. RCA*, 358 U. S. 334 (1959). Relator: Presidente Warren, julgado em 24 fev. 1959. Disponível em: <http://supreme.justia.com/us/358/334/case.html>. Acesso em: 14 jan. 2025.

¹³⁸ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, pp. 198-200.

¹³⁹ *Ibid*, pp. 198-200.

¹⁴⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: as estruturas*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 214.

5.4 *Regulated Conduct Defense*

Conforme exposto nos tópicos *supra* do presente trabalho, a norma antitruste norte-americana foi flexibilizada pela aplicação da *rule of reason* e das *legal exemptions* (*State Action Doctrine* e a *Pervasive Power Doctrine*).

Em síntese a *State Action Doctrine* e a *Pervasive Power Doctrine* ratificam o entendimento de que o afastamento da análise concorrencial é excepcional, sendo cabível a partir de determinações especificamente previstas na norma regulatória em relação à norma concorrencial. Dessa forma, entendeu-se que isenções podem ser criadas a) pela especificidade da norma regulatória; e b) pela execução, pelo agente regulador, de políticas públicas. Conforme pontuado por Paulo Burnier quando da análise das teorias,

Estas teorias permitiram introduzir no direito comparado concorrencial a ideia de que, excepcionalmente, algumas jurisdições possam aceitar a validade de uma isenção antitruste emanada por norma de nível hierárquico inferior ao da lei de defesa da concorrência, em razão dos princípios da autonomia estatal, da subsidiariedade, da certeza jurídica e da legítima expectativa do administrado.¹⁴¹

Nesse contexto, para melhor compreensão de que forma essas teorias poderiam se inserir em outras jurisdições, a OCDE, em 2011, promoveu um evento para discussão de imunidades antitruste nos setores regulados. Na rodada de discussões, deu-se lugar a uma terceira teoria, intitulada de *Regulated Conduct Defense*.

Compreendeu-se na ocasião que autoridades antitruste não poderiam intervir caso a conduta anticompetitiva de agentes privados fosse ordenada por norma regulatória do setor, ocasião em que a isenção antitruste estaria justificada. Em contrapartida, caso a empresa decidisse de forma autônoma praticar conduta anticompetitiva, a existência de orientações do órgão regulatório do setor que a induzisse a violar as regras concorrenciais, a autoridade antitruste poderia intervir e eventualmente reduzir o valor da multa a ser aplicada àquele agente. Nos termos da Nota da Secretaria da OCDE,

when competition law and regulation are at the same hierarchical level, the regulated conduct defence may be based on express immunity when one of the legal rules explicitly provides for competition law immunity or an implied immunity when there is a plain repugnancy in the application of both legal rules to the challenged conduct.

¹⁴¹ BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Processo Administrativo nº 08012.001518/2006-37*. Relator: Conselheiro Paulo Burnier da Silveira, julgado em 31 ago. 2016, publicado em 10 ago. 2018.

*In some jurisdictions, the defence also applies when there is no added value in applying competition law in conjunction with regulation.*¹⁴²

Ademais, é necessária efetiva supervisão do órgão regulador do setor para que seja possível o afastamento da competência da autoridade antitruste:

*In multi-level governance settings such as federal states, when competition law is at a “superior” level to the regulation, the regulated conduct defence may be based on some form of “state action” doctrine and applies, in accordance with national law, when the challenged conduct is imposed or at least actively supervised by the regulator.*¹⁴³

Por fim, a OCDE pontua que é necessária uma clara política pública setorial de isenção antitruste por razões econômicas e/ou sociais do setor. Nesse sentido, a Nota Técnica explica que *“the regulated conduct defence is important to ensure that the state can exercise its sovereign power to apply regulation that it deems justified for economic and/or social reasons even though the regulation may conflict with competition policy.”*¹⁴⁴

Por fim, a OCDE destaca como a interface entre regulação e concorrência é complexa na medida em que, regulamentada conduta anticompetitiva pelo agente regulador setorial, não há meios para que a autoridade antitruste intervenha, de modo que *“the only route being to rely on advocacy and try to convince the author of the regulation to change it”*.¹⁴⁵ Dessa feita, a OCDE recomenda que a isenção antitruste seja concedida de modo excepcional em razão dos riscos que lhe são inerentes.

5.5 Avaliação do STJ e a proposta de tropicalização das teorias americanas

Como exposto, não há uma priorização a normas antitruste em detrimento de normas regulatórias setoriais. Apesar disso, discute-se se existem setores imunes à atuação do órgão de defesa da concorrência. Nesse contexto, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1899040/SP, ao analisar as *legal exemptions*, entendeu que seria inadequado incorporar as doutrinas norte-americanas acriticamente ao contexto brasileiro, “notadamente porque as

¹⁴² OCDE. *Regulated Conduct Defense*. Nota Técnica. Paris: OCDE, 2012. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/PolicyBriefonRegulatedConductDefense.pdf>. Acesso em: 22 jan. 2025.

¹⁴³ Ibid.

¹⁴⁴ Ibid.

¹⁴⁵ Ibid.

mencionadas concepções foram desenvolvidas no âmbito do *common law*, sendo de rigor avaliar a pertinência de sua incidência em sistemas fundados no direito legislado”.¹⁴⁶

Na ocasião, a Primeira Turma entendeu que não há isenção antitruste em setores regulados por agências reguladoras. Sobretudo porque a própria Lei das Agências Reguladoras (Lei nº 13.848/2019) possui capítulo específico para tratar da interação entre as agências e os órgãos de defesa da concorrência:

Art. 25. Com vistas à promoção da concorrência e à eficácia na implementação da legislação de defesa da concorrência nos mercados regulados, **as agências reguladoras e os órgãos de defesa da concorrência devem atuar em estreita cooperação, privilegiando a troca de experiências.**

Art. 26. **No exercício de suas atribuições, incumbe às agências reguladoras monitorar e acompanhar as práticas de mercado dos agentes dos setores regulados, de forma a auxiliar os órgãos de defesa da concorrência** na observância do cumprimento da legislação de defesa da concorrência, nos termos da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011 (Lei de Defesa da Concorrência).

§ 1º **Os órgãos de defesa da concorrência são responsáveis pela aplicação da legislação de defesa da concorrência nos setores regulados,** incumbindo-lhes a análise de atos de concentração, bem como a instauração e a instrução de processos administrativos para apuração de infrações contra a ordem econômica.

§ 2º Os órgãos de defesa da concorrência poderão solicitar às agências reguladoras pareceres técnicos relacionados a seus setores de atuação, os quais serão utilizados como subsídio à análise de atos de concentração e à instrução de processos administrativos.

Art. 27. Quando a agência reguladora, no exercício de suas atribuições, tomar conhecimento de fato que possa configurar infração à ordem econômica, deverá comunicá-lo imediatamente aos órgãos de defesa da concorrência para que esses adotem as providências cabíveis.

Art. 28. Sem prejuízo de suas competências legais, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) notificará a agência reguladora do teor da decisão sobre condutas potencialmente anticompetitivas cometidas no exercício das atividades reguladas, bem como das decisões relativas a atos de concentração julgados por aquele órgão, no prazo máximo de 48 (quarenta e oito) horas após a publicação do respectivo acórdão, para que sejam adotadas as providências legais.¹⁴⁷

Dessa feita, a Ministra Relatora destaca as considerações de Floriano de Azevedo, o qual entende que “no sistema brasileiro, a articulação entre os órgãos de regulação geral e setorial deve ser buscada na lei”.¹⁴⁸ Azevedo destaca que quatro são os modos de articulação

¹⁴⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1899040/SP*, Relatora: Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 27 ago. 2024, publicado em 27 set. 2024.

¹⁴⁷ BRASIL. Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019. *Dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras, altera a Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, a Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, a Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, a Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, a Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000, a Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, a Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, a Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, a Medida Provisória nº 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, a Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005, e a Lei nº 10.180, de 6 de fevereiro de 2001.* Diário Oficial da União, Brasília, DF, 26 jun. 2019.

¹⁴⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Regulação Setorial e Autoridade Antitruste: a Importância da Independência do Regulador*. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; ROCHA, Jean Paul Cabral Veiga da;

entre as esferas de regulação geral e setorial: (i) complementar, em que ambas se articulam separando-se por competências; (ii) supletiva, em que o órgão de defesa da concorrência pode intervir em determinado mercado regulado quando o órgão regulatório setorial não estiver sendo eficaz; (iii) concorrente, no qual os órgãos antitruste e regulatório setorial coexistem de forma desordenada; e (iv) coordenada, quando há reservas de competências regulatórias para cada um, “mas com a obrigação deste de consultar, ouvir e envolver a outra esfera regulatória no processo de exercício de suas competências”.¹⁴⁹

Assim, afirma-se que a Lei das Agências e a Lei do CADE se articulam de forma complementar e coordenada, de modo que, embora a agência reguladora setorial tenha competência para editar atos normativos que fomentem a competitividade e a concorrência, há primazia do CADE em relação à análise de matéria antitruste, ainda que se trate de mercado regulado. Como bem pontuado no julgamento do caso:

vislumbra-se que as Leis ns. 12.529/2011 e 13.848/2019 ampararam os modelos de articulação complementar e coordenada entre a atuação dos órgãos setoriais e da autoridade antitruste, porquanto prescrevem a troca de experiência entre cada um desses atores para efeito de implementação da tutela da concorrência, apontando, de outra parte, competir às agências reguladoras instituir regulamentos, monitorar e acompanhar as práticas de mercado, encaminhando, posteriormente, informações e pareceres técnicos indispensáveis à formação da convicção do CADE, entidade a qual incumbe, em última instância no âmbito do Poder Executivo, avaliar a existência de condutas ou regramentos contrários à ordem econômica.¹⁵⁰

Na ocasião, o Ministro Gurgel de Faria pontua ainda que, em que pese o CADE não ser dotado de poder de revisão dos dispositivos emanados pelo ente regulador setorial, “este é o órgão responsável por decidir, em caráter definitivo no âmbito do Poder Executivo, acerca da existência de infrações à ordem econômica e zelar pela aplicação da lei de defesa da concorrência”¹⁵¹, assim, deparando-se com situações que possam configurar infração à ordem econômica, é dever da autoridade antitruste investigar e julgar tais condutas.

Desse modo, o STJ compreendeu que

[...] a legislação brasileira está ancorada em orientações voltadas a conferir, de um lado, proeminência à atuação do órgão regulador no estabelecimento das políticas e

MATTOS, Paulo Todescan Lessa (coord.). *Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro*. Max Limonad: 2002, pp. 95-118.

¹⁴⁹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Regulação Setorial e Autoridade Antitruste: a Importância da Independência do Regulador*. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; ROCHA, Jean Paul Cabral Veiga da; MATTOS, Paulo Todescan Lessa (coord.). *Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro*. Max Limonad: 2002, pp. 95-118.

¹⁵⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1899040/SP*, Relatora: Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 27 ago. 2024, publicado em 27 set. 2024.

¹⁵¹ *Ibid.*

projetos concernentes ao exercício de atividades econômicas, sem prejuízo, de outra parte, do desempenho das atribuições de defesa da competitividade pela autarquia dotada de *expertise* geral quanto à matéria, promovendo, em consequência, ambiente de mútua cooperação entre entidades administrativas e no qual incumbe ao Poder Judiciário a solução de eventuais dissensos.¹⁵²

Nesse sentido, conforme bem salienta Prado Filho, “cabe à regulação complementar o sistema de mercado, garantindo a convivência da concorrência com outros imperativos, tais como a segurança e higidez do setor”.¹⁵³

Em contrapartida, a Ministra Relatora pontua que isso não significa que não existam setores isentos à atuação do órgão antitruste no Brasil. Consoante apresentado em seu voto, a Lei das Agências Reguladoras e a Lei do CADE são normas gerais que podem ser excepcionadas:

Consigne, outrossim, serem os regimes estampados nas Leis ns. 12.529/2011 e 13.848/2019 caracterizados como normas gerais, as quais podem, mediante lei, ser excepcionadas por disposições especiais instituidoras de setores infensos à legislação antitruste, sobretudo em contextos nos quais o legislador ordinário vislumbrar ser imperioso o sacrifício parcial da concorrência para o atendimento de outros vetores protegidos pela ordem constitucional.¹⁵⁴

Da mesma forma, Forgioni leciona que

[...] acredita-se que a concorrência deva ser preservada acima de tudo. Porém, existem situações em que o próprio legislador manda que, em determinados setores, a competição há de ser arrefecida. A concorrência é a regra geral, mas outra escolha política pode ser considerada; nessas hipóteses, a lei especial prevalecerá sobre a lei geral.

