

## Os desafios do Antitruste no Setor Portuário Brasileiro: as inovações da Lei nº 12.815/13 e seus reflexos concorrenciais\*

*Brazil's Port Sector Antitrust Challenges: Innovations brought about by Law no. 12,815/2013 and its effects on competition*

Submetido(submitted): 24/03/2015

Parecer(revised): 26/03/2015

Aceito(accepted): 21/08/2015

Victor Oliveira Fernandes\*\*

### Resumo

**Propósito** – Investigar como a nova Lei dos Portos brasileira de 2013 lidou com os problemas concorrenciais deixados pelo diploma anterior e quais são as novas possibilidades e desafios de promoção da concorrência no setor.

**Metodologia/abordagem/design** – A obra é dividida em três momentos. O primeiro capítulo faz uma breve incursão nas relações entre regulação e concorrência. A segunda parte dedica-se a investigar o desenvolvimento do arcabouço regulatório concorrencial no setor sob a égide da antiga lei portuária. Por fim, o último capítulo explica como as inovações trazidas pela Lei nº 12.815/13 repercutem na viabilidade do modelo de competição que o novel diploma busca fomentar.

**Resultados** – As assimetrias regulatórias existentes nos novos regimes de arrendamento e de autorização portuária tornam pouco exequível o processo competitivo que a Lei nº 12.815/13 visa estimular. Os altos custos de infraestrutura, as limitações à expansão territorial das instalações portuárias privadas e as disparidades nos regimes de tarifação são alguns dos fatores que colocam em cheque o crescimento do setor.

Palavras-chave: setor portuário brasileiro, direito da concorrência, nova Lei dos Portos, imunidades antitruste, THC2.

### Abstract

**Purpose** – To assay how the new Ports Law (Law no. 12,815/13) treated the competition vulnerabilities of the previous regulation and also intend to identify the new competition boundaries of the sector.

---

\*O presente artigo constitui reprodução parcial da monografia ‘Regulação do Setor Portuário Brasileiro e os Desafios do Antitruste: as inovações da Lei nº 12.815/13 e seus reflexos concorrenciais’, a qual recebeu Menção Honrosa na categoria “Regulação da Atividade Econômica” no X Prêmio Seae/MF de Monografias, realizado pela Escola Superior de Administração Fazendária - ESAF/MF, no ano de 2015.

\*\* Advogado. Graduado em Direito pela Universidade de Brasília e *free-mover student* pela Universidade de Hamburgo, Alemanha. Possui experiência profissional na área de defesa da concorrência em mercados regulados, em especial no setor portuário brasileiro. Especialista da carreira de regulador da Agência Nacional de Telecomunicações. Email: [victorolfernandes@gmail.com](mailto:victorolfernandes@gmail.com).

**Methodology/approach/design** – This research is divided into three chapters. The first one promotes a short analysis of the relationship between competition and regulation systems. The second investigates previous port regulation competition vulnerabilities. Finally, the last chapter explains the treatment given to the competition structure by the new regulatory model.

**Findings** – The regulatory asymmetries between the actual models of port services delegation might jeopardize the competition encouraged by the new regulation. The high infrastructure costs involved, the private ports legal limitations that hinder expansion plans and the discrepancies in rates policy are some matters that may limit the market's growth.

**Keywords:** Brazilian port sector, antitrust law, ports law, antitrust immunity, THC2.

## Introdução

Embora a existência de mecanismos regulatórios não seja totalmente incompatível com a atuação das autoridades antitruste, a experiência mostra que, por vezes, as opções regulatórias adotadas podem influenciar de forma significativa a viabilidade da promoção da concorrência nos mercados regulados. Especialmente em domínios sensíveis ao desenvolvimento nacional, como nos setores de infraestrutura – tipicamente marcados por elevados custos de entrada e pela necessidade de compartilhamento de estruturas verticalmente integradas –, a falta de regulamentação concorrencial específica ou o excesso desorientado de normas setoriais podem dar margem a abusos de poder econômico, cuja repreensão desafia os limites da competência da autoridade antitruste.

No que concerne ao setor portuário brasileiro, a jurisprudência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) nos últimos anos têm evidenciado que os principais problemas concorrenciais neste domínio decorrem de ineficiências em determinadas políticas regulatórias, que carecem de regulamentos técnicos adequados e de normas setoriais específicas que enderecem *ex ante* as naturais tendências à verticalização dos mercados envolvidos<sup>1</sup>. Os contratos de arrendamento de serviços portuários, por exemplo,

---

<sup>1</sup>Em um dos primeiros casos julgados sob a égide da Lei nº 8.630/93, o conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado, em seu voto no PA nº 08012.007443/99-17, já advertia os riscos do déficit de regulação concorrencial no setor: “É minha opinião que, nas condições vigentes nas atividades de serviços portuários, há incentivos para a prática de restrições verticais pelos Operadores Portuários e, ainda, não há mecanismos que permitam a formação de preços na cobrança de serviços de liberação de contêineres. É a questão concorrencial que tal situação acarreta só pode ser superada ou pela proibição de cobrança desses serviços aos terminais retroportuários, ou pela regulamentação, isto é,

têm propiciado a cobranças de tarifas não expressamente outorgadas aos particulares pelo Poder Público, devido ao elevado grau de abertura do seus textos<sup>2</sup>. Além disso, o modelo de delegações previsto na Lei de 1993 e as limitações ao uso de terminais privados imposta em normas setoriais da Antaq se tornaram óbices ao desenvolvimento da competição entre portos distintos. Esses elementos atestam as vulnerabilidades concorrenciais do setor portuário nas décadas de 1990 e 2000<sup>3</sup>.

Em face desse conjunto de atonia normativa, a Lei nº 12.815/13 estabeleceu novos parâmetros para o desenvolvimento da concorrência no setor. O novo regime reformou o modelo de autorização de serviços portuários, com o objetivo claro de atrair investimentos privados para o setor. Além disso, aboliu-se a diferenciação entre “cargas próprias” e “de terceiros”<sup>4</sup>, mudança que intensificou significativamente a competição entre portos públicos e privados. Ademais, visando corrigir os problemas do regime anterior, os contratos administrativos concebidos no âmbito da nova lei preveem de forma mais objetiva o alcance das taxas e tarifas portuárias, além de delimitarem os serviços passíveis de cobrança nos terminais de movimentação de contêineres.

---

pelo estabelecimento de preço máximo homologado pela autoridade reguladora”. (Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.007443/99-17, Tribunal Administrativo, voto do conselheiro Luiz Delorme Prado, publicado no DOU de 9 de março de 2005).

<sup>2</sup>Como bem observado pela Superintendência Geral do Cade, em parecer exarado no âmbito do Processo Administrativo nº 08012.005422/2003-03: “cabe salientar a diversidade dos casos apresentados ao CADE nos quais os Operadores Portuários têm sido livres para criarem taxas e se remunerar, muitas vezes de forma anticompetitiva. Isso é possibilitado pela previsão, na maioria dos contratos de concessão ou arrendamento de terminais portuários, de que os serviços não previstos em contrato fossem remunerados por preço estabelecido pelo próprio concessionário. Juntando-se essa cláusula a interpretações destoantes da extensão do serviço em contrato, a alterações na estrutura regulatória e à imposição de novas obrigações regulatórias ao contrato assinado, apresenta-se o setor portuário como concorrencialmente sensível, vulnerável a condutas anticoncorrenciais, por conta de brechas da regulação setorial.”

<sup>3</sup>Quando da vigência da Lei nº 8.630/93, o principal problema concorrencial existente no setor referia-se à diferenciação de preços de armazenagem em relação a mercadorias destinadas a recintos alfandegários concorrentes, hipótese de cobrança da chamada *Terminal Handling Charge 2* ou taxa de segregação e entrega (SEE), que serão analisados no Capítulo II deste Trabalho. Casos como esses foram objeto de processos administrativos, tanto no âmbito do Cade quanto da agência reguladora, tendo as duas autarquias divergido acerca da legalidade da conduta. Com a superveniência da Resolução nº 2.389/12 da Antaq, a questão tornou-se ainda mais complexa.

<sup>4</sup>O texto da Lei nº 8.630/93 previa que os terminais de uso privativo poderiam ser explorados na modalidade de uso privativo exclusivo - isto é, somente poderiam se destinar à movimentação de cargas próprias do operador portuário - ou na modalidade de uso privativo misto (com vistas à movimentação de cargas próprias e de terceiros). A nova lei aboliu essa diferenciação, permitindo que os terminais de uso privativo operem com cargas exclusivamente de terceiros.

No entanto, a realização das promessas buscadas pela nova lei dos portos – em especial no tocante ao fomento da competição interportuária – depende do sucesso de um modelo de concorrência baseado em fortes assimetrias regulatórias, no qual arrendatários e autorizatários de serviço público são submetidos a regimes jurídicos essencialmente distintos. .

Diante dessa promessa, os objetivos deste trabalho são (i) analisar em que medida o desenho regulatório trazido na nova lei dos portos está apto a promover a liberalização ampla do setor por meio da redução das elevadas barreiras à entrada que o marcam e (ii) perquirir em que medida as inovações trazidas pela Lei nº 12.815/13 possibilitaram a superação dos problemas concorrenciais tradicionalmente sentidos no setor.

Com esse intuito, a obra será dividida em quatro momentos. O primeiro capítulo fará uma breve incursão sobre as relações entre regulação e concorrência, destacando os limites e possibilidades da atuação do Cade no controle de condutas no setor portuário brasileiro. A segunda parte da obra dedicar-se-á a analisar o desenvolvimento da concorrência no setor sob a égide da antiga lei dos portos. O terceiro capítulo investigará o novo tratamento dado ao tema pela Lei nº 12.815/13 e os seus desafios. Por fim, a conclusão fará um breve resumo dos diagnósticos feitos, sinalizando as possíveis respostas aos questionamentos trazidos ao longo do trabalho.