A Lei 12.529, de 2011, é *lei de caráter geral*, que visa a disciplinar o comportamento dos agentes que atuam no domínio econômico, tanto de maneira *repressiva* (punindo os abusos de poder econômico e as práticas restritivas da concorrência) quanto *preventiva* (mediante o controle previsto no art. 88). Repise-se: *a Lei Antitruste protege a concorrência de forma geral, o mercado concorrencial como um todo*, quer perseguindo-o como um fim a ser atingido, quer preservando-o (sempre na moldura do art. 170 da CF).¹⁵⁵

Na ocasião do julgamento do Especial, pontua-se, contudo, que não basta a mera edição de atos normativos por agências reguladoras para que se configure isenção antitruste a um setor regulado. Nesse sentido, conforme exposto acima, a Lei das Agências Reguladoras não afasta a atuação do órgão antitruste, de modo que a agência reguladora, em auxílio ao

¹⁵² Ibid.

¹⁵³ PRADO FILHO, José Inácio; PEREIRA NETO, Caio Mário. *Espaços e interfaces entre regulação e defesa da concorrência: a posição do CADE*. Revista Direito GV, São Paulo, v. 12, n. 1, p. 13-48, jan./abr. 2016, p. 16.

¹⁵⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp* 1899040/SP, Relatora: Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 27 ago. 2024, publicado em 27 set. 2024.

¹⁵⁵ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2024, p. 217.

CADE, possui o dever de monitorar e acompanhar as práticas dos mercados submetidos à intervenção estatal.¹⁵⁶ A deferência ao CADE foi inclusive reforçada pela Ministra Regina Helena em seu voto, a qual afirmou que

a concessão de proeminência aos regramentos das autoridades antitruste, no tocante à proteção da concorrência, em detrimento da atuação dos órgãos setoriais quanto à temática, busca afastar os malefícios decorrente da possibilidade de captura das agências reguladoras pelo mercado, fenômeno caracterizado pela sobreposição do interesse privado sobre o público em setores econômicos submetidos à regulação estatal, circunstância de difícil ocorrência em conjuntura na qual a autarquia de defesa da competitividade é responsável pela tomada de posição definitiva sobre a elevada gama de mercados relevantes com interesses contrapostos.¹⁵⁷

O Ministro Paulo Sérgio Domingues também pontuou no julgamento a importância da intervenção do CADE em setores regulados:

Se por opção do legislador os setores regulados são exatamente aqueles em que mais sensível e relevante é a exploração da atividade econômica, excluí-los do âmbito de atuação do CADE significaria retirar do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência exatamente os setores em que mais possível seria a formação de posições anticoncorrenciais. O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência ficaria relegado aos setores econômicos onde ele seria, em geral, menos necessário.¹⁵⁸

Assim, na ocasião, o Superior Tribunal de Justiça compreende que eventual aplicabilidade das *legal exemptions* norte-americanas “exigiria demonstração clara de escolha política, substituindo-se a defesa da competitividade pela regulação e, ainda, efetiva fiscalização do cumprimento das regras setoriais pelo órgão competente”¹⁵⁹ e, não sendo o caso, não haveria de se aplicar a *State Action Doctrine* ou a *Pervasive Power Doctrine* de forma irrestrita, devendo-se observar a competência do órgão de defesa da concorrência em matérias antitruste ainda que determinado mercado seja fiscalizado e regulado por agência reguladora.

¹⁵⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp* 1899040/SP, Relatora: Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 27 ago. 2024, publicado em 27 set. 2024.

¹⁵⁷ *Ibid.*

¹⁵⁸ *Ibid.*

¹⁵⁹ *Ibid.*

6 A INTERFACE ENTRE REGULAÇÃO E CONCORRÊNCIA NO CASO SSE/THC-2

Compreendido então que o SSE/THC-2 é fato jurídico de múltipla incidência e a interface entre regulação e concorrência em uma perspectiva geral, chega-se à grande questão objeto do presente trabalho: de que forma a interface entre regulação e concorrência é aplicada no caso SSE/THC-2? Por ser um fato jurídico de múltipla incidência, caso a agência reguladora compreenda a controvérsia de forma contrária ao órgão antitruste, a quem cabe decidir se o SSE/THC-2 é (i)legal? Há isenção antitruste na cobrança de SSE/THC-2?

Assim, pretende-se fazer uma análise acerca da (im)possibilidade de cobrança do SSE/THC-2 tanto pela perspectiva da agência reguladora do setor – ANTAQ – quanto pela perspectiva do órgão de defesa da concorrência – CADE – para posteriormente analisar de que forma as concepções gerais sobre a interface entre regulação e concorrência aplicam-se ao caso.

6.1 Perspectiva da ANTAQ sobre a controvérsia

A ANTAQ, como as demais agências reguladoras, possui autonomia perante o Ministério ao qual é vinculada. O legislador ordinário, na Lei nº 12.815/2013 (“Lei dos Portos”), que atualmente regula a exploração estatal direta e indireta no setor portuário, prevê em seu art. 27 que “as atividades do operador portuário estão sujeitas às normas estabelecidas pela Antaq”.¹⁶⁰

Criada em 2001 pela Lei nº 10.233/2001, é autarquia em regime especial responsável pelo exercício das funções normativa e reguladora da atividade de prestação de serviços ligados às infraestruturas aquaviária e portuária, de modo a “reprimir fatos e ações que configurem ou possam configurar competição imperfeita ou infrações da ordem econômica”¹⁶¹, harmonizando

¹⁶⁰ BRASIL. Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013. *Dispõe sobre a exploração direta e indireta pela União de portos e instalações portuárias e sobre as atividades desempenhadas pelos operadores portuários; altera as Leis nºs 5.025, de 10 de junho de 1966, 10.233, de 5 de junho de 2001, 10.683, de 28 de maio de 2003, 9.719, de 27 de novembro de 1998, e 8.213, de 24 de julho de 1991; revoga as Leis nºs 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, e 11.610, de 12 de dezembro de 2007, e dispositivos das Leis nºs 11.314, de 3 de julho de 2006, e 11.518, de 5 de setembro de 2007; e dá outras providências.* Diário Oficial da União, Brasília, DF, 6 jun. 2013.

¹⁶¹ BRASIL. Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001. *Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre; cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários, a Agência Nacional de Transportes Terrestres e o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes; e dá outras providências.* Diário Oficial da União, Brasília, DF, 6 jun. 2001, art. 12, VII.

os interesses dos usuários e agentes regulados e preservando o interesse público a fim de estabilizar o desenvolvimento econômico do setor portuário.

A Lei nº 10.233/2001 determina que, dentre as competências da ANTAQ, cabe a ela editar normas para fomento da livre-concorrência:

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

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

[...]

XXX - **fomentar a competição e tomar as medidas necessárias para evitar práticas anticoncorrenciais**, especialmente no tocante à má-fé na oferta de embarcações que não atendam adequadamente às necessidades dos afretadores na hipótese prevista no inciso I do caput do art. 9º da Lei nº 9.432, de 8 de janeiro de 1997.¹⁶² (grifos nossos)

Em que pese a previsão legal da ANTAQ de fomentar a concorrência, ao tomar conhecimento de potencial infração à ordem econômica, o art. 31 da referida Lei prevê que a Agência “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”.¹⁶³

6.1.1 As Resoluções Normativas da ANTAQ sobre o SSE/THC-2

Com essas disposições em vista e com o fito de estabelecer parâmetros regulatórios para a prestação dos serviços de movimentação e armazenagem de contêineres no setor portuário, a ANTAQ editou a Resolução nº 2.389/2012, a qual passou a prever de forma expressa as definições de Cesta de Serviços (*Box Rate*) e Taxa de Movimentação no Terminal (*Terminal Handling Charge*):

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;**

¹⁶² Ibid., art. 27.

¹⁶³ Ibid., art. 31.

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;** [...].¹⁶⁴ (grifos nossos)

Em síntese, no caso da importação, a *Box Rate* compreenderia toda a movimentação das cargas desde o porão da embarcação até sua alocação na pilha do terminal portuário, abrangendo, dessa forma, a THC, que compreende a movimentação da carga do costado à pilha do terminal. Outrossim, buscando dirimir a controvérsia acerca da cobrança de SSE/THC-2, a Resolução previa, em seu art. 9º que

os serviços de recebimento ou de entrega de cargas para qualquer outro modal de transporte, tanto dentro quanto fora dos limites do terminal portuário, não fazem parte dos serviços remunerados pela *Box Rate*, nem daqueles cujas despesas são ressarcidas por meio do THC, salvo previsão contratual em sentido diverso.¹⁶⁵ (grifos nossos)

Ou seja, se o OP prestasse o serviço alfandegário, toda a movimentação horizontal (THC) estaria incluída no *Box Rate* mas se o importador escolhesse um TRA para a armazenagem alfandegada, a ANTAQ autorizaria a cobrança do SSE para entrega da carga ao TRA.

Essas definições sobre THC e *Box Rate*, bem como a distinção de seus significados em importação e exportação geraram intensos debates na ANTAQ durante as fases de consulta e audiência pública e posteriormente chegaram ao TCU. Em seu exercício de controle de segunda ordem, o TCU, por meio do Relatório de Auditoria Operacional para avaliar os principais gargalos para liberação de carga containerizada nos portos da Região Sudeste, determinou à ANTAQ que tomasse providências para alteração da norma com base nos conhecimentos e recursos específicos que dispõe, a fim de a) elaborar e publicar as composições de custo dos serviços prestados pelos terminais portuários com o objetivo de compreender a pertinência da THC-2 e de ocorrência de abuso em sua cobrança; bem como b) revisar a

¹⁶⁴ BRASIL. Agência Nacional de Transportes Aquaviários. Resolução Normativa nº 2389, de 13 de fevereiro de 2012. *Aprova a norma que estabelece parâmetros regulatórios a serem observados na prestação dos serviços de movimentação e armazenagem de contêineres e volumes, em instalações de uso público, nos portos organizados.* Diário Oficial da União, Brasília, DF, 22 fev. 2012.

¹⁶⁵ Ibid.

regulamentação do SSE/THC-2 para adequá-la à Lei dos Portos e à Lei da Defesa da Concorrência.¹⁶⁶

Diante dessas determinações, a norma foi revogada pela Resolução nº 34/2019, que apresentou os mesmos mecanismos regulatórios anteriormente previstos, mantendo-se as disposições sobre THC e *Box Rate* mas, dessa vez, dispondo de forma expressa que SSE corresponde a:

preço cobrado, na importação, pelo serviço de movimentação das cargas entre a pilha no pátio e o portão do terminal portuário, pelo gerenciamento de riscos de cargas perigosas, pelo cadastramento de empresas ou pessoas, pela permanência de veículos para retirada, pela liberação de documentos ou circulação de prepostos, pela remoção da carga da pilha na ordem ou na disposição em que se encontra e pelo posicionamento da carga no veículo do importador ou do seu representante.¹⁶⁷

Além disso, a Resolução nº 34/2019, diferentemente da Resolução nº 2.389/2012, passou a prever a necessidade de divulgação prévia de valores máximos a serem cobrados a título de SSE/THC-2, sendo “vedadas as práticas de preços abusivos ou lesivos à concorrência”.¹⁶⁸ A nova norma também passou a estabelecer práticas consideradas abusivas ou lesivas à concorrência ratificando e transcrevendo algumas das previsões do art. 36 da Lei de Defesa da Concorrência, dentre elas o abuso de posição dominante, a repressão ao lucro excessivo e o domínio de mercado:

Art. 8º São consideradas práticas abusivas ou lesivas à concorrência, no âmbito desta norma e da norma que dispõe sobre a fiscalização da prestação dos serviços portuários, as que tem por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

- I – criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente, visando eliminá-la;
- II – aumentar artificialmente os custos operacionais dos rivais à jusante ou do mesmo mercado relevante;
- III – elevar sem justa causa os preços ou valer-se de meios artificiosos, exercendo posição dominante sobre a carga com a finalidade de aumentar arbitrariamente os lucros; [...].¹⁶⁹

A Resolução nº 34/2019 foi posteriormente revogada pela Resolução nº 72/2022, que apenas alterou a Resolução de 2019 em seus aspectos formais, sem alterações materiais ou

¹⁶⁶ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo nº 014.624/2014-1. *Acórdão nº 1.704/2018-TCU-PL*, Relatora: Ministra Ana Arraes, Plenário, julgado em 05 dez. 2018, publicado em 31 ago. 2018.

¹⁶⁷ BRASIL. Agência Nacional de Transportes Aquaviários. Resolução Normativa nº 34, de 19 de agosto de 2019. *Aprova a norma que estabelece parâmetros regulatórios a serem observados na prestação dos serviços de movimentação e armazenagem de contêineres e volumes nas instalações portuárias*. Publicada no Diário Oficial da União, Brasília, DF, 21 de agosto de 2019, art. 2º, inciso IX.

¹⁶⁸ *Ibid.*, art. 5º, *caput*.

¹⁶⁹ *Ibid.*, art. 8º.

quaisquer ampliações de escopo ou criação de novas obrigações. Assim, para sintetizar algumas das alterações entre a Resolução nº 2.389/2012 e a Resolução nº 72/2022, verifica-se que a Resolução atual delimitou a *Box Rate* e retirou a possibilidade de que os serviços relativos à entrega no portão do terminal pudessem ser abrangidos por previsão contratual:

Resolução nº 2.389/2012	Resolução nº 72/2022
<p>Art. 2º Para os efeitos desta Norma, considera-se:</p> <p>[...]</p> <p>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; [...].</p>	<p>Art. 2º Para os efeitos desta Resolução, considera-se:</p> <p>[...]</p> <p>III – 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, pelo prazo contratado entre o usuário, o transportador marítimo, ou seus representantes, e a instalação portuária ou o operador portuário, 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; [...]</p>
<p>Art. 2º Para os efeitos desta Resolução, considera-se:</p> <p>[...]</p> <p>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</p>	<p>Art. 2º Para os efeitos desta Resolução, considera-se:</p> <p>[...]</p> <p>X – taxa de movimentação no terminal ou Terminal Handling Charge (THC): preço cobrado pelos serviços de movimentação de cargas entre o portão do terminal portuário e o costado da embarcação, incluída a guarda</p>

<p>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; [...].</p>	<p>transitória das cargas até o momento do embarque até o momento do embarque pelo prazo contratado entre o transportador marítimo, ou seu representante, e instalação portuária ou operador portuário, 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; [...].</p>
---	--

Fonte: elaboração própria.

Além disso, a Resolução atual incluiu de modo expresso a possibilidade de cobrança do SSE perante o importador ou seu representante:

Resolução nº 2.389/2012	Resolução nº 72/2022
<p>Art. 6º O operador portuário, na qualidade de exploração de recinto alfandegado, bem como o explorador de recinto alfandegado que não atua na operação portuária, poderá prestar serviços de armazenagem, guarda, pesagem, transporte interno e o manuseio para realização de vistoria, consolidação e desconsolidação de contêineres e outros serviços vinculados ou decorrentes da permanência das cargas em suas instalações, mediante condições e remuneração livremente negociadas com seus clientes, usuários ou divulgadas em tabelas de preços de serviços.</p>	<p>Art. 7º A instalação portuária ou o operador portuário, na qualidade de exploração de recinto alfandegado, bem como o explorador de titulares da exploração de recinto alfandegado que não atua na operação portuária em zona primária, poderão prestar serviços de armazenagem, guarda, pesagem, transporte interno e manuseio para realização de vistoria, consolidação e desconsolidação de contêineres e outros serviços vinculados ou decorrentes da permanência das cargas em suas instalações, mediante condições e remuneração livremente negociadas com seus clientes, usuários ou divulgadas em tabelas de preços</p> <p>§ 1º Na entrega de cargas pátio em regime de trânsito aduaneiro, na importação ou</p>

	<p>no desembarque de cargas não nacionalizadas, é permitida a cobrança do SSE, perante o importador ou seu representante, pela colocação na pilha em pátio segregado, pelo gerenciamento de riscos de cargas perigosas, pelo cadastramento de empresas ou pessoas, pela permanência de veículos para retirada, pela liberação de documentos ou circulação de prepostos, pela remoção da carga da pilha na ordem ou na disposição em que se encontra e pelo posicionamento da carga no veículo do importador ou do seu representante.</p>
--	--

Fonte: elaboração própria.

Ainda, a Resolução nº 72/2022 dispôs que o SSE não é abrangido pela *Box Rate*, a não ser que haja previsão contratual que disponha de modo contrário, atribuindo à ANTAQ a possibilidade de fixação de preço máximo a ser cobrado em seu parágrafo único (sem análogo na Resolução anterior):

Resolução nº 2.389/2012	Resolução nº 72/2022
<p>Art. 9º Os serviços de recebimento ou de entrega de cargas para qualquer outro modal de transporte, tanto dentro quanto fora dos limites do terminal portuário, não fazem parte dos serviços remunerados pela Box Rate, nem daqueles cujas despesas são ressarcidas por meio do THC, salvo previsão contratual em sentido diverso.</p>	<p>Art. 9º Os serviços de recebimento ou de entrega de cargas SSE na importação para qualquer outro modal de transporte, tanto dentro quanto fora dos limites do terminal portuário não fazem parte dos serviços remunerados pela cesta de serviços ou box rate, nem daqueles cujas despesas são ressarcidas por meio do THC, salvo previsão contratual em sentido diverso.</p> <p>Parágrafo único. No caso em que restar demonstrada a verossimilhança de que exista abuso ilegal na cobrança do SSE, a</p>

	<p>ANTAQ poderá estabelecer o preço máximo a ser cobrado a esse título, mediante prévio estabelecimento e publicidade dos critérios a serem utilizados para sua definição.</p>
--	---

Fonte: elaboração própria.

Por meio dos quadros comparativos entre a Resolução nº 2.389/2012 e a Resolução nº 72/2022, é evidente que a ANTAQ buscou afastar quaisquer dúvidas que pairavam acerca da abrangência da *Box Rate*. Ademais, o SSE/THC-2 passou a ser categoricamente definido, sendo cabível pelos diversos serviços elencados no art. 7º, § 1º, da nova Resolução.

Verifica-se, assim, que a opção normativa da ANTAQ permite que seja realizada a cobrança de valores adicionais ao THC na importação pela movimentação de contêineres da “pilha intermediária” ao portão do terminal, ou seja, deu legitimidade à cobrança do SSE/THC-2, a qual, portanto, não seria abusiva *per se* e constituir-se-ia como uma contraprestação efetiva das instalações portuárias de modo que eventuais abusividades de preços e práticas anticompetitivas deveriam ser analisadas caso a caso.

Apesar da tentativa da ANTAQ de regular o SSE/THC-2 e resolver a controvérsia após tantos anos de embate, a Resolução nº 72/2022 foi suspensa por decisão do TCU.

6.1.2 A decisão do TCU: Acórdão 1.448/2022-TCU-PL

O TCU, ao analisar denúncias formuladas contra a Resolução Normativa nº 34/2019, (revogada pela Resolução nº 72/2022), as quais tinham como objeto a adoção de medida cautelar por possível ausência de Análise de Impacto Regulatório (AIR) e de Audiência Pública no processo de revisão da Resolução nº 2.389/2012, entendeu que não haveria como enfrentar o mérito das denúncias sem analisar o mérito da Resolução, sobretudo porque quando da análise anterior de denúncia acerca da Resolução nº 2.389/2012, foram elencadas uma série de problemas que maculariam sua legitimidade.

Portanto, adentrando ao mérito da questão, o Ministro Relator Vital do Rêgo entendeu que a diferença na definição de THC para importação e exportação não encontraria qualquer respaldo:

A SSE não está associada a um serviço específico, as atividades desse serviço existem mas já estão contempladas na THC. A cobrança dessa taxa serve para que o operador portuário ofereça diferentes preços em situações distintas, a depender da possibilidade de ele receber pela armazenagem ou não.¹⁷⁰

O Ministro pontuou que “a etapa de segregação da carga decorre da solução logística própria dos operadores portuários com o objetivo de melhorar a eficiência de sua atividade de operação portuária como um todo”¹⁷¹, destacando que a SEAE, em Parecer nº 34/2019, pontuou que a Resolução nº 34/2019 seria “Bandeira Vermelha”, ou seja, “ato normativo com caráter anticompetitivo, caso verificados fortes indícios de presença de abuso regulatório que acarretem distorção concorrencial”.¹⁷²

O Ministro Relator compreendeu ainda que os OPs estariam em clara posição dominante em relação aos TRAs, de maneira que a cobrança do SSE/THC-2 constitui-se como infração a ordem econômica pelos seguintes motivos:

(1) o recinto seco é concorrente direto do recinto molhado; (2) o recinto molhado recebe pela movimentação horizontal da carga mediante tarifa denominada THC em contrato firmado com o armador; (3) caso o terminal não seja escolhido pelo dono da carga para nacionalizar a mercadoria, ele a entrega ao recinto seco mediante cobrança de SSE; caso seja escolhido, não há SSE; (4) a SSE é uma taxa cobrada por um serviço que existe tanto na importação quanto na exportação, mas somente tem custos devidos quando as cargas chegam ao país; (5) o dono da carga e o recinto seco não podem escolher o operador portuário e ficam à mercê das tarifas cobradas por estes terminais; (6) a SSE resulta na imposição de custo artificial de um concorrente dominante para seu rival.¹⁷³

Por fim, o Ministro destacou que “mesmo que a AIR contenha mecanismos eficientes para avaliar o preço justo e evitar distorções, ainda assim persistirá o desvio de finalidade do ato de expedição de resolução que permite a cobrança de tal valor”.¹⁷⁴

Com apenas um adendo do Ministro Bruno Dantas quanto à necessidade de suspensão cautelar dos dispositivos da Resolução nº 72/2022 que fazem referência à cobrança de SSE/THC-2, o Plenário do Tribunal de Contas da União, por unanimidade, determinou à ANTAQ que, no prazo de 30 (trinta) dias, anulasse todos os dispositivos da Resolução que diziam respeito à possibilidade da cobrança nos termos do voto do Ministro Relator Vital do Rêgo.

¹⁷⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo nº 021.408/2019-0. *Acórdão nº 1.448/2022-TCU-PL*. Relator: Ministro Vital do Rêgo, Plenário, julgado em 15 mar. 2022, publicado em 13 set. 2022.

¹⁷¹ Ibid.

¹⁷² Ibid.

¹⁷³ Ibid.

¹⁷⁴ Ibid.

6.1.3 Posição da ANTAQ após a suspensão da Resolução nº 72/2022

Diante da determinação do TCU, a ANTAQ proferiu o Acórdão nº 409/2022, que suspendeu cautelarmente a cobrança do SSE/THC-2 e dispositivos da Resolução nº 72/2022 que traziam a definição de *Box Rate* e THC, bem como determinou a suspensão da Audiência Pública nº 7/2022 cujo objetivo era discutir a metodologia de análise de condutas abusivas associadas ao SSE. Além disso, apresentou pedido de reexame ao TCU, alegando a peculiaridade do serviço a ser remunerado diante da utilização intensiva de recursos em razão do limite de 48 (quarenta e oito) horas para liberação das cargas containerizadas estabelecido na Instrução Normativa SRF 248/2002, bem como a possibilidade de livre negociação dos serviços não contemplados pela *Box Rate*. O recurso foi desprovido em julgamento realizado em setembro de 2024, mantendo-se assim a ilegalidade da cobrança do SSE/THC-2.¹⁷⁵

Destaca-se ainda que não obstante a determinação sobre a cobrança de SSE, o TCU à época que determinou à ANTAQ que revisse a Resolução nº 2.389/2012, também determinou à ANTAQ, em auditoria operacional realizada para análise dos gargalos que impactam a eficiência portuária no Brasil¹⁷⁶, por meio do Acórdão nº 2.310/2018-TCU-PL, que elaborasse metodologia de análise de denúncias sobre abusividade de preços na movimentação de contêineres e o estabelecimento de medidas para acompanhamento sistemático dos preços e custos do setor de modo geral:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de relatório de auditoria operacional com o objetivo de verificar os gargalos que impactam a eficiência dos portos brasileiros.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Extraordinária do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. determinar à Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq) , com fulcro no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU, que:

9.1.1. no prazo de 180 dias, desenvolva metodologia de análise de denúncias sobre abusividade de preços e tarifas praticados por terminais e operadores portuários na movimentação de contêineres, com vistas a harmonizar objetivos de usuários e prestadores de serviço, preservado o interesse público, nos termos do art. 20 da Lei 10.233/2001;

9.1.2. no prazo de 180 dias, regulamente processo para a obtenção sistemática dos custos relativos à movimentação de contêineres, com vistas a subsidiar as análises de

¹⁷⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo nº 021.408/2019-0. *Acórdão nº 1.825/2024-TCU-PL*. Relator: Ministro João Augusto Ribeiro Nardes, Plenário, julgado em 04 set. 2024, publicado em 16 set. 2024.