## **Capítulo I: O Controle de Condutas Anticompetitivas nos setores regulados**

Regulação e antitruste são fenômenos que não comportam conceituação precisa, senão quando relacionados aos objetivos fundamentais que perseguem. Os valores buscados por cada uma dessas formas definem o próprio âmbito da intervenção estatal no domínio econômico, numa relação reflexiva entre o sujeito Estado e o regime jurídico por ele perseguido em cada uma das suas manifestações. Por esse motivo, optou-se por expor no próximo tópico breves considerações sobre os objetivos buscados pela regulação e pela concorrência, analisando em que medida os dois sistemas são complementares ou antagônicos.

A abordagem aqui desenvolvida não se incumbe do ônus de esgotar o debate sobre as aproximações e afastamentos desses dois fenômenos, o que demandaria uma apurada análise dos seus desenvolvimentos históricos. Desprovida dessa pretensão, o objetivo ora posto é apenas lançar luzes sobre a interface entre direito da concorrência e regulação setorial, no âmbito da multiplicidade de princípios constitucionais – por vezes contraditórios – que orientam essas duas formas de intervenção estatal.

## 1.1 – Breves considerações sobre os objetivos da regulação e concorrência

Antitruste e regulação são formas de intervenção do Estado no domínio econômico que ora se apresentam antagônicas, ora perseguem objetivos comuns<sup>5</sup>.

Contemporaneamente, a intervenção regulatória é essencialmente legitimada na busca pela concretização de direitos constitucionalmente previstos, os quais regem a prestação de serviços públicos e a definição de estratégias jurídicas socialmente desejáveis. Nesse sentido, nas democracias constitucionais<sup>6</sup>, pode-se afirmar que o foco da produção de normas regulatórias e do acompanhamento diuturno de metas e resultados nos setores regulados passa a ser a asseguarção das prestações materiais imprescindíveis à fruição de direitos fundamentais (ARANHA, 2014, p. 92).

Nesses termos, o Estado regulador contemporâneo rompe quaisquer laços de essencialidade com a busca pela superação das falhas de mercado enquanto valor jurídico universal e pré-determinado<sup>7</sup>. Isso não quer dizer a regulação promove um abandono dos valores competitivos. Na verdade, ela continua a se justificar na imprescindibilidade da livre concorrência, a qual passa a ser entendida como valor mínimo da intervenção regulatória (SALOMÃO FILHO, 2008, p. 41). Assim, pode-se identificar uma complementariedade entre os

---

<sup>5</sup>A respeito do caráter, ao mesmo tempo, substitutivo e complementar da regulação e do antitruste, vide CARLTON, D. W.; PICKER, C. *Antitrust and Regulation*. NBER Working Paper No. 12902, Chicago, n. 312, feb. 2007. p. 25-61.

<sup>6</sup>Nesse sentido, é válido destacar as considerações de Bercovici (2005, p. 33): “a diferença essencial, que surge a partir do ‘constitucionalismo social’ do século XX, e vai marcar o debate sobre a Constituição Económica, é o fato de que as Constituições não pretendem mais receber a estrutura económica existente, mas querem alterá-la. Elas positivam tarefas e políticas a serem realizadas no domínio económico e social para atingir certos objetivos. A ordem económica destas Constituições é “programática” - hoje diríamos “dirigente”. A Constituição Económica que conhecemos surge quando a estrutura económica se revela problemática, quando cai a crença na harmonia preestabelecida do mercado. Ela quer uma nova ordem económica; quer alterar a ordem económica existente, rejeitando o mito da auto regulação do mercado”.

<sup>7</sup>A correção de falhas de mercado era entendida pelas Teorias do Interesse Público como o fundamento central da Regulação. Essa teoria, como explica Posner, baseava-se fundamentalmente em duas premissas (i) a de que a correção de falhas de mercado levaria ao atingimento de um bem comum económico, traduzido na noção de Interesse Público e (ii) a de que a intervenção regulatória seria “virtualmente gratuita”, isto é, imune aos custos da própria intervenção. (POSNER, R. A. *Theories of Economic Regulation*. *The Bell Journal of Economics and Management Science*, Autumn, v. 5, n. 2, 1974, p. 336).

objetivos da regulação e do antitruste, já que ambos elegem a proteção da ordem econômica como valor primário da intervenção econômica<sup>8</sup>.

O abuso de poder econômico é combatido de modos diferentes pela regulação e pela concorrência: enquanto a autoridade antitruste age, via de regra, na repressão a posteriori de condutas e no controle *ex ante* de estruturas; as agências reguladoras acompanham rotineiramente as políticas setoriais, estabelecendo normas de condutas positivas e impondo sanções aos seus descumprimentos (SALOMÃO FILHO, 2008, p. 37). Além disso, o antitruste apresenta incidência geral sobre todos os segmentos econômicos, ao passo que a regulação fixa regras que conformam os limites dos próprios mercados.

A livre concorrência, no entanto, não é o único fim a ser atingido pelos setores regulados. Na realidade, o ente regulador assume a incumbência de estabilizar a livre concorrência com outros princípios que orientam a ordem constitucional econômica. Nas palavras de Frison-Roche, o Estado regulador passa a se identificar com “a construção de setores nos quais a concorrência penetra, mas não governa sozinha” (2005, p. 217).

Essa harmonização de princípios exige uma constante e recíproca redelimitação dos campos de incidência das políticas regulatória e concorrência. Isso porque a definição de estratégias jurídicas no âmbito do Estado regulador quase sempre repercute – de modo parcial ou definitivo – na viabilidade da promoção concorrencial no setor regulado, seja fomentando-a ou até mesmo comprometendo-a por completo. Como esclarece Graham, “as decisões de políticas públicas sobre o tamanho dos mercados competitivos contêm opções de valores substanciais” e, nessa medida, “os institutos de concorrência são temperados pela preocupação com a justiça social” (2000, p. 169).

Em particular no ordenamento jurídico pátrio, a harmonização dos objetivos buscados pela regulação com o imperativo de livre concorrência é tarefa colossal, já que os princípios que orientam a ordem econômica na Constituição Federal de 1988<sup>9</sup> acomodam visões distintas, ou até mesmo

---

<sup>8</sup>No mesmo sentido, pondera o professor Marcio Iório Aranha: “O fundamento da regulação e, por consequência do direito regulatório, encontra-se na necessidade de proteção de um determinado objeto errático. Não se pode negar que a competição tem sido identificada como tal objeto e opera um efeito decisivo no modelo regulatório atual”. (ARANHA, Márcio Iório. **Manual de Direito Regulatório**. 2ª edição, revista e ampliada. Coleford, UK: Laccademia Publishing, 2014, p. 10).

<sup>9</sup>Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, 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: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das

contraditórias, acerca de qual deve ser o papel do Estado no planejamento macroeconômico e na prestação de serviços públicos<sup>10</sup>.

Nesse sentido, o texto da Carta Maior, ao mesmo tempo em que consagra a livre iniciativa como um dos fundamentos da República (art. 1º. VI), prevê também os princípios a soberania nacional (art. 170, I), a redução das desigualdades regionais e sociais (art. 170, VII), a defesa do consumidor (art. 170, V), o tratamento favorecimento para empresas de pequeno porte (art. 170, IX) e, em relação a setores específicos, a universalização do acesso a serviços públicos essenciais (art. 196 e 211, § 4º). Paralelamente a todos esses valores, concebe-se ainda o imperativo de repressão ao abuso de poder econômico, conferido pelo art. 173, § 4º da CF, atribuído pela Lei nº 12.529/11 ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC).

É nesse âmbito de tentativa de estabilização de princípios constitucionais divergentes – não raro opostos – que se desenvolve a atuação simultânea dos sistemas regulatório e concorrencial.

A interface entre esses sistemas é ainda mais complexa quando se analisa a prestação de serviços públicos em setores de infraestrutura, fundamentalmente relevantes para o desenvolvimento nacional. Nesses casos, a tarefa de promover a concorrência é ainda mais árdua, diante das peculiaridades que esses domínios possuem. As características de tais setores serão examinadas no tópico seguinte.

## **1.2 – Os reflexos do planejamento de mercados na viabilidade da promoção da concorrência.**

Os mercados de infraestrutura – como os de portos, ferrovias, telecomunicações, etc. – são marcados por obstáculos naturais à promoção da concorrência, notadamente em função dos elevados investimentos que setores como esses requerem. Por esse motivo, tais segmentos são tradicionalmente aproximados dos modelos chamados monopólios naturais,<sup>11</sup> estruturas de

---

desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

<sup>10</sup>Tal qual analisado por Aragão (2005, p. 12): “sendo a nossa Carta Maior tecnicamente uma Constituição compromissória, ou seja, oriunda do acordo dos mais diversos interesses e concepções políticas existentes na sociedade, a posição que com ela mais se coaduna é a de buscar a ponderação entre os valores correspondentes a cada uma das posições extremadas acima analisadas [garantia da livre concorrência e necessidades de serviço público], buscando, em um mandado de otimização, conciliá-las”.

<sup>11</sup>Conforme explica Mankiw (2013, p. 301): “Uma indústria é um monopólio natural quando uma única firma pode ofertar um bem ou serviço para um mercado inteiro a um

mercado caracterizadas por elevados custos iniciais (*sunk costs*) e, conseqüentemente, elevadas barreiras à entrada<sup>12</sup>.

Diante da natural tendência à concentração das estruturas de produção nas mãos de um ou poucos agentes econômicos nesses mercados, o objetivo precípua da regulação em tais domínios é fundamentalmente evitar possíveis abusos de posição dominante pelos detentores de estruturas teoricamente induplicáveis (SALOMÃO FILHO, 2014, p. 256-258).

O principal *trade-off* que se enfrenta na regulação de mercados identificados como monopólios naturais se relaciona à integração vertical da cadeia produtiva. Por um lado, é mesmo necessário que o agente econômico opere em mais de um dos segmentos da cadeia produtiva para que a exploração da atividade se dê de forma eficiente. Desse modo, a integração vertical permite o aproveitamento de economias de escopo e de escala no mercado *downstream*, em razão da redução de custos de transação (SAMPAIO, 2013). Por outro lado, é sempre iminente o risco de essa integração conferir margem para que o agente econômico dela detentor crie dificuldades de acesso à infraestrutura essencial aos competidores não integrados na cadeia. Este, aliás, tem sido o mote dos principais problemas concorrenciais enfrentados no setor portuário, conforme será analisado no capítulo seguinte.