¹⁷⁶ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo nº 024.768/2017-0. *Acórdão nº 2.310/2018-TCU-PL*. Relator: Ministro Bruno Dantas, Plenário, julgado em 10 out. 2018, publicado em 12 nov. 2018.

abusividade de preços e tarifas de terminais e operadores portuários, definindo referenciais de eficiência, nos termos do inciso IV do art. 11 da Lei 10.233/2001;

9.1.3. no prazo de 180 dias, estabeleça medidas para acompanhar, de forma sistemática, o comportamento dos preços e tarifas praticados no segmento de contêiner, nos termos do inciso II do art. 27 da Lei 10.233/2001.¹⁷⁷

Contudo, com a prolação do Acórdão 1.448/2022-TCU-PL, a ANTAQ se viu impedida, de forma indireta, para a condução de análise de abusividade de reajustes e alterações de preços de modo geral no setor portuário. De acordo com a Diretora Flávia Takafashi, que abriu divergência durante julgamento da Diretoria Colegiada para aprovação de metodologia geral para análise de abusividades em reajustes de preços portuários, o sobrestamento do processo administrativo para tratar do aspecto geral seria fundamental para evitar análises conflitantes, já que o processo para apurar abusividades de preços no SSE/THC-2 foi sobrestado por determinação do TCU, a qual foi acompanhada pelos demais Diretores:

Diante de todo o exposto, VOTO por:

I - propor o sobrestamento do Processo nº 50300.002175/2018-82 até o deslinde da tramitação do Processo nº 50300.008713/2020-67, de modo a **evitar o estabelecimento de metodologias conflitantes, bem como para possibilitar o aproveitamento das conclusões finais alcançadas no âmbito do desenvolvimento da metodologia de identificação de abusividade na cobrança da rubrica de Serviço de Segregação e Entrega (SSE)**, dadas as suas especificidades, ao presente Roteiro de Análise de Reajustes e Preços Abusivos em Instalações Portuárias, o qual possui um escopo mais amplo e genérico sobre o tratamento do tema “abusividade”.¹⁷⁸

Além disso, o cumprimento ao determinado no Acórdão nº 2.310/2018-TCU-PL foi objeto de achado de auditoria operacional mais recente, no TC 020.789/2023-8, sob a relatoria do Min. Jorge Oliveira. O referido relatório, contudo, ainda não foi apreciado pelo Plenário do TCU. Apesar disso, a Unidade Técnica destacou que o sobrestamento do processo de metodologia de análise de abusividade não se justificaria, até porque um dos processos seria geral do setor portuário e outro específica sobre SSE, o que afastaria, na verdade, apenas a tempestividade e eficácia da atuação da Agência:

287. A metodologia de abusividade geral, que poderia subsidiar a análise de preços dos variados serviços prestados e cobrados pelos terminais portuários, ainda não foi ultimada em razão da metodologia específica para avaliar a abusividade na cobrança de um único serviço: o SSE.

¹⁷⁷ Ibid.

¹⁷⁸ BRASIL. Agência Nacional de Transportes Aquaviários. *Processo nº 50300.002226/2021-71*, Voto vista Diretora Flávia Takafashi, 2021.

288. Considerando o contexto e o histórico de decisões, **entende-se adequado o retorno do andamento da metodologia geral de avaliação de preços dos serviços portuários de forma desassociada da decisão sobre o SSE, pois a metodologia geral poderá ser aplicada para uma variedade de serviços portuários**, inclusive DSA e armazenagem ou guarda transitória avaliados nesse relatório e fundamentais para todos os usuários dos serviços portuários.

289. O sobrestamento é uma decisão discricionária da Antaq, todavia, no novo cenário, com a suspensão do processo de desenvolvimento da metodologia para análise de abusividade do SSE, a manutenção do sobrestamento não está claramente justificada diante da determinação do TCU ainda vigente. Assim, será proposto recomendar à Antaq que retome o desenvolvimento da metodologia geral de avaliação de preços dos serviços portuários, tendo em vista a maior abrangência de sua utilização.¹⁷⁹

Diante do achado, a ANTAQ respondeu no sentido de que já estaria endereçando a determinação do TCU para dar continuidade à elaboração da metodologia genérica por meio de trabalho inicialmente produzido para a problemática de escaneamento de contêineres:

Argumentos sobre as metodologias de abusividade de preços

337. Em relação à metodologia de abusividade de preços, a Antaq confirma as informações do relatório sobre o andamento das metodologias de preços, ressaltando que a metodologia para avaliação da ocorrência de abusividade sobre o SSE não pôde prosseguir desde a vigência do Acórdão 1.448/2022- TCU-Plenário.

338. Além disso, **informa que a Agência possui processo em andamento, inicialmente dirigido para a elaboração de metodologia de avaliação de preços para o serviço de Inspeção não invasiva de contêineres**, contendo proposta da Superintendência de Regulação, submetida ao Diretor Relator, para estabelecer os procedimentos gerais e os critérios referenciais a serem observados pelas unidades da Antaq na qualificação de condutas e práticas no fornecimento de serviços em instalações portuárias, **ampliando o escopo inicialmente posto**.

339. A perspectiva é que a proposta estabeleça metodologia geral para orientar procedimentos a serem adotados na análise e identificação de possíveis abusividades na prestação de serviços portuários de forma geral. Informa que o processo se encontra no gabinete do Diretor Relator e oportunamente será pautado para deliberação da Diretoria Colegiada.¹⁸⁰

Conforme consta neste Relatório de Auditoria, a ANTAQ informou ainda que “não pode atuar de forma direta sobre o tema desde a edição do Acórdão 1.448/2022-TCU-Plenário, restando impedida de aperfeiçoar a regulamentação enquanto perdurarem os efeitos do Acórdão”.¹⁸¹ Contudo, informa que ampliou o escopo da Audiência Pública nº 15/2024 de modo a elaborar análise específica sobre a problemática do escaneamento de contêineres mas também contendo orientações gerais a serem aplicáveis para todos os serviços portuários.

¹⁷⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo nº 020.789/2023-8. *Peça nº 133*. Relator: Ministro Jorge Oliveira, p. 47.

¹⁸⁰ *Ibid.*, p. 53.

¹⁸¹ *Ibid.*, p. 50

Portanto, o que se observa da posição atual da ANTAQ quanto à proibição da cobrança é que a Agência se vê como impossibilitada de regular até mesmo questões gerais sobre abusividade de reajustes e alterações de preços para além do SSE/THC-2.

6.2 Perspectiva do CADE sobre a controvérsia

Em contrapartida à análise da cobrança do SSE/THC-2 pela autoridade regulatória setorial, o CADE, como autoridade de defesa da concorrência, julgou, ao longo dos últimos 25 anos, uma série de denúncias sobre a cobrança por Operadores Portuários a Terminais Retroportuários Alfandegados.

De modo geral, as denúncias tinham por escopo o fato de que, apesar de os TRAs competirem com os OPs no serviço de armazenagem de carga, não possuem a opção de onde retirar a carga por se tratar de relação entre Armadores e OPs e que estes, por sua vez, repassam um custo para os TRAs, gerando um desequilíbrio concorrencial. Em virtude disso, as denúncias pontuam que agentes com elevado poder de mercado (Operadores Portuários), poderiam, à livre escolha, impor custos a outros agentes com que concorrem, em clara violação à defesa da concorrência.

Do ponto de vista concorrencial, a grande questão analisada pelo CADE foi saber se: existe poder econômico dos Operadores Portuários em face dos Terminais Retroportuários Alfandegados, qual é a relação entre os Operadores Portuários e os Terminais Retroportuários Alfandegados, bem como saber qual é a natureza do bem jurídico objeto do SSE/THC-2.

6.2.1 A jurisprudência do CADE

Em julho de 1999, a Secretaria de Direito Econômico (SDE) do Ministério da Justiça instaurou o primeiro processo administrativo para analisar se a cobrança de SSE/THC-2 pelos Operadores Portuários seria ilegal ou não. Após longo processo administrativo, o CADE declarou em 2005 a ilegalidade do SSE/THC-2.

No julgado, o Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva, em seu voto-vista, condutor do processo, menciona inicialmente que não há conflito de competência entre CADE e ANTAQ,

“nem mesmo de preponderância na aplicação da legislação vigente, seja ela regulamentar ou antitruste”.¹⁸² Nos termos de seu voto:

É evidente que a atividade judicante do CADE – que decorre da expressa determinação constitucional, quando determina que a lei reprimirá o abuso do poder econômico (art. 173, § 4º, da CR/88) – não pode ficar condicionada à existência ou não de regulação específica para determinada matéria.

[...].

Deparando-se com situações que possam configurar infração à ordem econômica, é dever das autoridades antitruste investigar e julgar tais condutas, nos estritos termos da Lei nº 8.884/94, de resto em perfeita harmonia com o arcabouço jurídico institucional vigente. Assim, é irrelevante para o aplicado do direito antitruste, perquirir se tal ou qual edital de licitação ou se tal ou qual contrato preveem, expressa ou implicitamente, certa conduta ou atividade, as quais deverão ser analisadas, neste Conselho, sob o prisma da lei da concorrência.¹⁸³

Ainda que não houvesse à época disposição normativa específica da ANTAQ quanto à cobrança, o Conselheiro Presidente do CADE, Vinícius Marques de Carvalho pontuou que mesmo que existisse norma regulatória da Agência sobre a controvérsia seria necessário o atendimento a dois requisitos:

[...] a mera autorização regulatória não significa que a atividade desempenhada por uma empresa esteja em conformidade com a legislação pertinente. Para que isso ocorra, é imprescindível que haja **cumulação da (i) autorização regulatória, caso cabível, e da (ii) autorização concorrencial, sem prejuízo de outras autorizações e/ou licenças exigíveis por lei (v.g. urbanística, ambiental, propriedade intelectual etc.). No caso concreto, sem autorização concorrencial, isto é, sem a cessação da cobrança da THC2, a atividade das representadas continuará em desacordo com a lei.**

[...].

Nesse caso específico, a regulação do setor não afasta o regime concorrencial. As operadoras portuárias concorrem entre si e concorrem com os armazenadores. Suas atividades estão, portanto, sujeitas não apenas à observância das regras setoriais estabelecidas pela Antaq, como estão também adstritas aos ditames da lei de defesa da concorrência. Entender o contrário seria conferir isenção e/ou imunidade concorrenciais para agentes econômicos que atuam sob o regime de livre concorrência, o que não se coaduna com o entendimento do CADE.¹⁸⁴

Já ao examinar o caso concreto, o Conselheiro Villas Bôas pontuou o abuso de posição dominante dos OPs diante dos TRAs devido à sujeição e posição de dependência dos Terminais Retroportuários Alfandegados em relação aos Operadores Portuários de modo que, apesar de não haver qualquer lastro contratual entre eles, este consegue impor àqueles o pagamento de SSE/THC-2 de forma coercitiva em razão da posse do contêiner:

¹⁸² BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Processo Administrativo nº 08012.007443/1999-17*. Relator: Conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado. Voto-Vista Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva.

¹⁸³ Ibid. Voto-Vista Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva.

¹⁸⁴ Ibid. Despacho VMC n.º 243/2012, fl. 2.493.

A coerção é evidente ao se verificar que **os operadores portuários são, de fato, monopolistas de um insumo essencial ou de um bem infungível, que não pode ser trocado por qualquer outro**, no momento em que recebem o contêiner, de cuja liberação dependem os recintos alfandegados para prestar o serviço de armazenagem. [...]. Em cada uma das operações, portanto, os terminais portuários aproveitam-se de sua posição na cadeia logística de importação marítima de mercadorias para falsear um mercado cativo de liberação de contêineres, por meio da cobrança da THC2 imposta aos recintos alfandegados.¹⁸⁵

Neste caso, o Conselheiro Villas Bôas Cueva entendeu que a) o SSE estaria abrangido pelo THC pago pelo Armador; b) os OPs possuem poder de mercado e capacidade de aumentar custos dos TRAs já que o contêiner descarregado é bem infungível, estabelecendo-se assim uma situação de coerção para que o contêiner seja liberado; c) existem incentivos para a prática abusiva, que torna o suposto serviço de liberação de cargas fonte extra de recursos para a atividade de movimentação de contêineres e aumenta os custos dos rivais, reduzindo sua competitividade e, assim, aumenta a própria participação do grupo econômico do Operador Portuário no mercado de armazenagem alfandegada.¹⁸⁶

Nestes termos, tenho que a cobrança da taxa de liberação de contêineres pelos operadores portuários representados configura infração à ordem econômica, nos termos do artigo 20, incisos I, II e IV, e artigo 21, incisos IV e V, da lei 8.884/94.

Isto posto, com respaldo nos pareceres da SDE/MJ e ProCADE, e considerando o disposto no art. 27 da Lei nº 8.884/94, voto pela condenação das representadas TECONDI, LIBRA, TECON e USIMINAS, aplicando-lhe as seguintes penalidades e determinações:

- a) Multa correspondente a 1% (um por cento) de seu faturamento bruto no ano anterior à instauração do processo, excluídos os impostos, nos termos do art. 23, I, da Lei nº 8.884/84, observando-se, quanto à USIMINAS, que explora inúmeras atividades não relacionadas à portuária, que a multa deverá incidir sobre o faturamento bruto referente apenas à sua atividade portuária no terminal em questão;
- b) Obrigação de abster-se da cobrança de liberação de contêineres dos recintos alfandegados independentes, face o disposto no art. 46 da Lei nº 8.884/94;
- c) Publicar, às suas expensas e sem prejuízo da multa aplicada, em meia página de jornal de grande circulação nacional, o teor da presente decisão, por dois dias seguidos e em duas semanas consecutivas, conforme o disposto no 24, I, da Lei nº 8.884/94;
- d) Aplicação, no caso de continuidade da conduta praticada ou de outra que configure infração à ordem econômica, e caso haja descumprimento das cominações enunciadas pelos itens acima, de multa diária no valor de 20.000 (vinte mil) UFIR, com fulcro no art. 25 da Lei nº 8.884/94;
- e) Comprovar, perante o CADE, o cumprimento das determinações supra, no prazo de 60 (sessenta dias), a partir da publicação do acórdão da presente decisão.¹⁸⁷

Já em maio de 2002 o MPF encaminhou representação do Consórcio EADI – Salvador Logística e Distribuição ao CADE, a qual dispunha, em síntese, que as empresas TECON

¹⁸⁵ Ibid. Voto-Vista Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva.

¹⁸⁶ Ibid.

¹⁸⁷ Ibid.

Salvador S/A e Intermarítima Terminal Ltda. praticaram cobrança discriminatória para entrega de contêineres provenientes de importação para armazenagem nos Recintos Alfandegados situados fora da zona primária do porto de Salvador por meio de preço denominado “retirada de contêiner de importação destinado a outras zonas alfandegadas”.

No caso, julgado em 2016, discutiu-se se a Resolução nº 2.389/2012 da ANTAQ, por ter preenchido um “vácuo regulatório”, poderia retroagir. Consoante voto do Conselheiro Relator Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, a norma teria efeito constitutivo e não declaratório, de modo que o SSE/THC-2 não poderia ter sido cobrado em período anterior à vigência da Resolução:

- a. A box rate (e o THC) cessa na operação de empilhamento do contêiner no caso de inexistência de cláusula contratual que determine a entrega no portão do terminal;
- b. O artigo 5º da Resolução nº 2.389, de 13 de fevereiro de 2012, permite a existência de serviços independentes prestados pelo Operador Portuário, *in verbis*:

Art. 5º. Os serviços não contemplados no Box Rate, quando demandados ou requisitados pelos clientes ou usuários do terminal sob a responsabilidade de operadores portuários, obedecerão às condições de prestação e remuneração livremente negociadas com o operador portuário ou divulgadas em tabelas de preços de serviços, observadas as condições comerciais estipuladas no contrato de arrendamento.

§ 1º. A autoridade portuária, em caso de conflito, arbitrará o preço dos serviços que não estiverem contemplados em tabela, nem previstos em contratos.

§ 2º. A tabela de preços de serviços disporá, necessariamente, sobre os valores máximos dos serviços não contemplados pelo Box Rate entre o porão da embarcação e o portão do terminal ou vice-versa.

- c. Assim, extrai-se da norma que a THC não mais incluiria a atividade de segregação e entrega da carga. Tal atividade e demais serviços não contemplados na box rate seriam livremente negociados, observados os contratos de arrendamento. Haveria, desse modo, uma autorização para negociar prestação de serviços, com base nos contratos de arrendamento.

d. A Resolução não pode ser invocada em relação a práticas pretéritas. A alteração de relação jurídica entre agentes não tem conteúdo interpretativo, mas sim de inovação no mundo jurídico. Em sendo assim, os seus efeitos aparecem a partir de sua vigência, ainda que se tratasse de norma cogente.

- e. A própria ANTAQ, no âmbito do Processo nº 50300.000381/2008-86, manifestou-se no sentido de que a interpretação da Resolução tem que ser sistemática, levando-se em consideração justificativas técnicas e vetores cogentes da legislação incidentes. Nesse sentido, devem ser afastadas conclusões reconhecedoras e legitimadoras da existência, desde a vigência da norma, dos serviços de movimentação e entrega de contêineres, como se, nesse mister, tivesse efetiva substituição da concorrência pela regulação.

- f. Assim, no momento da conduta: (i) não havia regulação nem autorizativa nem cogente; (ii) havia posição contrária quanto à cobrança; (iii) os agentes econômicos tinham poder de mercado manifesto; (iv) a conduta tinha potencial lesivo à

concorrência materializado. **Não procede, assim, qualquer pretensão de que a Resolução da ANTAQ retroagiria às datas das práticas sob investigação.**¹⁸⁸

Não obstante, o Conselheiro João Paulo Resende, ao analisar a Resolução nº 2.389/2012 da ANTAQ pontuou, em seu voto-vista, a complementaridade entre legislação antitruste e legislação regulatória específica, de modo que a existência de uma não desobriga entes regulados da outra:

[...] uma autorização da agência não significa a obrigação da conduta pelo agente regulado, devendo esse respeitar, além das disposições regulatórias, as disposições concorrenciais. [...] o regulador dá ao agente um leque de opções, e ele opta por um curso de ação que fere a concorrência. Aumentar artificialmente custos de rivais é uma conduta antitruste clássica de quem detém uma posição dominante.¹⁸⁹

Em razão disso, o Plenário do CADE decidiu, nos termos do voto do Conselheiro Gilvandro e por unanimidade, pela condenação das Representadas por infração à ordem econômica.

Já em 2018, o CADE analisou a questão de forma pormenorizada, sobretudo tendo em vista que à época dos fatos já estava vigente a Resolução nº 2.389/2012 da ANTAQ sobre a temática, por meio de Representação apresentada por Marimex Despachos, Transportes e Serviços Ltda. contra Rodrimar S/A Transportes, Equipamentos Industriais e Armazéns Gerais, em decorrência da cobrança de SSE/THC-2 no Porto de Santos. No caso, a Superintendência-Geral do CADE (SG) elaborou Nota Técnica dividindo a análise da conduta em três períodos distintos: a) do início da cobrança de THC2 pela Rodrimar até a publicação do Acórdão n.º 13/2010 da ANTAQ – no qual entendia-se que a cobrança era permitida; b) da publicação do Acórdão n.º 13/2010 até a publicação da Resolução n.º 2.389/2012 da ANTAQ; e c) da publicação da Resolução n.º 2.389/2012 da ANTAQ até o momento da análise da conduta.

A SG concluiu, em suma, que o SSE/THC-2 causaria efeitos anticompetitivos e se posicionou de modo contrário à cobrança. Contudo, tendo em vista que a ANTAQ teria preenchido um “vácuo regulatório” com a publicação da Resolução nº 2.389/2012, por meio da qual reconheceu a existência de custos adicionais para segregação e entrega dos contêineres aos TRAs, a conduta seria anticompetitiva até aquele momento, pois a Resolução teria conferido

¹⁸⁸ BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Processo Administrativo nº 08012.003824/2002-84*. Relator: Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, julgado em 03 fev. 2016, publicado em 11 fev. 2016, SEI nº 0162165.

¹⁸⁹ BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Processo Administrativo nº 08012.003824/2002-84*. Relator: Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, julgado em 03 fev. 2016, publicado em 11 fev. 2016, Voto-vista Conselheiro João Paulo Resende, SEI nº 0164146.

isenção antitruste aos agentes econômicos na cobrança de SSE/THC-2, traduzindo-se em política pública que privilegia a regulação setorial em detrimento da concorrência, nos termos da *Pervasive Power Doctrine*.

Apesar disso, o Conselheiro Relator Paulo Burnier votou de modo distinto da Nota Técnica apresentada pela SG. Para o Conselheiro, não seria o caso de isenção antitruste, sobretudo porque “o fato de um setor ser regulado não exclui automaticamente a competência do CADE para exercer o controle de condutas ou de estruturas”.¹⁹⁰ Segundo o Conselheiro, nem o CADE, tampouco a ANTAQ, se sobrepõem um ao outro, não havendo na Lei de Portos qualquer pretensão de substituir a regulação pela concorrência:

Não há qualquer incompatibilidade ou prevalência entre as competências do CADE e da ANTAQ na legislação infraconstitucional. De um lado, a Lei nº 12.529/2011 não afasta a aplicação das regras de defesa da concorrência em face da existência de regulação setorial. De outro, a Lei nº 12.815/2013 prevê expressamente a complementaridade das agências reguladoras com a atividade judicante do CADE, como se depreende da leitura do artigo 3, inciso V.¹⁹¹

Na concepção do Conselheiro, portanto, não haveria conflito de competência mas sim uma relação de complementaridade, em que o CADE e a ANTAQ atuariam nos limites de suas atribuições legislativas, posto que “as características específicas do setor indicam uma probabilidade de abuso de poder de mercado dos operadores portuários, razão pela qual as práticas realizadas neste setor devem ser acompanhadas com especial atenção pelo CADE”¹⁹², dessa maneira, “qualquer aplicação de isenção antitruste deve ser excepcional e vista com muita cautela, quando presentes pressupostos específicos que permitem afastar a competência do CADE”.¹⁹³

Nesse sentido, valendo-se das recomendações da OCDE acerca da *Regulated Conduct Defense*, examinada no capítulo 5 do presente trabalho, o Conselheiro Paulo Burnier aponta que a Resolução permite a autorização da cobrança de SSE/THC-2 mas não a obriga e, tendo em vista a jurisprudência já assentada pelo CADE há anos acerca da ilegalidade da cobrança, a Rodrimar estaria sujeita aos ônus e bônus de sua escolha:

Em realidade, verifica-se que as recomendações da OCDE são bastante claras: “*the regulated conduct defense should only apply where companies have no autonomy over their behavior*”. É por este motivo que, no Direito da União Europeia, a isenção

¹⁹⁰ BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Processo Administrativo nº 08012.001518/2006-37*. Relator: Conselheiro Paulo Burnier da Silveira, julgado em 31 ago. 2016, publicado em 10 ago. 2018.

¹⁹¹ Ibid.

¹⁹² Ibid.

¹⁹³ Ibid.

antitruste só é aplicada em casos em que a empresa não tenha autonomia comportamental. A tese não é aceita, portanto, quando a regulação apenas encoraja ou autoriza a conduta anticompetitiva – o que poderia contar como mitigação da pena, mas não como excludente de ilicitude.

No caso examinado, resta claro que a **Resolução da Antaq é autorizativa, mas não impositiva quanto à cobrança do THC2 no Brasil**. Isto se verifica pela simples presença da expressão “salvo previsão contratual em sentido diverso” no seu art. 9º. Ademais, o art. 5º da Resolução, quando estabelece que os serviços não incluídos na *Box Rate* (e, conseqüentemente, não incluídos na THC) poderiam ser livremente negociados ou definidos em tabelas de preço, reforça igualmente o caráter autorizativo (e não impositivo) da conduta.

Ou seja, a Resolução, claramente, permite afastar a incidência da cobrança, caso os contratantes entendessem oportuno e prudente, sobretudo à luz da ilicitude concorrencial apontada pelo CADE desde 2005.

Ressalte-se: o **CADE tem sinalizado há mais de dez anos** (desde 2005, com a decisão condenatória no PA n.º 08012.007443/1999-17), de forma consistente e reiterada, **que a cobrança de THC2 é ilícita à luz do direito concorrencial**, não devendo pairar qualquer dúvida sobre o entendimento, até hoje consolidado, deste Tribunal sobre a matéria.

A Representada tinha, ou deveria ter, ciência da controvérsia existente acerca da legalidade da conduta entre os diversos órgãos que examinaram a questão, devendo arcar com as conseqüências de suas decisões tomadas. Diante de um cenário de incerteza jurídica e da condenação da cobrança do THC2 pelo CADE em razão da anticompetitividade da conduta em si, uma empresa minimamente conservadora se absteria de praticar a conduta. Frisa-se: os contratantes – no caso concreto, a Rodrimar e a Codesp – poderiam ter pactuado em sentido diverso, nos termos do próprio art. 9º da Resolução da Antaq, de modo a evitar a cobrança de THC2 que incide, na prática, sobre os recintos alfandegados, impondo custos a seus rivais no mercado de armazenagem. A Representada, autonomamente, optou por cobrá-la, assumindo, a partir deste momento, os bônus – e os ônus – desta decisão.¹⁹⁴

Com isso em vista, o Conselheiro Paulo Burnier considerou que as doutrinas norte-americanas de isenção antitruste possuem pressupostos que não incidiriam ao caso da cobrança de SSE/THC-2, tais como a falta de:

(i) excepcionalidade do afastamento da análise concorrencial; (ii) capacidade de efetiva e ativa supervisão do mercado; (iii) especificidade da norma regulatória em relação à norma concorrencial; e (iv) enquadramento da determinada política pública como manifestação de um poder soberano do Estado.¹⁹⁵

Perpassada essa questão, ao passar à análise do mérito, o Conselheiro afirmou que a Rodrimar tem “participação de mercado importante no mercado de armazenagem de contêineres”¹⁹⁶, por conseguinte, a cobrança de SSE/THC-2 proporcionou o “aumento dos lucros da Rodrimar no mercado de armazenagem alfandegada e a redução do poder de mercado

¹⁹⁴ Ibid.

¹⁹⁵ Ibid.

¹⁹⁶ Ibid.

dos recintos alfandegados”¹⁹⁷ de modo que a “continuação da conduta poderia provocar a exclusão de agentes econômicos”¹⁹⁸, quais sejam, os Terminais Retroportuários Alfandegados.