Fato é que, diante de *trade-offs* como esses, as opções regulatórias assumidas pelo Estado regulador – em especial naquilo que dizem respeito ao regime jurídico das delegações de serviço público – podem ser determinantes para a viabilidade do regime concorrencial.

A esse respeito, estudo feito pela OCDE sobre as formas de concessão de serviços públicos existentes em diversas jurisdições mostra que fatores como o tempo de vigência dos contratos de concessão,<sup>13</sup> os critérios de seleção do

---

custo menor do que ocorreria se duas ou mais firmas ofertassem tal serviço ou bem. Um monopólio natural nasce quando há economias de escala na produção. Um exemplo de monopólio natural é a distribuição de água. (...) Se duas ou mais firmas competissem na prestação desse serviço, cada firma teria que pagar o custo fixo de construir uma rede de distribuição. Assim, o custo médio total é menor se uma única firma servir o mercado inteiro. (...) Isto é, para qualquer nível de produção, um número maior de firmas conduz a uma menor produção por firma e a um maior custo médio total”. (tradução livre)

<sup>12</sup>Mankiw esclarece ainda que (2013, p. 302): “Quando uma firma é monopolista natural, ela é menos preocupada com os novos entrantes. Normalmente, a firma monopolista tem problemas em manter o monopólio quando não detém um recurso essencial ou a proteção do Governo. Os monopolistas normais atraem entrantes no mercado e esses entrantes fazem-no mais competitivo. Mas, no caso dos monopólios naturais, entrar nesse mercado não é nenhum pouco atrativo. Os potenciais entrantes sabem que eles não podem atingir o mesmo baixo custo que os monopolistas desfrutaram porque, após a sua entrada, cada firma teria uma parcela menor do mercado”. (tradução livre).

<sup>13</sup>A esse respeito, estudo elaborado pela OCDE explica que (2006, p. 48): “A experiência internacional mostra que concessões de longa duração criam incentivos para os

processo licitatório,<sup>14</sup> o estabelecimento de regimes de exclusividade nas delegações<sup>15</sup> e, sobretudo, a forma de acompanhamento das obrigações contratualmente firmadas<sup>16</sup> interferem significativamente no comportamento dos agentes no mercado. Além disso, a atuação dos órgãos reguladores e da autoridade de defesa da concorrência também repercute profundamente no desempenho desses setores.

Quanto à atuação desses entes, o modelo predominante no cenário mundial consiste na atribuição dúplice de competências aos órgãos reguladores e à autoridade concorrencial para a repressão de abuso do poder econômico nos domínios regulados (UNCTAD, 2006).

Nessa relação, é desejável que as agências reguladoras atuem sobretudo preventivamente no combate aos abusos de posição dominante, por meio de normas setoriais específicas que enderecem *ex ante* as questões concorrenciais. Nesse caso, as principais metas das regulamentações devem ser (i) induzir os agentes regulados a operarem no menor custo possível e (ii) alinhar estreitamente os rendimentos aos custos do serviço, permitindo que o agente privado obtenha apenas o lucro “normal” com a sua exploração. Ademais, outros objetivos devem contemplar o estímulo à melhoria da qualidade da

---

concessionários fazerem investimentos de longo prazo, incluindo investimentos imediatos em manutenção. Já os contratos de menor duração desestimulam o investimento quando se está próximo ao fim do contrato. Por outro lado, os contratos de curto termo permitem uma competição mais acirrada já que facilitam a entrada de novos agentes e asseguram que os benefícios dessa concorrência crescente sejam refletidos mais rapidamente”. (tradução livre).

<sup>14</sup>A OCDE recomenda que (2006, p. 48): “se um processo licitatório for utilizado para a escolha do concessionário, então todas as dimensões do serviço que não fizerem parte do critério de seleção devem ser especificadas ou, se não, preparadas, a fim de se reduzir o espaço de renegociação depois do processo seletivo. Se o processo seletivo formal não for utilizado, então o Estado terá que se valer de mecanismos que afastem o favoritismo ou a corrupção na escolha dos concessionários”. (tradução livre).

<sup>15</sup> Quanto ao regime de exclusividade das delegações, considera-se que (OCDE, 2006, p. 48) “Por um lado, as delegações não exclusivas podem permitir a pressão competitiva de novos entrantes, especialmente se o mercado estivesse incorretamente associado a um monopólio natural ou se uma inovação tecnológica mudar a sua dinâmica. Mas a exclusividade pode ser necessária se, por exemplo, a remuneração dos serviços públicos depender mais de subsídios cruzados do que de outras fontes. A exclusividade pode também diminuir as vulnerabilidades da concessão, com o efeito contínuo sobre as renegociações e os custos de capital”. (tradução livre). (Idem).

<sup>16</sup>Por fim, a OCDE sugere que, na medida do possível (2006, p. 49): “sejam especificados no contrato todos os elementos que podem afetar a lucratividade do investimento, tais como as exigências de acesso universal, as restrições ou possibilidades de aumento das tarifas ou a fórmula objetiva de seu cálculo, para que um potencial concessionário possa prever suas ofertas ou estratégias negociais. Ademais, a agência deve ter autonomia e capacidade de implementação suficiente para o cumprimento adequado do contrato (*high-quality enforcement*) e para deter oportunismos políticos”. (tradução livre).

prestação, bem como a universalização dos serviços públicos (UNCTAD, 2006, p. 16).

Em relação à autoridade concorrencial, o posicionamento da UNCTAD encoraja que o controle antitruste ocorra também de forma cada vez mais profilática, sem embargos da sua tradicional atuação repressiva. Em particular, destaca-se a importância da participação dos órgãos de defesa da concorrência no processo de elaboração da regulação, por meio de recomendações e de outros mecanismos que facilitem o intercâmbio com as agências reguladoras. Nesse sentido, pondera-se que:

A autoridade de concorrência deveria participar da elaboração do regime de concessão e do seu respectivo processo licitatório, uma vez que essas fases são importantes para o aprimoramento da competição. Isso significa que a autoridade antitruste precisa se envolver mais cedo nesse processo. Isso pode ser feito por meio da advocacia da concorrência e pela elaboração, em conjunto com a agência reguladora, do regime da concessão, a fim de se maximizar as possibilidades de competição no período pós-adjudicação. (...) A autoridade antitruste poderia, por exemplo, aconselhar sobre o critério de seleção mais apropriado ou a forma mais adequada de realização do processo seletivo público (tradução livre) (UNCTAD, 2009, p. 15-16).

Na experiência brasileira – embora a participação dos órgãos do SBDC em processos de consulta pública seja cada vez mais ativa – a atuação repressiva do Cade ainda é a forma mais manifesta de repressão ao abuso de poder econômico. Essa centralidade da atuação *a posteriori* do Cade traz significativos desafios à defesa da concorrência, vez que o Conselho recebe a incumbência de contrapesar os valores buscados pela regulação setorial e, ao mesmo tempo, coibir os abusos de poder econômico, sem comprometer a prestação de serviços públicos em mercados essenciais ao desenvolvimento nacional.

### **1.3 – Os desafios do modelo de competências complementares no controle *a posteriori* de condutas nos setores regulados**

Como dito, muitas vezes o poder regulamentar das agências sopesa valores, preterindo a eficiência econômica em prol de finalidades sociais, por exemplo. Nesse sentido, é mesmo razoável que uma política regulatória restrinja a concorrência ou afaste a atuação do órgão antitruste quando estiverem em jogo valores tão caros ao Estado Democrático quanto à proteção concorrencial.

Por isso, não sem razão se afirma que, em algumas hipóteses (como comumente apontado na regulação de monopólios naturais), a atuação da autoridade antitruste pode se mostrar inoportuna diante dos objetivos buscados pela política setorial. De fato, a aplicação impensada da lei de concorrência em determinados setores pode fustigar as estratégias traçadas pelo Estado para

determinado setor. Nesses casos, o afastamento da autoridade antitruste seria imprescindível para o sucesso da política pública.

Por outro lado, também não são raros os problemas decorrentes da imunização irrestrita dos domínios regulados. Alguns autores defendem que, na análise de uma possível imunidade antitruste, deve-se levar em conta o fato de as agências reguladoras estarem flagrantemente mais expostas a riscos de captura do que a autoridade concorrencial (WILEY JR., 1986). Há quem sustente que, pelo menos na experiência institucional norte-americana, existe uma preponderância dos interesses privados nas imunizações setoriais, em geral pouco afinadas com interesse público (ELHAUGE, 1991).

Para além da discussão sobre os efeitos da captura, é possível que a norma setorial dê margem a abusos econômicos mesmo quando a regulação não tem por objetivo precípua afastar a competência da autoridade antitruste. Nesse sentido, Dogan e Lemley, ao analisar três casos emblemáticos no âmbito do direito norte-americano, sustentam que muitas normas setoriais neutras ou até mesmo intencionadas à competição podem servir para que agentes privados atuem com abuso de poder econômico (2009, p. 708). Esses autores defendem ainda que, nesses casos, as agências reguladoras não dispõem das ferramentas necessárias para identificar e solucionar os abusos de poder econômico e, por isso, a atuação do órgão antitruste seria mandatória (2009, p. 704).

Por todos esses motivos, não é tarefa fácil definir a quem cabe a palavra final quando regulação e concorrência divergem.

O ordenamento pátrio segue a tendência mundial de atribuição dúplice de competência às agências reguladoras e a uma autoridade antitruste central para coibir atos de infração à ordem econômica nos setores regulados. As deliberações tomadas pela Antaq com fundamento no art. 20, “b”, da Lei nº 10.233/01, por exemplo, embora representem um autêntico controle concorrencial, não afastam a apreciação do SBDC, que possui soberanamente o dever de punir as infrações à ordem econômica. Desse modo, há uma clara sobreposição de competências dos dois órgãos na proteção concorrencial no setor.

Assim, no direito concorrencial brasileiro, o entendimento predominante por parte da doutrina é de que inexistente imunidade antitruste aos setores regulados.<sup>17</sup> Como pondera Marques Neto:

---

<sup>17</sup>Na doutrina nacional, posicionamento contrário é defendido por Calixto Salomão Filho, que considera que existe uma única hipótese de imunidade antitruste. Segundo este autor (2008, p. 704): “a não aplicação do sistema concorrencial só é admissível quando o Estado substitui o mercado na determinação das variáveis fundamentais da empresa e fiscaliza efetivamente seu cumprimento pelos particulares – ou seja, quando cria *diretamente* a utilidade pública”.

Não há que se falar em reservas de regulação, em setores imunes à regulação geral antitruste e consumista. 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 qualquer de suas diversas aplicações, não podem excluir os pressupostos ensejadores da regulação geral (2002, p. 42).

Ademais, o próprio texto da Lei nº 12.529/11 parece corroborar esta tese, ao firmar a aplicabilidade geral da lei antitruste aos agentes públicos e privados, sejam eles prestadores de atividade econômica em sentido estrito ou submetidos a regime de monopólio constitucional:

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.

No âmbito da jurisprudência do Cade, também é praticamente unânime o entendimento de que nem a antiga Lei nº 8.884/94 nem a atual Lei nº 12.529/11 conferem isenção antitruste completa aos setores regulados. Embora em alguns precedentes mais longínquos o Conselho tenha negado sua competência para dirimir conflitos nesses setores,<sup>18</sup> a sua jurisprudência pós 1998 é relativamente remansosa em reconhecer que a sua atuação se estende a essas áreas.<sup>19</sup>

No entanto, o modelo de complementariedade de competência traz algumas dificuldades práticas. Como conviveriam duas decisões contrárias do ente regulador e do Cade acerca de uma mesma conduta? Afinal, a quem cabe a palavra final em caso de conflito de competências entre os órgãos reguladores e o sistema de defesa da concorrência? Não há resposta incontroversa a esses questionamentos.

A posição dominante na doutrina parece ser o da prevalência do juízo da agência reguladora, em razão de sua especialidade e do papel essencial que esses entes detêm no controle da prestação de serviços públicos. A esse respeito, defende Aragão:

Nos casos da regulação da agência incidir sobre serviços públicos, entendemos que, em razão das particularidades e dificuldades para que a competição seja implantada, o que faz com que esta deva ser buscada com especial atenção aos demais objetivos regulatórios, a última palavra deve ser da agência reguladora, ressalvada, obviamente, a existência de dispositivo legal em sentido contrário (grifo nosso) (ARAGÃO, 2002, p. 294).

---

<sup>18</sup>Cf. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 20/1992. Voto do Conselheiro-relator Marcelo Monteiro Soares, acórdão publicado no DOU de 24 de agosto de 1994.

<sup>19</sup>

Do mesmo modo, Sampaio esclarece a atuação do Cade não pode ser subsidiada pela análise de legalidade ou de constitucionalidade dos atos ou decisões regulatórias e, por isso, não seria permitido ao SBDC ignorar o teor das decisões das agências reguladoras e nem contrariá-las. Nesse sentido, esclarece que:

Em decorrência do princípio da segurança jurídica e das limitações de suas competências outorgadas pela Lei de Defesa da Concorrência, o Cade não poderia simplesmente declarar administrativamente a ilegalidade ou inconstitucionalidade do ato normativo regulatório anticompetitivo, nem ignorar o seu teor em suas decisões, especialmente se o fizer com o intuito de apenar um agente econômico que tenha simplesmente observado a norma regulatória em vigor. O Cade não possui hierarquia sobre as entidades reguladoras setoriais nem competência para fazer controle de legalidade ou constitucionalidade de seus atos (SAMPAIO, 2013, p. e-Book).

Essas formulações, no entanto, também não são imunes a críticas. Na realidade, o mesmo argumento que rechaça a possibilidade de o órgão antitruste formular juízos acerca da legalidade da norma setorial – a ausência de hierarquia entre as autarquias reguladoras – também convém para refutar a tese de que o Cade estaria fadado a reproduzir integralmente os posicionamentos de qualquer outro ente da Administração Pública Federal.

Nesses termos, é possível sustentar que as competências do Cade e das agências reguladoras, além de complementares, são independentes, já que inexistente a possibilidade de esses entes terem suas decisões casadas uns pelos outros. Logo, mesmo quando a lei setorial atribui a órgão externo ao SBDC competência para reprimir as infrações contra a ordem econômica, a extensão da atuação do Cade permanece soberana e irredutível.<sup>20</sup>

---

<sup>20</sup>Entendimento semelhante foi esposado em parecer da Procuradoria Geral do Cade (ProCade), de lavra do então procurador federal Arthur Badin, no qual foi analisado suposto conflito de competência entre Cade e Anatel. No referido parecer, a Procuradoria esclareceu que: “se Anatel e Cade complementam suas funções para respaldo do interesse público, disciplinando o serviço e velando para que não se deem práticas infrativas ao mercado, nem o Cade pode dizer quando e qual a regulação a ser implementada pela Anatel, a qual profere seus juízos dentro de critérios de conveniência e oportunidade, nem a Anatel pode decidir definitivamente sobre prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, já que, segundo o disposto no art. 19, XIX, da Lei 9.472/1997, esta atribuição pertence ao Cade. Por fim, insta afirmar que se o Cade, ao apreciar critérios econômicos utilizados pela Anatel, ou por qualquer outro regulador, verificar a não otimização dos aspectos competitivos, pode preferir ato de constatação, demonstrando as deficiências ou lacunas no disciplinamento do mercado regulado”. (Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 53500.005770/2002. Parecer da Procuradoria Geral do Cade nº 555/2006 de lavra do procurador Federal Arthur Badin, publicado no DOU de 06 de dezembro de 2006).

Posição semelhante a essa foi perfilada pelo voto vencedor do ex-Conselheiro Ricardo Cueva no caso THC 2 do Porto de Santos, caso que será mais detidamente analisado no próximo capítulo. Nesse voto, esclareceu-se que:

Ao Cade não é dado o poder de revisão dos dispositivos emanados pelo poder regulador, mormente quando tais dispositivos dizem respeito à regulação técnica e econômica de determinado setor. Não é o Cade um 'revisor' de políticas públicas, porque, em agindo assim, estaria atentando contra os postulados básicos da legalidade e de toda a doutrina que informa a atividade dos órgãos reguladores. Entretanto, *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 8.884/1994, de resto em perfeita harmonia com o arcabouço jurídico-institucional vigente.* Assim, é irrelevante, para ao aplicador 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 (grifos nossos).<sup>21</sup>

É claro que na análise de uma possível infração, o Cade pode optar por privilegiar a segurança jurídica do administrado e decidir, por exemplo, que a manifestação do ente regulador afastou a reprovabilidade da conduta. Nessas hipóteses, no entanto, poder-se-ia sustentar que a imunização emergiria dos fundamentos da decisão da autoridade antitruste e não da mera existência de decisão anterior da agência.

De todo modo, não há resposta absoluta a questionamentos dessa natureza. O risco de existirem deliberações antagônicas é inerente à dúplice atribuição de competências. Nessas hipóteses, a única prescrição institucional viável parece ser o exercício da competência, conferida à Advocacia Geral da União, de zelar pela harmonização do direito no âmbito da Administração Federal<sup>22</sup>. Ademais, haverá sempre a possibilidade de judicialização da controvérsia.

## Capítulo II: Os Desafios da Concorrência no Setor Portuário

Estabelecido o marco teórico a respeito dos fundamentos e objetivos da regulação e da concorrência, a segunda parte deste trabalho analisará a atuação do Cade na defesa da concorrência no setor portuário quando da vigência da Lei nº 8.630/93.

<sup>21</sup>Cf. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.007443/1999-17, Tribunal Administrativo, voto do conselheiro Ricardo Villas Boas Cueva, publicado no DOU de 27 de abril de 2005.

<sup>22</sup>O art. 4º, XI, da Lei Complementar 73/93 dispõe que: são atribuições do Advogado-Geral da União: XI - unificar a jurisprudência administrativa, garantir a correta aplicação das leis, prevenir e dirimir as controvérsias entre os órgãos jurídicos da Administração Federal.

Tal qual sustentado na primeira parte desta obra, serão verificadas quais as repercussões das opções regulatórias adotadas pela antiga legislação na viabilidade da promoção da concorrência no setor. Será dado especial relevo ao mercado de movimentação de cargas aquaviárias, segmento mais fortemente submetido ao regime concorrencial no antigo regime portuário. Em especial, será detalhadamente investigada uma das mais delicadas celeumas concorrenciais do setor: a cobrança de preços não expressamente previstos em contratos administrativos de arrendamento portuário, como suposta forma de restrição competitiva (tal qual ocorreu com as chamadas “taxas” THC 2 ou SEE).

O objetivo do capítulo será identificar as principais causas dos problemas concorrenciais no setor portuário sob a égide da Lei nº 8.630/93 e, nessa perspectiva, avaliar quais desafios foram postos à nova lei a respeito do tema.

## **2.1 - O regime da Lei nº 8.630/93 e a centralidade da competição intraportuária**

Até 1990, os portos nacionais eram organizados e mantidos exclusivamente pela Empresa de Portos do Brasil S.A. (Portobrás), que controlava as chamadas Companhias Docas. Após a extinção da empresa pública naquele ano, a exploração e administração dos Portos Organizados ficaram a cargo apenas dessas companhias. Porém, com o advento da Lei nº 8.630/93, a exploração dessas estruturas deixou de ser exclusiva dessas estatais. Possibilitou-se a delegação dos serviços portuários à iniciativa privada, por meio de três instrumentos: a concessão<sup>23</sup>, (que consistia na transferência ao particular da operação de todo o Porto Organizado<sup>24</sup>, incluindo sua administração); o arrendamento (que habilitava o agente privado a explorar apenas as instalações portuárias no interior desses portos); e a autorização<sup>25</sup>(por meio da qual o titular

---

<sup>23</sup>Lei nº 8.630 de 25 de fevereiro de 1993, art. 33: a Administração do Porto é exercida diretamente pela União ou pela entidade concessionária do Porto Organizado.