Diante dessas razões, o Conselho entendeu que a cobrança configuraria infração à ordem econômica pois, embora autorizada pela ANTAQ, seria proibida pelo ordenamento antitruste. Dessa feita, a Rodrimar foi condenada por infração à ordem econômica e ao pagamento de multa, devendo ainda se abster de cobrar o SSE/THC-2 sob pena de multa diária.

Em 2021, o CADE, já com parâmetro no novo instrumento normativo da ANTAQ¹⁹⁹, destacou que embora o SSE/THC-2 não seja ilícito *per se* – já que é disposto em resolução normativa setorial –, pode ser lesivo à concorrência.

O caso, instaurado em setembro de 2018, buscou apurar suposto abuso de poder dominante do mercado de armazenagem de carga na área de influência do Porto de Suape/PE pela Tecon Suape S.A. ao cobrar SSE/THC-2.

Inicialmente, aqui também se enfrentou a alegação de isenção antitruste, ocasião em que o Conselheiro Relator Luiz Augusto Azevedo de Almeida Hoffmann rememorou os julgados anteriores acerca do assunto e reforçou que a atuação do CADE e da ANTAQ são coexistentes, distintas e complementares. Quanto ao caso concreto, salientou que “possibilitar que agente monopolista no mercado à montante, detentor de bem essencial, cobre de seus competidores no mercado à jusante se mostra temerário, distorcendo a concorrência em toda cadeia produtiva”.²⁰⁰ Não obstante, ainda que o SSE/THC-2 de fato acarrete custos adicionais ao OP, este deveria cobrar o referido preço do Armador, “agente econômico que goza de poder de barganha e possibilidade de escolha dentre os diferentes portos para desembarque e que possui relação contratual com o prestador do SSE”.²⁰¹ Diante disso, o Conselheiro entendeu que

a cobrança pelo SSE no caso em tela se mostra abusiva, independentemente de seu preço, tendo em vista que: (i) alguns dos respectivos **custos já foram remunerados** mediante o pagamento da *box rate* pelo armador ao operador portuário, havendo, portanto, cobrança em duplicidade; (ii) tem **caráter discriminatório**, não sendo cobrada quando a Representada é quem armazena a mercadoria; e (iii) **carece de justificativa econômica razoável**. Entendo que tais elementos, examinados conjuntamente, afastam para além de qualquer dúvida razoável que a conduta investigada reflete um **abuso de posição dominante por parte da Representada, tendo por efeitos aumentar artificialmente os custos e dificultar a atuação dos**

¹⁹⁷ Ibid.

¹⁹⁸ Ibid.

¹⁹⁹ Resolução nº 34/2019, que conforme pontuado no tópico 6.1.1. do presente trabalho, foi revogada pela Resolução nº 72/2022 em aspectos estritamente formais.

²⁰⁰ BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Processo Administrativo nº 08700.005499/2015-51*. Relator: Conselheiro Luiz Augusto Azevedo de Almeida Hoffmann, julgado em 03 fev. 2016.

²⁰¹ Ibid.

recintos alfandegados independentes, que são concorrentes da Representada e dependem necessariamente da Representada para atuar no mercado de armazenagem de contêineres.²⁰²

Com base nesses fundamentos, o Tribunal, por maioria, determinou a condenação da Tecon Suape S.A. por infração à ordem econômica, nos termos do art. 37, incisos, I, II, IV e §3º, incisos III, IV e X, da Lei nº 12.529/2011.

Evidencia-se, portanto, que o CADE, tribunal administrativo judicante responsável pela defesa da concorrência, desde 2005, tem realizado exames sobre o tema e seu posicionamento atual é de que a cobrança de SSE/THC-2 é ilegal, em decorrência da relação de dependência dos TRAs para com os OPs no mercado de armazenagem alfandegada, bem como da potencialidade de discriminar e aumentar os custos dos rivais, de expulsar agentes do mercado, de diminuir o incentivo a novos entrantes e de aumentar o nível geral de preços desse mercado.

6.2.2 As infrações à ordem econômica dos Operadores Portuários

O Tribunal Administrativo do CADE condenou os OPs, em todos os casos julgados, mencionados no tópico anterior, por (i) infração à livre-concorrência e à livre iniciativa (art. 36, *caput*, inciso I, da Lei nº 12.529); (ii) domínio de mercado (art. 36, *caput*, inciso II, da Lei nº 12.529); e (iii) abuso de posição dominante (art. 36, *caput*, inciso IV, da Lei nº 12.529).

Essa compreensão, consolidada ao longo dos anos, decorre do fato de que, do desembarque dos contêineres do navio até os portões do terminal, os Operadores Portuários possuem monopólio de todas as operações de movimentação e manipulação das cargas. Como mencionado, cada contêiner é bem infungível, porquanto não é de interesse do importador ou do TRA receber qualquer contêiner, mas sim aquele contratado, de modo que “a estruturação dos serviços portuários torna na prática a mercadoria uma *essential facility* (ou “bem essencial”)”.²⁰³

Já ao importador não há opção de escolha sobre onde será feito o desembarque da carga e tampouco o Operador Portuário que realizará esse desembarque. A escolha é feita previamente pelo Armador, por uma escolha economicamente viável (e até mesmo factível),

²⁰² Ibid.

²⁰³ BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Processo Administrativo nº 08700.005499/2015-51*. Relator: Conselheiro Luiz Augusto Azevedo de Almeida Hoffmann, julgado em 03 fev. 2016.

afinal, não poderia o Armador realizar o desembarque de contêineres de um navio em mais de um terminal de um mesmo porto. Conforme pontuado no Caderno de Estudos sobre o Mercado de Serviços Portuários,

As relações entre armadores e operadores portuários são reguladas por contrato, com prazo determinado ou não ou, ainda, admitindo sucessivas renovações, o que dificultaria uma mudança imediata de porto por parte de um armador em função de sua oferta de preço menor por operadores portuários concorrentes.²⁰⁴

Ademais, a atividade dos Armadores é beneficiada por ganhos de escala, ou seja, quanto maior for o navio contratado, maior a produtividade de transporte e menor a necessidade de gastos com recursos como combustível e tripulação. Isso favoreceu a realização de alianças entre as empresas, por meio de fusões e aquisições, que acabaram aumentando a concentração de mercado. De acordo com levantamento produzido pela *Alphaliner*, os dez maiores armadores do mundo são responsáveis por 85% da movimentação mundial de contêineres.²⁰⁵

Ou seja, os Armadores celebram contratos com mais de um Operador Portuário, detendo, portanto, razoável poder de barganha. Assim, em portos com mais de um Operador Portuário, a concorrência por contratos com Armadores é bastante intensa, já que a rentabilidade da atividade é diminuída em razão de tal poder de barganha. Ainda, para cada viagem, o Armador escolhe apenas um Operador Portuário por porto atracado. Ou seja, na medida que os armadores, altamente concentrados, são bem-sucedidos na promoção de uma contínua redução de preços cobrados pelos Operadores Portuários, as estratégias destes para se manterem no mercado passa a ser a busca por ganhos de eficiência econômica, ou a alternativa de praticar preços acima do nível competitivo nos casos em que possuem poder de mercado.

Não há qualquer interferência (ou opção) do TRA contratado pelo Importador nessa relação. O cenário, conforme parecer do Professor Calixto Salomão Filho sobre o tema, é de dependência empresarial de fato entre os OPs e os TRAs:

Uma vez que o contêiner é descarregado em um terminal portuário, o recinto alfandegado não tem alternativa senão reivindicar o contêiner desse terminal. Além de inexistir a possibilidade de escolha do terminal portuário, é absolutamente inviável por representar um custo excessivo e um problema logístico adicional - redirecionar o contêiner descarregado a outro terminal. Ainda que isso fosse viável, de pouco ou nada adiantaria, pois o recinto alfandegado continuaria a depender do terminal portuário para redirecionar o contêiner. Em suma, o terminal portuário ocupa uma posição perante o recinto alfandegado que lhe permite impor as condições que bem

²⁰⁴ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Departamento de Estudos Econômicos. *Mercado de Serviços Portuários*. Brasília: CADE, 2017, p. 37.

²⁰⁵ ALPHALINER. *Top 100*. Disponível em: <https://alphaliner.axsmarine.com/PublicTop100/>. Acesso em: 26 jan. 2025.

entender para a entrega de contêineres. Pouco importa a participação no mercado que o terminal detenha, pois não é aí que se origina seu poder face ao recinto alfandegado. Esse poder origina-se, sim, em uma relação de fato entre eles, pela qual o último precisa receber o contêiner detido pelo primeiro.²⁰⁶

Nesse sentido, o Conselheiro Paulo Burnier ressalta que essa relação de dependência, atrelada à condição de monopolista e à forte concorrência no mercado à montante para firmar contrato com Armadores, incentivam a cobrança de SSE/THC-2 pelos operadores portuários:

(i) o mercado de movimentação de cargas em contêineres, cuja atividade é regulada, apresenta fonte limitada de faturamento; (ii) a rentabilidade da atividade é diminuída em razão do forte poder de barganha dos armadores; e (iii) o mercado de armazenagem alfandegada é mais rentável, já que permite uma agregação maior de serviços.²⁰⁷

Sobre o tema, o ex-Conselheiro Presidente do CADE Alexandre Barreto de Souza sintetiza a controvérsia da seguinte maneira quando do julgamento do caso da Tecon Suape S/A:

O problema não é a cobrança de um valor pelo serviço de segregação e entrega de contêineres, visto que todo serviço pode e deve ser cobrado, mas sim a criação de mecanismos para burlar o processo competitivo e majorar artificialmente os lucros, em detrimento da eficiência econômica, e, em última instância, dos consumidores. Ocorre que se a cobrança é incluída na box rate, a ser paga pelo armador, o qual é devidamente ressarcido, incluindo toda a movimentação de contêineres por parte do operador portuário até a entrega a terceiros, a contratação se dá de forma competitiva e clara, entre armadores e operadores. Com isso, embora se trate de mercados oligopolizados, não há exatamente uma falha de mercado. Além disso, os custos de transação são reduzidos, pois há apenas duas partes, ambas diretamente interessadas no serviço prestado.

[...].

Já no formato pretendido pela Tecon Suape, há dois problemas. Um relacionado ao aumento do ganho com a movimentação da carga e outro relacionado à extensão do poder de mercado para o serviço de armazenagem. O primeiro decorre do fato de que quem recebe a carga do operador portuário naquele momento não tem opção. Embora não se trate de um monopólio de fato, visto que há a possibilidade de escolha anterior, essa situação de monopólio situacional pode incrementar o poder de barganha dos operadores portuários. Trata-se, pois de um mercado imperfeito.

Apesar de o domínio de mercado e a posição dominante de determinado agente econômico não serem ilícitos *per se* já que poderiam decorrer de vantagem competitiva, conforme analisado no capítulo 2 deste trabalho, a cobrança de SSE/THC-2 concede poder de barganha ilimitado aos Operadores Portuários em relação aos Terminais Retroportuários

²⁰⁶ BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Processo Administrativo nº 08012.007443/1999-17*. Relator: Conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado Parecer Professor Calixto Salomão Filho, fls. 2.527/2.559.

²⁰⁷ BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Processo Administrativo nº 08012.001518/2006-37*. Relator: Conselheiro Paulo Burnier da Silveira, julgado em 31 ago. 2016, publicado em 10 ago. 2018.

Alfandegados, prejudicando a livre concorrência e a livre iniciativa no mercado de armazenagem containerizada e, *ultima ratio*, o consumidor final.

6.3 Interface entre ANTAQ e CADE

A atuação policêntrica e pluridimensional do Estado reflete em fatos jurídicos de múltipla incidência como o SSE/THC-2. Por uma perspectiva mais ampla, já analisada no presente trabalho, o art. 170, da CRFB/88, alça a defesa dos direitos do consumidor e da concorrência como princípios da ordem econômica a que nenhuma atividade econômica estaria imune. Nesse sentido, o professor Floriano Azevedo Marques leciona:

Não há que se falar em reservas de regulação, em setores imunes à regulação geral antitruste e consumerista. A regulação setorial não caracteriza um feudo, uma área livre, isenta da incidência dos parâmetros de regulação geral. Os pressupostos que justificam a existência de uma regulação setorial, em quaisquer de suas diversas aplicações, não podem excluir os pressupostos ensejadores da regulação geral.²⁰⁸

Assim, Azevedo aponta duas perspectivas: (i) unidimensional, com preferência à regulação setorial, cabendo à regulação geral ocupar os demais espaços; (ii) bidimensional, com a compreensão da regulação geral e setorial como dois planos distintos que se entrecruzam.²⁰⁹ Nesse sentido, em caráter complementar e coordenado, o órgão antitruste e o órgão regulatório setorial devem coexistir separando-se por competências com a obrigação de que envolvam um ao outro nesse exercício de suas competências.²¹⁰ Essa coordenação faz com que a proteção da concorrência garanta que o sistema regulatório alcance os objetivos econômicos propostos; torne o mercado regulado competitivo e apure condutas que não sejam revistas, consideradas ou objeto da *expertise* quando da regulação.