<sup>24</sup>Lei nº 8.630 de 25 de fevereiro de 1993, art. 1º, I: Porto Organizado: o construído e aparelhado para atender às necessidades da navegação, da movimentação de passageiros ou da movimentação e armazenagem de mercadorias, concedido ou explorado pela União, cujo tráfego e operações portuárias estejam sob a jurisdição de uma autoridade portuária;

<sup>25</sup>Lei nº 8.630 de 25 de fevereiro de 1993, art. 4º: fica assegurado ao interessado o direito de construir, reformar, ampliar, melhorar, arrendar e explorar instalação portuária, dependendo: I - de contrato de arrendamento, celebrado com a União no caso de exploração direta, ou com sua concessionária, sempre através de licitação, quando localizada dentro dos limites da área do Porto Organizado; II - de autorização do ministério competente, quando se tratar de terminal de uso privativo, desde que fora da área do Porto Organizado, ou quando o interessado for titular do domínio útil do terreno, mesmo que situado dentro da área do Porto Organizado. III - de autorização do órgão

a construía e explorava os terminais de uso privativo ou de uso misto fora da área dos Portos Organizados).

Além dessas previsões, a então denominada lei de modernização portuária trouxe ainda uma mudança paradigmática: a implantação do modelo *Landlord Port*<sup>26</sup>. Este consistia em um regime jurídico de repartição de custos de manutenção da estrutura portuária, que serviria para viabilizar a gestão desses empreendimentos em parceria com a iniciativa privada. Nesse modelo, o Estado assume o compromisso de cobrir os gastos de instalação e manutenção da chamada “infraestrutura portuária”, que corresponde às estruturas de proteção (como quebra-mares e moles) e de acesso (como os canais ou bacias de evolução). Já os arrendatários, por sua vez, assumem somente os custos da chamada “superestrutura portuária”, que congrega apenas as instalações e equipamentos utilizados na movimentação de cargas.

Com essas transformações, permitiu-se a instauração de um regime de concorrência na prestação de serviços portuários. Essa competição se desenvolvia em duas dimensões: (i) entre instalações portuárias localizadas dentro de um mesmo Porto Organizado (competição intraportuária) e (ii) entre instalações localizadas em portos diferentes (competição interportuária). Como bem esclarece a OCDE, analisando o modelo de *Landlord Port*:

É importante diferenciar a provisão da infraestrutura do porto da provisão de serviços de suporte e de instalações (facilities) nele localizadas. Os provedores de infraestrutura competem com outras instalações portuárias visando atrair volumes para o seu porto (competição interportuária). Por outro lado, a competição nos mercados *downstream*, como ocorre nos serviços de carregamento e descarregamento de cargas, pode caracterizar uma concorrência entre entes atuantes dentro de um mesmo porto (competição intraportuária) (tradução livre). (2011, p. 210).

Na vigência da Lei nº 8.630/93, existiam peculiaridades que limitavam a competição nesses dois níveis. No âmbito intraportuário, por exemplo, a concorrência era restringida pelo número limitado de instalações portuárias nos

---

competente, quando se tratar de Instalação Portuária Pública de Pequeno Porte, de Estação de Transbordo de Cargas ou de terminal de uso privativo, desde que fora da área do Porto Organizado, ou quando o interessado for titular do domínio útil do terreno, mesmo que situado dentro da área do Porto Organizado.

<sup>26</sup>A repartição de custos no modelo *Landlord Port* foi explicada de forma clara no voto do Conselheiro Luiz Prado, no Processo Administrativo nº 08012.007443/1999-17: “A autoridade portuária é proprietária da área do porto e da sua infraestrutura. Entretanto, terrenos e instalações na área do porto, assim como a infraestrutura portuária, são arrendados para operadores privados. Esses arrendatários são responsáveis por implantar e desenvolver os equipamentos portuários (...). Os operadores portuários são responsáveis pela gestão de seus negócios, inclusive contratando a mão de obra que opera nas docas ou em atividades administrativas, pela segurança de suas instalações e pelo desenvolvimento de outras atividades relacionadas ao seu negócio.

Portos Organizados. Já no âmbito interportuário, a competição só realmente se configurava quando se estivesse diante de terminais operantes no mesmo tipo de cargas e em localidade geográfica relativamente próxima, situação que dificilmente se configurava. Some-se a isso o fato de que, no regime da lei de 1993, havia uma restrição ao transporte das chamadas “cargas de terceiros” nos terminais privados, o que também obstruía a competição interportuária, conforme será explicado no próximo capítulo.

A respeito das dificuldades de se configurar a concorrência interportuária, destacam-se as considerações do ex-Conselheiro e atual Presidente do Cade Vinícius Marques de Carvalho em seu voto no Ato de Concentração nº 08012.007025/2008-72:

A definição da dimensão geográfica do mercado relevante no caso de serviços portuários deve considerar que a concorrência pode ocorrer tanto na dimensão *inter-portuária* quanto na dimensão *intra-portos*.

(...) A competição entre portos é mais complexa, incluindo os fatores ou vantagens competitivas. Essas vantagens podem ser agrupadas em dois grandes blocos: a) Facilidades marítimas e terrestres: profundidades (calado), número de berços, especialização dos berços (terminais); áreas de estocagem, fatores de produção adequados: mão-de-obra e equipamentos, custos operacionais, acessos terrestres adequados; e b) Administração portuária: estruturas enxutas, estruturas voltadas para o cliente portuário; atuação comercial; forte marketing; preservação do meio ambiente; parcerias privadas; interfaces adequadas (autoridades e sociedade).<sup>27</sup>

Por essas razões, na maioria dos atos de concentrações julgados pelo Cade no setor portuário sob a égide da antiga lei, o mercado relevante geográfico delimitado abrangia um único porto<sup>28</sup>. Apenas excepcionalmente considerava-se a existência de competição entre instalações localizadas em portos distintos.<sup>29</sup>

---

<sup>27</sup>Cf. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração nº 08012.007025/2008-72, Tribunal Administrativo, voto do Conselheiro-relator Vinícius Marques Carvalho, acórdão publicado no DOU de 9 de julho de 2010.

<sup>28</sup>Cf. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração 08012.009940/2006-31, Conselheiro-relator Abraham Siscú, acórdão publicado no DOU de 30 de abril de 2007; AC 08012.007025/2008-72, Conselheiro-relator Vinícius Marques Carvalho, acórdão publicado no DOU de 9 de julho de 2010; AC 08012.002245/2005-67, Conselheiro-relator Ricardo Villas Boas Cueva, acórdão publicado no DOU de 7 de novembro de 2005; Ato de Concentração 08012.008882/1999-92, Conselheiro-relator Thompson Almeida Andrade, acórdão publicado no DOU de 13 de setembro de 2000 e Ato de Concentração 08012.002489/2008-92, Conselheiro-relator Ricardo Villas Boas Cueva, acórdão publicado no DOU de 22 de julho de 2008.

<sup>29</sup>Cf. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração nº 08012.000225/1998, Conselheiro-relator Ruy Santacruz, acórdão publicado no DOU de

Assim, é possível considerar que, no quadro regulatório da Lei n. 8.630/93, o desenvolvimento da concorrência estava centralizado na competição pela movimentação e armazenagem de cargas aquaviárias dentro de um mesmo Porto Organizado.

O próximo tópico analisará a dinâmica da prestação de serviços portuários nesses espaços, destacando os principais problemas concorrenciais que lhes são correlatos.

## **2.2 – A movimentação e armazenagem de cargas nos Portos Organizados e os problemas concorrenciais envolvidos**

Com a Lei nº 8.630/93, a movimentação de cargas no âmbito dos Portos Organizados passou a ser realizada pelos Operadores Portuários,<sup>30</sup> pessoas jurídicas de direito privado que celebram contrato de arrendamento com o poder público, assumindo a execução desses serviços públicos. Esses operadores se encarregam tanto do deslocamento das cargas dos porões dos navios até o cais (estiva),<sup>31</sup> quanto da movimentação delas ao longo das instalações portuárias (capatazia).<sup>32</sup>

Nesse regime, os fluxos de importação e exportação de mercadorias são desempenhados da seguinte maneira: os armadores<sup>33</sup> contratam com os Operadores Portuários os serviços de atracação, estiva e movimentação horizontal de cargas no porto. Esses operadores tomam a carga e transportam-na

---

12 de abril de 2000 e Ato de Concentração nº 08012.003535/0001-02, acórdão publicado no DOU de 25 de setembro de 2002.

<sup>30</sup>Lei 12.815 de 5 de junho de 2013, art. 2º, XIII: considera-se operador portuário: pessoa jurídica pré-qualificada para exercer as atividades de movimentação de passageiros ou movimentação e armazenagem de mercadorias, destinadas ou provenientes de transporte aquaviário, dentro da área do Porto Organizado. Correspondente ao art. 1, § 1º, III, da Lei nº 8.630/93.

<sup>31</sup>Lei nº 12.815 de 5 de junho de 2013, art. 40, § 1º, II: estiva: atividade de movimentação de mercadorias nos conveses ou nos porões das embarcações principais ou auxiliares, incluindo o transbordo, arrumação, peação e despeação, bem como o carregamento e a descarga, quando realizados com equipamentos de bordo. Correspondente ao art. 57, § 3º, II, da Lei nº 8.630/93.

<sup>32</sup>Lei nº 12.815 de 5 de junho de 2013, art. 40, § 1º, I: capatazia: 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. Correspondente ao art. 57, § 3º, I, da Lei nº 8.630/93.

<sup>33</sup>Lei nº 9.537 de 11 de dezembro de 1997, art 2º, III: armador - pessoa física ou jurídica que, em seu nome e sob sua responsabilidade, apresta a embarcação com fins comerciais, pondo-a ou não a navegar por sua conta;

até os terminais de armazenagem, onde elas aguardam até serem entregues aos importadores.

Essa armazenagem para posterior entrega ocorre historicamente em armazéns mantidos pelos próprios Operadores Portuários no interior do Porto Organizado. Assim, esses operadores em verdade são responsáveis, não só pela movimentação de carga, mas também pela sua respectiva armazenagem.

Esses serviços são remunerados por tarifas, assim como ocorre nas concessões de serviços públicos em geral. No setor portuário, as tarifas de movimentação de cargas recebem tradicionalmente o nome de *box rate*. Por sua vez, quando somada ao frete cobrado pelos armadores, essa tarifa passa a se chamar *Terminal Handling Charge* (THC) ou preço de capatazia. A definição dos serviços remunerados por esses preços é feita nos contratos de arrendamento celebrados com o Poder Público.

A experiência do SBDC no controle de condutas anticoncorrenciais no setor portuário mostra que muitos desses contratos não logram definir com exatidão que preços poderão ser cobrados pelos Operadores Portuários e que serviços eles estarão efetivamente prestando. As minutas dessas avenças geralmente estabelecem uma delegação aberta da exploração de serviços aos agentes privados, por vezes atribuindo-lhes liberdade demasiadamente ampla na cobrança dessas tarifas.

Essas “brechas” ou “vazios regulatórios” têm sido apontados como as principais causas de infração a ordem econômica no setor portuário. Como bem observado pela Superintendência Geral do Cade, em parecer exarado no âmbito do Processo Administrativo nº 08012.005422/2003-03:

(...) Os Operadores Portuários têm sido livres para criarem taxas e se remunerar, muitas vezes de forma anticompetitiva. Isso é possibilitado pela previsão, na maioria dos contratos de concessão ou arrendamento de terminais portuários, de que os serviços não previstos em contrato fossem remunerados por preço estabelecido pelo próprio concessionário. Juntando-se essa cláusula a interpretações destoantes da extensão do serviço em contrato, a alterações na estrutura regulatória e à imposição de novas obrigações regulatórias ao contrato assinado, *apresenta-se o setor portuário como concorrencialmente sensível, vulnerável à prática de condutas anticoncorrenciais, por conta de brechas da regulação setorial*<sup>34</sup> [grifo nosso].

A fim de investigar como essas “brechas regulatórias” interferem no exercício de promoção da concorrência no setor, será analisada no próximo tópico a conduta mais comumente investigada pelo SBDC no mercado de

---

<sup>34</sup>Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.005422/2003-03, Superintendência Geral do Cade, Nota Técnica nº 310, publicada no DOU de 8 de outubro de 2014.

movimentação de cargas aquaviárias, qual seja a cobrança de preços das chamadas THC 2 ou Taxas de Segregação e Entrega (SEE).

### 2.2.1 – Análise de caso: a cobrança da *Terminal Handling Charge 2* (THC2) ou Taxa de Segregação e Entrega (SEE)

Nas últimas décadas, os casos mais relevantes de infração à ordem econômica no setor portuário investigados pelo Cade estavam relacionados a essa cobrança de preços por serviços supostamente adicionais pelos Operadores Portuários, sem que tais serviços estivessem previstos no contrato administrativo firmado com o Poder Público.

Condutas desse gênero foram objeto de uma condenação<sup>35</sup> pelo SBDC e atualmente são investigadas em quatro processos administrativos ainda pendentes de decisão do Tribunal Administrativo do Cade.<sup>36</sup> No âmbito da Antaq, a prática foi analisada em três julgados do Conselho Diretor,<sup>37</sup> tendo sido objeto de duas resoluções da Agência<sup>38</sup>.

Dentre as práticas anticompetitivas analisadas, a que mais se destaca é a cobrança diferenciada de “taxa” com o objetivo de restituir ou limitar a concorrência no mercado de armazenagem alfandegada, denominada THC 2. Essa questão foi tratada em processos administrativos julgados tanto pelo Cade<sup>39</sup> quanto pela Antaq (no caso dos Portos de Santos e Salvador).<sup>40</sup> O problema se desenvolvia da seguinte maneira.

---

<sup>35</sup>Cf. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.007443/1997-17 (caso THC 2 no Porto de Santos), Acórdão do Tribunal Administrativo publicado no DOU de 27 de abril de 2005.

<sup>36</sup>Cf. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processos Administrativos nº 08012.001518/2006-37, nº 08012.009690/2006-39, nº 08012.5422/2003-03 e nº 08012.003824/2002-84.

<sup>37</sup>Cf. Agência Nacional de Transportes Aquaviários. Processo Administrativo nº 50300.000022/2002, acórdão do Conselho Diretor, publicado no DOU de 18 de novembro de 2003; Processo Administrativo nº 50300.000159/2002, acórdão do Conselho Diretor, publicado no DOU de 17 de fevereiro de 2005 e Processo Administrativo nº 50300.00159/2002, acórdão do Conselho Diretor, acórdão publicado no DOU de 10 de maio de 2005.

<sup>38</sup>Cf. Agência Nacional de Transportes Aquaviários. Resolução nº 2.059/11, publicada no DOU de 9 de maio de 2011 e Resolução nº 2.389/12, publicado no DUO de 13 de fevereiro de 2012.

<sup>39</sup>Cf. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.007443/1997-17.

<sup>40</sup>Agência Nacional de Transportes Aquaviários. Processos Administrativos nº 50300.000022/2002 (THC 2 no Porto de Salvador) e 50300.000159/2002 (THC 2 no Porto de Santos).

A partir da implantação dos chamados Terminais Retroportuários Alfandegários<sup>41</sup> – que posteriormente foram unificados na classificação de “portos secos”<sup>42</sup> –, os Operadores Portuários passaram a competir, especificamente no mercado de armazenagem de cargas aquaviárias, com esses terminais localizados fora do porto. Após o ingresso desses novos competidores, os Operadores Portuários passaram a exigir dos usuários de serviços portuários tarifas adicionais não inicialmente previstas na cobrança pela movimentação de cargas. A justificativa frequentemente defendida era de que a separação das cargas destinadas a recintos alfandegários localizados fora do porto envolveria custos adicionais não cobertos pela taxa THC, tradicionalmente cobrada. Assim, os Operadores Portuários sustentavam que, para fazer frente a esses gastos suplementares envolvidos na “segregação e entrega” de contêineres, seria legítima a cobrança de uma nova “taxa”<sup>43</sup>, intitulada “THC 2” ou “taxa de segregação e entrega” (SEE).

A primeira decisão acerca do tema foi exarada pela Antaq ainda em 2003. No âmbito do Processo Administrativo nº 50300.000022/2002, que investigava a cobrança de THC 2 no Porto de Salvador, o Conselho-Diretor da Agência decidiu que o serviço de movimentação de cargas destinadas a outros recintos alfandegados “está totalmente abrangido pelo conceito do serviço de movimentação de contêineres consagrado no contrato de arrendamento”<sup>44</sup> e, por isso, não seria legítima a cobrança da “taxa” THC 2. A decisão do órgão regulador remeteu ainda o processo ao Cade, por considerar a existência de indícios de infração à ordem econômica que poderiam ser puníveis por esta autarquia. A conduta foi autuada pelo SBDC, estando ainda pendente de julgamento<sup>45</sup>.

---

<sup>41</sup>Os Terminais Retroportuários Alfandegários (TRAs) foram inicialmente regulamentados no Decreto nº 1.910/96, que os conceituou, em seu art. 1º, como: “instalações destinadas à prestação dos serviços públicos de movimentação e armazenagem de mercadorias importadas ou a exportar, não localizadas em área de porto ou aeroporto”.

<sup>42</sup>O Decreto nº 2.168/97 unificou as quatro classificações de TRAs previstas no diploma anterior, passando a prever em seu art. 3º uma modalidade única de terminal. Em 2002, o Decreto 4.543/02 manteve esse modelo único, cunhando o termo “portos secos”.

<sup>43</sup>Insta salientar que a expressão “taxa THC 2” que se tornou popular no jargão portuário carrega uma imprecisão técnica. Na realidade, não se trata de uma “taxa” propriamente dita, mas sim de uma mera tarifa, já que não há disposição legal que autorize sua cobrança.

<sup>44</sup>Cf. Agência Nacional de Transportes Aquaviários. Processo Administrativo nº 50300.000022/02, Acórdão do Conselho Diretor, acórdão publicado no DOU de 17 de junho de 2003.

<sup>45</sup>A cobrança de THC 2 no Porto de Salvador também está sendo investigada pelo SBDC no Processo Administrativo nº 08012.003824.2002-84, ainda pendente de julgamento pelo Tribunal Administrativo do Cade.

Em 2005, a Antaq voltou ao tema no julgamento do Processo Administrativo nº 50300.000159/2002, em que se investigava conduta análoga, desta vez ocorrida no Porto de Santos. Nessa segunda oportunidade, a conduta investigada pela agência foi ainda posteriormente julgada pelo Cade, tendo as decisões do órgão regulador e do SBDC dissentido acerca da legalidade da taxa: enquanto a Antaq considerou a conduta legítima,<sup>46</sup> o Cade julgou-a contrária à ordem econômica.<sup>47</sup>

Do ponto de vista contratual, a questão não parecia de fácil resolução. Embora o edital de Licitação para o arrendamento do TECON-1 houvesse definido quais serviços básicos seriam remunerados pela Taxa de Movimentação de Contêineres, o mesmo edital trazia a previsão de que após 36 (trinta e seis) meses de operação, o preço desses serviços seria livremente negociado. Ocorre que nem o edital, tampouco o contrato administrativo definiam se os serviços “segregação e entrega” de fato gerariam custos adicionais que poderiam justificar cobranças suplementares aos importadores que optassem por armazenar suas cargas em TRAs. Essas brechas regulatórias no contrato administrativo deram margem para a perpetuação da conduta.

No âmbito do Cade, o voto que se sagrou vencedor no julgamento, de lavra do Conselheiro Ricardo Cueva, consignou que os mercados de movimentação de contêineres e de armazenagem, embora distintos, são intimamente relacionados, porquanto o armazenamento das mercadorias pressupõe a sua prévia movimentação do cais até o retroporto. Por isso, seria possível considerar os Operadores Portuários como “monopolistas de um insumo essencial ou de um bem infungível” e, por essa configuração, esses operadores teriam poder para impor os preços de “segregação e entrega”, independentemente da participação de mercado detida individualmente por cada um deles.