A ANTAQ é a autarquia responsável pela regulação, supervisão e fiscalização das atividades portuárias. Já o CADE é responsável pela previsão e repressão a infrações à ordem econômica, tutelando, assim, princípios constitucionais como a defesa do consumidor, a repressão ao abuso de poder econômico, a livre iniciativa e a livre concorrência. Embora em

²⁰⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Regulação Setorial e Autoridade Antitruste: a Importância da Independência do Regulador*. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; ROCHA, Jean Paul Cabral Veiga da; MATTOS, Paulo Todescan Lessa (coord.). *Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro*. Max Limonad: 2002, p. 42.

²⁰⁹ Ibid.

²¹⁰ Ibid.

uma análise perfunctória possa-se acreditar que a relação entre eles seja de subsidiariedade e de sobreposição, para a preservação da ordem econômica e dos direitos constitucionalmente previstos, a coordenação e articulação entre o CADE e a ANTAQ é fundamental, até porque as leis que os regem não compõem subsistemas normativos isolados. Regulação e concorrência se comunicam, devendo o Estado se valer das *expertises* específicas de cada órgão.

Essa perspectiva notoriamente bidimensional encontra fundamento inclusive na própria legislação. A Lei nº 10.233/2001, que criou a ANTAQ, prevê, em seus arts. 31 e 45 a necessidade de comunicação com o CADE quando constatadas possíveis infrações contra a ordem econômica:

Art. 31. 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.

[...].

Art. 45. Os preços dos serviços autorizados serão livres, reprimindo-se toda prática prejudicial à competição, bem como o abuso do poder econômico, adotando-se nestes casos as providências previstas no art. 31.²¹¹

A Lei dos Portos, por sua vez, dispõe em seu art. 3º que a exploração dos portos organizados e instalações portuárias tem como objetivo aumentar a competitividade, devendo seguir, dentre várias diretrizes, o “estímulo à concorrência, por meio do incentivo à participação do setor privado e da garantia de amplo acesso aos portos organizados, às instalações e às atividades portuárias”.²¹²

Já a Lei das Agências Reguladoras parece consolidar a interface entre agências reguladoras e órgãos antitruste, dispondo de capítulo específico para tratar dessa interação. Inclusive, como mencionado no tópico 5.5 do presente trabalho, é um dos motivos pelos quais a Primeira Turma do STJ entendeu que não há de se falar em isenção antitruste em setores regulados por agências reguladoras.

²¹¹ BRASIL. Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001. *Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre; cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários, a Agência Nacional de Transportes Terrestres e o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes; e dá outras providências.* Diário Oficial da União, Brasília, DF, 6 jun. 2001.

²¹² BRASIL. Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013. *Dispõe sobre a exploração direta e indireta pela União de portos e instalações portuárias e sobre as atividades desempenhadas pelos operadores portuários; altera as Leis nºs 5.025, de 10 de junho de 1966, 10.233, de 5 de junho de 2001, 10.683, de 28 de maio de 2003, 9.719, de 27 de novembro de 1998, e 8.213, de 24 de julho de 1991; revoga as Leis nºs 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, e 11.610, de 12 de dezembro de 2007, e dispositivos das Leis nºs 11.314, de 3 de julho de 2006, e 11.518, de 5 de setembro de 2007; e dá outras providências.* Diário Oficial da União, Brasília, DF, 6 jun. 2013, art. 3º, V.

Reconhece-se, portanto, a ausência de isenção antitruste no setor portuário, sendo legítima a intervenção do CADE no setor portuário para análise de condutas que sejam potencialmente anticoncorrenciais e necessária a coordenação dessa intervenção com a ANTAQ. Conforme bem pontuado pela Ministra Regina Helena Costa:

a concessão de proeminência aos regramentos das autoridades antitruste, no tocante à proteção da concorrência, em detrimento da atuação dos órgãos setoriais quanto à temática, busca afastar os malefícios decorrente da possibilidade de captura das agências reguladoras pelo mercado, fenômeno caracterizado pela sobreposição do interesse privado sobre o público em setores econômicos submetidos à regulação estatal, circunstância de difícil ocorrência em conjuntura na qual a autarquia de defesa da competitividade é responsável pela tomada de posição definitiva sobre a elevada gama de mercados relevantes com interesses contrapostos.²¹³

Como visto, os Operadores Portuários detêm poder de mercado sobre os Terminais Retroportuários Alfandegados e incentivos para explorá-lo, uma vez que ambos são concorrentes no mercado de armazenagem alfandegada. Desse modo, opções regulatórias que desconsiderem essa estrutura de mercado e seus incentivos tendem a cercear a concorrência entre esses agentes econômicos. No setor portuário, a ausência de isenção antitruste visa garantir que práticas anticompetitivas não comprometam o desenvolvimento econômico e a eficiência dos serviços prestados. Isso significa que as atividades no setor portuário não estão isentas de atuação por parte das autoridades antitruste, sendo imprescindível a colaboração entre a ANTAQ e o CADE para prevenir e coibir práticas que possam prejudicar a concorrência.

Inexistindo *legal exemptions* no setor, reforça-se a importância dessa colaboração e articulação, a fim de impedir que, no caso do SSE/THC-2, promova-se a exclusão dos Terminais Retroportuários Alfandegados do mercado de armazenagem, comprometendo-se assim a eficiência dos serviços e prejudicando-se os consumidores. A relação entre ANTAQ e CADE é essencial para articular o aspecto regulatório – a partir da análise da operação portuária, logística, eficiência da movimentação horizontal de cargas, natureza dos contratos administrativos e os custos diretos e indiretos dispendidos pelo Operador Portuário que justifiquem a cobrança –; e o aspecto concorrencial – com base em uma análise sobre a prejudicialidade da livre concorrência e a livre iniciativa, bem como outras infrações à ordem econômica tais como domínio de mercado relevante de bens ou serviços, aumento arbitrário de lucros e exercício abusivo de posição dominante.

²¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1899040/SP*, Relatora: Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 27 ago. 2024, publicado em 27 set. 2024.

Oportuno destacar ainda que o STJ pela primeira vez, em agosto de 2024, confirmou a ilegalidade da cobrança do SSE/THC-2 em sua multiplicidade no julgamento dos Recursos Especiais nº 1.899.040/SP e 1.906.785/SP. Quanto à interface entre ANTAQ e CADE, a Primeira Turma entendeu, nos termos do voto da Ministra Relatora Regina Helena Costa a ausência de isenção antitruste no setor portuário:

Não obstante, ao menos no tocante aos serviços de exploração da infraestrutura portuária, o art. 3º, V, da Lei n. 12.815/2013, de maneira expressa, prescreve que tal atividade tem por objetivo aumentar a competitividade por meio de mecanismos estimuladores da concorrência entre atores privados, reconhecendo, por conseguinte, a incidência de regramentos antitruste no setor específico, interpretação reforçada pelos arts. 2º, VII e 25 a 28 da Lei n. 13.848/2019, os quais submetem as normas setoriais da ANTAQ ao crivo do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC, não havendo, portanto, isenção antitruste no respectivo setor. [...] a despeito de as regras dispostas nos arts. 12, VII, e 27, II, IV e VII, da Lei n. 10.233/2001 conferirem à ANTAQ prerrogativas regulamentares voltadas a promover a competitividade nos setores de transporte aquaviário e de exploração de infraestrutura portuária, inclusive mediante a atribuição de poder para reprimir fatos e ações caracterizadoras de infrações à ordem econômica, *ausente isenção antitruste tão somente em razão da veiculação de atos normativos atinentes à cobrança de tarifas pelos operadores portuários.*²¹⁴

Já em relação ao aspecto cível, o Superior Tribunal de Justiça confirmou a ausência de relação jurídica entre os Operadores Portuários e os Terminais Retroportuários Alfandegados que justifique a cobrança do SSE/THC-2.

Por fim, analisou-se a cobrança de forma pormenorizada, reafirmando o posicionamento do CADE acerca da natureza anticompetitiva do SSE/THC-2 por se tratar de imposição unilateral de custos aos Terminais Retroportuários Alfandegados, concorrentes diretos dos Operadores Portuários no mercado de armazenagem alfandegada.

Na ocasião, concluiu-se que

a cobrança da THC2, pelos Operadores Portuários caracteriza evidente exercício abusivo de posição dominante na modalidade de compressão de preços [...]. No contexto da exploração do mercado de infraestrutura portuária, os Operadores Portuários detêm nítida posição dominante, pois a atividade de movimentação de cargas e contêineres caracteriza, a depender do Porto organizado onde realizada, exemplo de monopólio ou oligopólio, os quais podem, em razão dessa circunstância, alterar unilateralmente as condições de exercício das subsequentes atividades inerentes ao setor.²¹⁵ (grifos nossos)

Em suma, o SSE/THC-2, sindicado por vários subsistemas normativos diante de sua configuração como fato jurídico de múltipla incidência, atualmente, (i) não possui Resolução

²¹⁴ Ibid.

²¹⁵ Ibid.

que o regulamento, em razão da suspensão da Resolução nº 72/2022 da ANTAQ pelo TCU; *(ii)* conta com jurisprudência do CADE no sentido de que a cobrança é anticompetitiva; e *(iii)* conta com decisão do STJ que reconhece a ilegalidade da cobrança.

Assim, sendo fato jurídico de múltipla incidência em que se verifica o exercício legítimo tanto do CADE quanto da ANTAQ sobre a ilegalidade da cobrança, há de ser suficiente que a rejeição de um deles dentro de sua competência de análise para que a cobrança seja considerada indevida em sua totalidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da análise das interfaces do SSE/THC-2 chega-se à conclusão de que opção mais apropriada para resolução desta (e de tantas outras) controvérsias, seria que a regulação direcionasse as transações no transporte aquaviário para que ocorressem em ambiente competitivo, com todos os custos relativos à movimentação vertical e horizontal incluídos nos preços praticados junto aos armadores.

Não obstante, a parceria entre CADE e ANTAQ deve incluir ações de fiscalização e monitoramento das atividades econômicas no setor, além do intercâmbio de recursos para evitar possíveis e contínuas tentativas de retirada dos Terminais Retroportuários Alfandegados do mercado de armazenagem de contêineres. Assim, cada autoridade deve ser responsável por regular e fiscalizar aspectos que a dizem respeito, privilegiando-se a complementaridade entre a *expertise* da agência reguladora setorial e o órgão antitruste.

Essa articulação é essencial para garantir maior eficácia à concretização da defesa da concorrência, ampliando a capacidade de atuação das duas entidades e fortalecendo os mecanismos de repressão às práticas anticompetitivas no setor portuário. Essa colaboração beneficia toda a sociedade, proporcionando um mercado mais justo e equilibrado, em que a concorrência é promovida e protegida e os direitos constitucionalmente previstos são assegurados. Ainda, a sinergia entre a autoridade regulatória setorial e o órgão de defesa da concorrência é essencial para enfrentar desafios complexos que envolvem regulação e concorrência, especialmente em um setor estratégico como o portuário.

Enquanto a ANTAQ detém competência para a fiscalização das atividades portuárias, garantindo que as operações atendam às normativas e padrões técnicos, o CADE realiza a análise de condutas anticompetitivas, como cartéis, abusos de posição dominante e atos de concentração econômica.

Esse é o cenário que se espera para o setor portuário nos próximos anos. Quanto ao SSE/THC-2, pende de julgamento o Relatório de Auditoria Operacional nº 020.789/2023-8, que pretende trazer importantes análises e contribuições sobre a prestação adequada dos serviços de transporte e de movimentação de cargas em contêineres. Além disso, o CADE e a ANTAQ celebraram memorando de entendimentos em que se conclui pela distinção e complementaridade entre as autarquias, o que demonstra, mais uma vez, a ausência de isenção antitruste no setor portuário.

REFERÊNCIAS

ALPHALINER. **Top 100**. Disponível em: <https://alphaliner.axsmarine.com/PublicTop100/>.

Acesso em: 26 jan. 2025.

ARANHA, Márcio Iorio. **Manual de direito regulatório: fundamentos de direito regulatório**. 6. ed. London: Laccademia Publishing, 2021.

BAGNOLI, Vicente. **Direito Econômico**. São Paulo: Atlas, 2013.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BRANCO, Nelson de Azevedo; BARRETO, Celso de Albuquerque. **Repressão ao abuso do poder econômico**. São Paulo: Atlas, 1964.

BRASIL. Agência Nacional de Transportes Aquaviários. **Processo nº 50300.002226/2021-71**, Voto vista Diretora Flávia Takafashi, 2021.