O voto esclareceu ainda que a integração vertical desses dois mercados constitui um ambiente propício para o desenvolvimento de infrações à ordem econômica. Nesses termos, ponderou que “os terminais portuários aproveitam-se da sua posição na cadeia logística de importação marítima de mercadorias para falsear um mercado cativo de liberação de contêineres, por meio da cobrança da THC 2 imposta aos recintos alfandegados”. Por todos esses motivos, o Tribunal Administrativo do Cade deliberou que a conduta constituía infração à ordem

---

<sup>46</sup>Cf. Agência Nacional de Transportes Aquaviários. Processo Administrativo nº 50300.000159/2002, Acórdão do Conselho Diretor, acórdão publicado no DOU de 17 de fevereiro de 2005.

<sup>47</sup>Cf. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.007443/1999-17, Tribunal Administrativo, voto do conselheiro Ricardo Villas Boas Cueva, publicado no DOU de 27 de abril de 2005.

econômica, por restringir a concorrência no mercado de armazenagem alfandegária no porto de Santos.

Ainda em 2005, após as decisões do Cade e da Antaq, a Companhia Docas do Estado de São Paulo (CODESP), sociedade de economia mista responsável pela administração do Porto de Santos, expediu regulamento, fixando preço máximo a ser cobrado por transferência de contêiner cheio para os recintos alfandegados localizados na Baixada Santista. Nos termos da Decisão DIREXE nº 371/2005, o valor máximo corresponderia “à atualização pelo IGP-M da Taxa 13 da Tabela M cobrada pela Codesp e vigente em 31/08/1996”.<sup>48</sup> No ano seguinte, a Codesp ainda expediu uma segunda ampliando o referido teto preço.<sup>49</sup>

O tema foi novamente objeto de manifestação do Conselho Diretor da Antaq no Acórdão 13/2010 da Agência. Esta decisão corroborou a legalidade da cobrança da taxa THC 2, esclarecendo que “há custos adicionais para a segregação e entrega de contêineres aos Recintos Alfandegários independentes”. O acórdão ainda pôs fim a um debate acerca da competência para fixar a regulamentação dos preços da THC 2, declarando legítima a cobrança de preços máximos estabelecida pela Codesp e recomendando “que a Codesp regulamente a cobrança de THC 2 por meio do preço fixo, determinado e limitado”.<sup>50</sup>

Diante das divergências sobre o tema, a Antaq constituiu grupo de trabalho para a elaboração de norma apta a regular a remuneração dos serviços de movimentação portuária. Os trabalhos da comissão resultaram na Resolução nº 2.389/12, que estabeleceu novos parâmetros regulatórios a serem observados na prestação dos serviços de movimentação e armazenagem de contêineres. A normativa trouxe novas definições de *box rate* e de THC, que modificaram profundamente a compreensão do problema.

Nos termos da normativa, *box rate* e THC passaram a apresentar a seguinte abrangência:

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 pelo prazo contratado entre empresa de navegação e operador portuário, no caso da exportação, ou entre o porão da embarcação e sua colocação na pilha do terminal portuário no caso da importação;

---

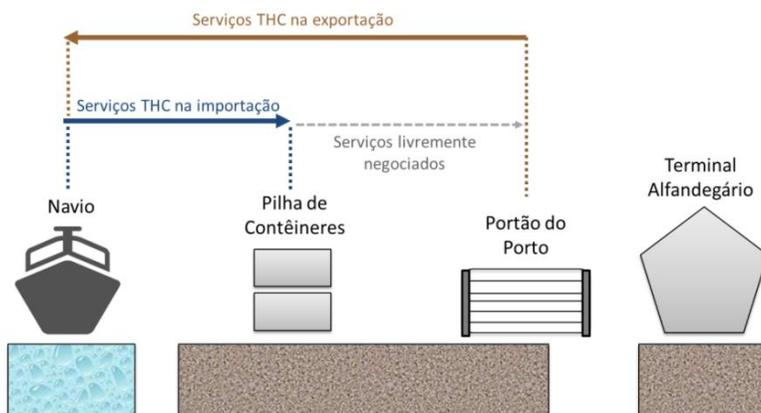
<sup>48</sup>Companhia Docas do Estado de São Paulo. Decisão DIREXE nº 371 de 7 de julho de 2005.

<sup>49</sup>Companhia Docas do Estado de São Paulo. Decisão DIREXE nº 50 de 31 de janeiro de 2006.

<sup>50</sup>Agência Nacional de Transportes Aquaviários. Processo Administrativo nº 50300.00159/2002, Acórdão nº 13 do Conselho Diretor, publicado no DOU de 10 de maio de 2005.

VII – Taxa de Movimentação no Terminal (Terminal Handling Charge – THC): ressarcimento do preço cobrado pelos serviços de movimentação de cargas entre o portão do terminal portuário e o costado da embarcação, incluída a guarda transitória das cargas pelo prazo contratado entre empresa de navegação e operador portuário, no caso da exportação, ou entre o costado da embarcação e sua colocação na pilha do terminal portuário no caso da importação;

Assim, ao invés de considerar que os serviços de custódia e entrega eram alcançados pela THC, a resolução diferiu a abrangência da *box rate* – e por conseguinte do THC – nas operações de exportação e importação. Nos termos da normativa, enquanto na exportação, a THC ressarciria a movimentação da carga e a sua guarda transitória, na importação a tarifa remuneraria apenas a movimentação entre o costado da embarcação até a sua colocação na pilha do terminal, como esclarecido na figura abaixo:



**Figura 1** – Serviços remunerados pela THC nos termos da Resolução nº 2.389/12 da Antaq

Conforme se pode visualizar no Gráfico 1 acima, a resolução deixou margem para que fossem contratados outros serviços não abrangidos pela THC no sentido da importação. Nos termos da normativa, esses serviços podem livremente negociados pelos Operadores Portuários, desde que obedecidas as determinações da administração portuária:

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 as 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.

Tais disposições foram severamente criticadas por órgãos do SBDC envolvidos no processo de Audiência Pública que resultou na edição da Resolução. A Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda – Seae/MF, em seu Parecer Analítico sobre Regras Regulatórias nº 15/11, por exemplo, asseverou que as definições de THC trazidas pela normativa representam uma “inadequada simplificação conceitual”. No mesmo sentido foi a manifestação da presidência do Cade na Audiência Pública, que se mostrou totalmente contrária ao texto da norma<sup>51</sup>.

### *2.3.1.1 – Perspectivas de enfretamento do problema nos casos ainda não julgados pelo Cade*

No caso da cobrança das “taxas de segregação e entrega”, a sequência de decisões do Cade, da Codesp e da Antaq conferiram notável complexidade à definição da legalidade da conduta no tempo. Como já relatado, a decisão condenatória do Cade no Processo Administrativo 08012.007443/1997-17 foi exarada em abril de 2005 e, três meses após a publicação deste acórdão, a Codesp publicou a Decisão DIREXE nº 371/2005, fixando preços máximos de “segregação e entrega de contêineres” no mesmo Porto de Santos. Ainda outra regulamentação da Codesp, a DIREXE nº 50/2006, ampliou o referido teto. O quadro abaixo sintetiza o histórico:

---

<sup>51</sup>“(…) A THC 2 não é um preço sujeito às forças do mercado, porque não há mercado ao redor de sua cobrança. Nesse caso, mercado opções de escolha e alternativas de oferta ponderadas pelo preço. Além do mais, não há qualquer produto ou serviço casado ao pagamento do THC2. [...] Não se trata apenas de obrigações desproporcionais, mas de um contrato imposto. Os armazéns secos se veem diante da seguinte situação: ou pagam a chamada THC 2 ou não retiram um contêiner inteiro de mercadorias. Não há razão para tornar tal conduta aceitável. [...] Por todo o exposto, solicita-se que a ANTAQ expressamente proíba a cobrança da THC 2, em consonância com a decisão do CADE no Processo Administrativo nº 08012.007443/99-17, reconhecendo que supostos serviços remunerados por essa “taxa” já estariam sendo devidamente remunerados pelo Box Rate, pago pelos importadores/exportadores por meio dos armadores”. (Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ofício nº 1087/11 da Presidência do Cade, remetido em 24 de maio de 2011).



**Figura 2** – Histórico de decisões e regulamentações setoriais acerca da legalidade da THC 2

Em seguida, a Antaq publicou o Acórdão nº 13/2010, decisão que reafirmou o posicionamento da agência no sentido de entender legítima a cobrança da taxa de “segregação e entrega” no Porto de Santos, porém ressaltando que este entendimento foi casuístico e que, por isso, não merecia reforma a decisão do Porto de Salvador tomada em 2003. Por fim, sobreveio ainda a Resolução nº 2.389/12, já explicada.

Diante dessa gama de decisões e regulações setoriais antagônicas, questiona-se: em que momentos sinalizados de (2) a (5) no Gráfico 2, o SBDC poderia considerar a conduta ilícita nos processos administrativos ainda não julgados?

Em recente parecer exarado no âmbito do Processo Administrativo nº 08012.001518/2006-37, cujas conclusões também foram reproduzidas em notas técnicas de processos conexos<sup>52</sup>, a Superintendência Geral do Cade sustentou a possibilidade de condenação nos momentos (2), (3) e (4) do Gráfico 2.

Na oportunidade, a SG aduziu que os atos regulamentares expedidos pela Codesp fixando preço máximo para a cobrança de THC 2, na verdade, basearam-se em uma leitura equivocada do acórdão do acórdão Processo Administrativo 08012.007443/1997-17<sup>53</sup>. Além disso, na visão da

<sup>52</sup>Cf. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processos Administrativos nº 08012.009690/2006-39, nº 08012.5422/2003-03 e nº 08012.003824/2002-84. Pareceres da Superintendência Geral do Cade publicados no DOU de 8 de outubro de 2014.