_____. Agência Nacional de Transportes Aquaviários. **Resolução Normativa nº 34**, de 19 de agosto de 2019. **Aprova a norma que estabelece parâmetros regulatórios a serem observados na prestação dos serviços de movimentação e armazenagem de contêineres e volumes nas instalações portuárias**. Publicada no Diário Oficial da União, Brasília, DF, 21 de agosto de 2019

_____. Agência Nacional de Transportes Aquaviários. **Resolução Normativa nº 98**, de 2023. Estabelece os procedimentos administrativos para resolução de conflitos entre os agentes do setor regulado pela ANTAQ. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 31 mai. 2023. Seção 1, p. 12345.

_____. Agência Nacional de Transportes Aquaviários. **Resolução Normativa nº 2.389**, de 13 de fevereiro de 2012. Aprova a norma que estabelece parâmetros regulatórios a serem observados na prestação dos serviços de movimentação e armazenagem de contêineres e

volumes, em instalações de uso público, nos portos organizados. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 22 fev. 2012.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Departamento de Estudos Econômicos. **Mercado de Serviços Portuários**. Brasília: CADE, 2017.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 31**. Relatora: Conselheira Neide Terezinha Malard, julgado em 06 out. 1993. Revista Brasileira de Direito da Concorrência - RIBRAC, v. 2, n. 1.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.001518/2006-37**. Relator: Conselheiro Paulo Burnier da Silveira, julgado em 31 ago. 2016, publicado em 10 ago. 2018.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.003824/2002-84**. Relator: Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, julgado em 03 fev. 2016, publicado em 11 fev. 2016.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.007443/1999-17**. Relator: Conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08700.005499/2015-51**. Relator: Conselheiro Luiz Augusto Azevedo de Almeida Hoffmann, julgado em 03 fev. 2016.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: Departamento Nacional de Imprensa, 1934.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1937**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1937.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1946**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1946.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado Federal, 1988.

_____. **Lei nº 8.158, de 8 de janeiro de 1991.** Cria a Secretaria Nacional de Direito Econômico (SNDE) e dá outras providências. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 9 jan. 1991.

_____. **Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997.** Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 7 ago. 1997. Seção 1, p. 18174.

_____. **Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001.** Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre; cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários, a Agência Nacional de Transportes Terrestres e o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes; e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 6 jun. 2001.

_____. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011.** Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 1 dez. 2011.

_____. **Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013.** Dispõe sobre a exploração direta e indireta pela União de portos e instalações portuárias e sobre as atividades desempenhadas pelos operadores portuários; altera as Leis nºs 5.025, de 10 de junho de 1966, 10.233, de 5 de junho de 2001, 10.683, de 28 de maio de 2003, 9.719, de 27 de novembro de 1998, e 8.213, de 24 de julho de 1991; revoga as Leis nºs 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, e 11.610, de 12 de dezembro de 2007, e dispositivos das Leis nºs 11.314, de 3 de julho de 2006, e 11.518, de 5 de setembro de 2007; e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 6 jun. 2013.

_____. **Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019.** Dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras, altera a Lei nº 9.427, de 26 de

dezembro de 1996, a Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, a Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, a Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, a Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000, a Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, a Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, a Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, a Medida Provisória nº 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, a Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005, e a Lei nº 10.180, de 6 de fevereiro de 2001. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 26 jun. 2019.

_____. Secretaria da Receita Federal. **Instrução Normativa SRF nº 248**, de 25 de novembro de 2002.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 590960/DF**, Relator: Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 26 out. 2004, publicado em 21 mar. 2005.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1899040/SP**, Relatora: Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 27 ago. 2024, publicado em 27 set. 2024.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI 2591**, Relator: Ministro Carlos Velloso, Tribunal Pleno, julgado em 07 jun. 2006, publicado em 29 set. 2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE 1083955/DF**, Relator: Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 18 dez. 2017, publicado em 06 fev. 2018.

_____. Tribunal de Contas da União. **Processo nº 020.789/2023-8**. Peça nº 133. Relator: Ministro Jorge Oliveira, p. 47.

_____. Tribunal de Contas da União. **Processo nº 021.408/2019-0**. Acórdão nº 1.448/2022-TCU-PL. Relator: Ministro Vital do Rêgo, Plenário, julgado em 15 mar. 2022, publicado em 13 set. 2022.

_____. Tribunal de Contas da União. **Processo nº 021.408/2019-0**. Acórdão nº 1.825/2024-TCU-PL. Relator: Ministro João Augusto Ribeiro Nardes, Plenário, julgado em 04 set. 2024, publicado em 16 set. 2024.

_____. Tribunal de Contas da União. **Processo nº 024.768/2017-0**. Acórdão nº 2.310/2018-TCU-PL. Relator: Ministro Bruno Dantas, Plenário, julgado em 10 out. 2018, publicado em 12 nov. 2018.

_____. Tribunal de Contas da União. **Processo nº 014.624/2014-1**. Acórdão nº 1.704/2018-TCU-PL, Relatora: Ministra Ana Arraes, Tribunal Pleno, julgado em 05 dez. 2018, publicado em 31 ago. 2018.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. v. 1.

BURINI, Bruno Corrêa. **Processo Administrativo de Apuração de Conduta Anticoncorrencial: Perspectiva Instrumentalista**. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-15032013-084457/publico/Tese_final_Bruno_Correa_Burini.pdf. Acesso em: 06 jan. 2025.

CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*. Nápoles: Morano Editore, 1958.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial: direito de empresa**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CRETELLA JÚNIOR, José. **O ilícito administrativo**. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 68, n. 1, p. 135-159, 1973.

DANTAS, San Tiago. **Preço uniforme do açúcar para todas as usinas do país**. In: Problemas de direito positivo: estudos e pareceres. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria Geral do Processo**. 32ª ed. revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 31. ed. Ver. Atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Limites da Função Reguladora das Agências diante do Princípio da Legalidade**. In: Direito regulatório: temas polêmicos. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

DUTRA, Pedro. **A fiscalização dos serviços públicos privatizados**. Rio de Janeiro: Gazeta Mercantil, 20 out. 1998. p. A-3.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Sherman Antitrust Act*, 1890. Disponível em: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/COMPS-3055/pdf/COMPS-3055.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2025.

_____. Suprema Corte. *California Retail Liquor Dealers Assn. v. Midcal Aluminum, Inc.*, **445 U.S. 97 (1980)**. Relator Ministro Powell, julgado em 03 mar. 1980. Disponível em: <http://supreme.justia.com/us/445/97/case.html>. Acesso em: 14 jan. 2025.

_____. Suprema Corte. Recurso voluntário (*appeal*). *Parker v. Brown*, **317 U.S. 341 (1943)**. Relator Presidente Stone, julgado em 04 de jan. 1943. Disponível em: <http://supreme.justia.com/us/317/341/case.html>. Acesso em: 14 jan. 2025.

_____. Suprema Corte. Recurso voluntário (*appeal*). *United States v. RCA*, **358 U. S. 334 (1959)**. Relator: Presidente Warren, julgado em 24 fev. 1959. Disponível em: <http://supreme.justia.com/us/358/334/case.html>. Acesso em: 14 jan. 2025.

_____. Suprema Corte. *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*, 221 U.S. 1 (1911). Relator: Edward D. White, julgado em 15 mai. 1911. Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/221/1/>. Acesso em: 13 jan. 2025.

FARINA, Elizabeth. **Política Industrial e Política Antitruste: Uma Proposta de Conciliação**. Revista do IBRAC, São Paulo, 1996.

FORGIONI, Paula A. **Breves notas sobre a posição dominante e seu abuso**. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, São Paulo, n. 105, p. 93-101, jan./mar. 1997.

FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2024.

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. **Roteiro do processo penal-econômico na legislação de concorrência**. Revista do IBRAC, v. 5, n. 10, 1998.

HANDLER, Milton. *Antitrust in Perspective: The Complementary Roles of Rule and Discretion*. New York: Columbia University Press, 1957, p. 3.

JORDÃO, Eduardo. **Controle judicial de uma administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle**. São Paulo: Malheiros, 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 590.

_____. **O direito regulatório**. Interesse Público, Belo Horizonte, v. 9, p. 19-40, 2007.

Disponível em:

https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/7885649/mod_resource/content/1/JUSTEN%20FILHO%20-%20O%20direito%20regulat%C3%B3rio%20-%20IP%20n.%20432007.pdf. Acesso em: 21 dez. 2024.

MARQUES, Cláudia Lima. **A Teoria do ‘Diálogo das Fontes’ hoje no Brasil e seus novos desafios: Uma homenagem à magistratura brasileira**. Disponível em:

<https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/secao/a-teoria-do-dialogo-das-fontes-hoje-no-brasil-e-seus-novos-desafios-uma-homenagem-a-magistratura-brasileira-dialogo-das-fontes/1199171989>. Acesso em: 27 jan. 2025.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Regulação Setorial e Autoridade Antitruste: a Importância da Independência do Regulador**. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes;

ROCHA, Jean Paul Cabral Veiga da; MATTOS, Paulo Todescan Lessa (coord.).
Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro. Max Limonad: 2002.

MARSHALL, Carla. **Regulação e concorrência: espécies do mesmo gênero**. Scientia Iuris – Revista do Curso de Mestrado em Direito Negocial da UEL, Londrina: Editora da UEL, v. 11, 2007.

MARTINEZ, Cuétara. *Aproximación a la regulación de servicio público como nuevo paradigma para la prestación de servicios económicos*. In: *El nuevo servicio público*. Madri: Marcial Pons, 1997. p. 95. Apud MEDAUAR, Odete. Regulação e autorregulação. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 228, p. 123-128, abr./jun. 2002.

MEDAUAR, Odete. **Regulação e autorregulação**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 228, p. 123-128, abr./jun. 2002.

NUNES, António José Avelãs. **Breve reflexão sobre o chamado estado regulador**. Sequência – Revista do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis: Fundação Boiteux, a. XXVII, n. 54, 2007.

OCDE. *Regulated Conduct Defense*. **Nota Técnica**. Paris: OCDE, 2012. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/PolicyBriefonRegulatedConductDefense.pdf>. Acesso em: 22 jan. 2025.

OLIVEIRA, Amanda Flávio de. **Mitos e Verdades sobre Regulação por Agências**. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/mulheres-na-regulacao/mitos-e-verdades-sobre-regulacao-por-agencias>. Acesso em: 29 dez. 2024.

PEREIRA, Caio Mario da Silva, **Instituições de direito civil: introdução ao direito civil, teoria geral de direito civil**, 12. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, v. 1.

PRADO FILHO, José Inácio; PEREIRA NETO, Caio Mário. **Espaços e interfaces entre regulação e defesa da concorrência: a posição do CADE**. Revista Direito GV, São Paulo, v. 12, n. 1, p. 13-48, jan./abr. 2016.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. **Notas introdutórias sobre o princípio da livre concorrência**. Revista de Direito Econômico, Rio de Janeiro, v. 6, n. 4, p. 1-7, 2005.

RAMOS, Elival da Silva. A valorização do processo administrativo, o poder regulamentar e a invalidação dos atos administrativos. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari, MUÑOS, Guillermo Andrés (Org.). **As leis de processo administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2000.

SALGADO, Lucia Helena. **Defesa da concorrência**. In: IPEA. O Brasil no fim do século: desafios e propostas para ação governamental. 1. ed. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 1994.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial: as estruturas**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Direito Concorrencial**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

_____. **Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2008.

SCAFF, Fernando Facury. **Efeitos da Coisa Julgada em Matéria Tributária e Livre-concorrência**. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). Coisa Julgada, Constitucionalidade e Legalidade em Matéria Tributária. São Paulo: Dialética; Fortaleza: ICET, 2006.

SCHIRATO, Vitor Rhein. **As agências reguladoras independentes e alguns elementos de Teoria Geral do Estado**. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (orgs.). Direito administrativo e seus novos paradigmas. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

SENHORAS, Elói Martins. **Defesa da concorrência: políticas e perspectivas**. Caderno de Pesquisas em Administração, São Paulo, v. 10, n. 1, jan./mar. 2003. Disponível em: <https://works.bepress.com/eloi/26/>. Acesso em: 24 dez. 2024.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006

SILVA, Pedro Aurélio Queiroz Pereira. **Breves linhas sobre o Direito da Concorrência.**

Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 15, n. 2518, 24 mai. 2010. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/14886>. Acesso em 21 dez. 2024.

SZTAJN, Rachel. **Teoria Jurídica da Empresa: Atividade Empresária e Mercados.** São Paulo: Atlas, 2004.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único.** 14. ed. Rio de Janeiro: Método, 2024.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil.** v. 1. 59ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

_____. **Jurisdição e competência.** Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, n. 38, 2000

VAZ, Isabel. **Direito econômico da concorrência.** Rio de Janeiro: Forense, 1993.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. **Aproximação sistemática ao controle judicial das agências de regulação econômica no Brasil.** Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002.