<sup>53</sup>Como esclarecido pela Superintendência Geral do Cade em Parecer exarado no Processo Administrativo nº 08012.001518/2006-37: “conforme consta da Folha de Informação da Diretoria Comercial e de Desenvolvimento – DC da Codesp, a motivação para que elaborasse as decisões acima (DIREXE nº 371/2005 e 50/2006) foi o acórdão do Cade em PA 08012.007443/1997-17. Assim, conforme consta também da defesa da Representada, tal decisão seguiu o ‘guia’ para futura regulamentação que consta do voto

Superintendência, a autoridade portuária paulista não teria competência legal para regular a remuneração dos serviços de segregação e entrega de mercadoria, pois essa atribuição seria exclusiva da Antaq.

Com base nesses argumentos, considerou que seria plenamente viável a condenação das empresas investigadas no âmbito dos processos administrativos ainda não julgados, pela prática da conduta, nos momentos (2) e (3) do gráfico:

O presente parecer entende que, até a publicação do Acórdão 13/2010, que só ocorreu em 08/04/2010, a instituição e regulamentação de THC2 ou de cobranças de “serviços de segregação e entrega” pela CODESP era ilegal e nula, dada a sua incompetência para fazê-lo. Durante este período, portanto, a cobrança de SSE pela Representada era ilícita.

Do mesmo modo, a SG também entendeu que a publicação do Acórdão nº 13/2010 da Antaq não convalida a cobrança da taxa de “segregação e entrega” pelos Operadores Portuários. Nos termos do referido parecer:

Essa decisão reforça o caráter casuístico do acórdão no caso do porto de Santos e demonstra que a Antaq ainda não tinha, à época, posicionamento consolidado sobre a existência ou não de serviços de segregação e entrega que poderiam vir a ser cobrados dos Recintos Alfandegados. Do mesmo modo claro, se a Antaq estava legitimando a cobrança de THC 2 caso a caso, permitindo a cobrança em uma situação específica mas proibindo a cobrança em outras situações, é evidente que um ato da Antaq de permitir a cobrança em um dado caso, diferente do caso Rodrimar [ainda pendente de julgamento], não aproveita a esta empresa conclusão positiva da Antaq.

Quanto ao período posterior à Resolução nº 2.389/12, porém, a SG posicionou-se pela impossibilidade de condenação, por considerar que o valor jurídico da dita resolução retiraria a competência do Cade para punir a conduta:

Parece a essa Superintendência, por tudo quanto exposto, que por questões de especificidade legal, aplicação das teorias de competência regulatória e melhor posicionamento institucional, para decisões específicas de regulação portuária, a Resolução da Antaq, juridicamente, prevalece.

(...) Esse parecer da Superintendência Geral entende que, a partir da Resolução Antaq nº 2389/12, que permite a cobrança do “serviço de segregação e entrega”, de forma geral, deixa de ser cabível ou recomendável a atuação da autoridade antitruste em sentido contrário, condenando a conduta.

Assim, a SG entendeu que seria cabível a condenação da conduta pelo SBDC até a publicação da Resolução nº 2.389/12 da Antaq, a partir da qual não caberia mais ao Cade impor penalidades pela cobrança da THC 2. O Gráfico 3 abaixo resume o posicionamento da Superintendência no parecer analisado:

---

do Conselheiro Relator Luiz Prado, relator do processo. No entanto, o voto do relator foi vencido e o voto condutor, cujas conclusões valem como decisão do plenário, foi o do então Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva”. (Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.001518/2006-37, Superintendência-Geral, Nota Técnica nº 310, publicada no DOU de 8 de outubro de 2014).

A partir desses fundamentos, a SG considerou que a conduta só seria condenável pelo Cade nos âmbitos temporais destacados em vermelho no Gráfico 3 acima.

Todavia, é possível que outros argumentos sejam levados em consideração, tornando defensável entendimento contrário àquele perfilado pela Superintendência. Essa tarefa será desempenhada no item 3.3 do próximo capítulo.

### **2.3 – Diagnóstico dos problemas concorrenciais no regime da Lei nº 8.630/93**

De um modo geral, verifica-se que revogada Lei nº 8.630/93 – embora tenha ensejado a modernização do sistema por meio da liberalização do setor – pouco fomentou a competição em mercados interportuários, isto é, entre Portos Organizados distintos. Além disso, a restrição imposta aos terminais privativos de uso misto, relativa à impossibilidade de movimentação exclusiva de cargas de terceiros, consubstanciou-se em um forte entrave ao desenvolvimento e expansão do setor de infraestrutura.

Destarte, o regime concorrencial se manifestou de forma predominante nos mercados de movimentação de cargas aquaviárias, sobretudo naqueles restritos a um mesmo Porto Organizado. A regulamentação dos contratos administrativos de arrendamento, porém, mostrou-se ineficiente, vez que importantes “brechas regulatórias” foram deixadas pela regulação setorial, especialmente no que concerne à definição da abrangência das taxas cobradas pelos arrendatários de serviços públicos portuários. Essa situação permitiu que os agentes regulados estabelecessem cobranças não inicialmente previstas na delegação de serviço público. Tal circunstância, por vezes, trasmudava-se em mecanismos de exclusão de rivais não integrados na infraestrutura essencial do mercado, como nos casos de cobrança de THC 2 analisados. Condutas desse gênero foram punidas e reguladas de forma assimétrica pela Antaq e pelo Cade, de sorte que hoje não existe uniformidade acerca da legalidade da conduta no âmbito da Administração Federal.

Face a esses diagnósticos, considera-se que os desafios postos à nova legislação portuária em termos de proteção concorrencial foram: (i) necessidade de fomento da competição no nível interportuário, a partir da atração de investimentos públicos e, sobretudo, privados; (ii) liberalização completa do setor portuário através da superação das restrições impostas aos terminais privados, e; (iii) adoção de maior precisão conceitual nos contratos administrativos, a fim de se afastar a possibilidade de criação de tarifas de serviço público ao livre arbítrio dos agentes privados.

É a partir desses eixos que serão analisadas as inovações trazidas pela nova lei dos portos em matéria de direito da concorrência.

### Capítulo III: A Defesa da Concorrência no Novo Setor Portuário

Concluído o diagnóstico dos principais problemas concorrenciais existentes no setor portuário sob o antigo regime, trataremos agora das inovações trazidas pela Lei nº 12.518/13 sobre o tema.

Primeiramente, serão esclarecidos o contexto e os objetivos buscados pela nova legislação. Em seguida, pontuar-se-ão as novidades mais importantes para o direito da concorrência, dando-se especial relevância (i) à eliminação da diferença conceitual entre “carga própria” e “carga de terceiros”, (ii) à proibição de os autoritários participarem em novas licitações de terminais portuários e, por fim, (iii) à nova definição de *box rate* trazida em minuta de contrato de arrendamento submetida a consulta pública recentemente.

O objetivo deste capítulo será avaliar em que medida a nova lei de portos superou as deficiências regulatórias existentes no antigo regime. Em especial, inquirir-se-á se os entraves ao desenvolvimento da concorrência no setor foram devidamente superados. Além disso, será apurado se o novo sistema está ou não apto a fomentar um ambiente concorrencial livre de abusos econômicos, situação imprescindível para o desenvolvimento do setor.

#### 3.1 – Contexto e objetivos da nova lei dos portos

A Lei nº 12.815/13 surgiu com o claro intuito de solucionar os gargalos de eficiência do setor portuário brasileiro e de estimular o desenvolvimento econômico nacional. O principal problema a ser superado pela nova norma consistia indubitavelmente na carência de investimentos em infraestrutura portuária.

Nesse sentido, em estudo realizado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), identificou-se que o déficit de investimentos no setor era mesmo agudo. O Ipea diagnosticou que, durante as últimas duas décadas do século passado, o setor hidroviário não acompanhou a tendência de crescimento das aplicações financeiras no transporte, mantendo o nível de investimentos em torno de 0,06% do PIB, tendo atingido seu máximo de participação em 2003, com 0,12% desse produto (IPEA, 2010, p. 17). Essa tímida participação é uma das causas do estimado déficit de R\$ 42,88 bilhões em obras de infraestrutura nos portos brasileiros.<sup>54</sup>

---

<sup>54</sup>No “Mapeamento Ipea de Obras Portuárias”, estudo que realizou um levantamento de 264 obras de infraestrutura portuária em mais de 30 portos brasileiros, identificou-se a

Outro dado de interesse é que, nesses anos, a participação do Poder Público na realização de investimentos no setor foi módica, ao passo que o setor privado adquiriu notável protagonismo nesse campo, principalmente estimulado pelos programas do BNDES. Estima-se que o investimento privado entre 1999 e 2003 tenha sido em média R\$ 0,9 bilhão maior do que o público, média que atingiu R\$ 13,5 bilhões entre 2004 e 2008 (IPEA, 2010, p. 17). Por essas razões, o principal desafio enfrentado pela Lei nº 12.815/13 havia mesmo de ser o estímulo à injeção de capital no setor, com vistas a torná-lo mais aparelhado e competitivo.

Foi com esse mote que a exposição de motivos da Medida Provisória nº 595/12, que originou o novel diploma, fincou claros os objetivos de redução do chamado “Custo Brasil”, por meio do incremento da eficiência dos portos nacionais.<sup>55</sup>

Ainda no mesmo sentido, o texto atual do art. 3º da Lei 12.815/13 corrobora que o estímulo ao desenvolvimento nacional é o desígnio basilar da nova regulamentação:

Art. 3º A exploração dos portos organizados e instalações portuárias, com o objetivo de aumentar a competitividade e o desenvolvimento do País, deve seguir as seguintes diretrizes:

I - expansão, modernização e otimização da infraestrutura e da superestrutura que integram os portos organizados e instalações portuárias;

II - garantia da modicidade e da publicidade das tarifas e preços praticados no setor, da qualidade da atividade prestada e da efetividade dos direitos dos usuários;

III - estímulo à modernização e ao aprimoramento da gestão dos portos organizados e instalações portuárias, à valorização e à

---

necessidade de 133 obras de construção, ampliação e recuperação de áreas portuárias (R\$ 20,46 bilhões), 45 obras de acessos terrestres (R\$ 17,29 bilhões), 46 de dragagem e derrocamento (R\$ 2,78 bilhões) e 41 de infraestrutura portuária (outras obras) (R\$ 2,34 bilhões), totalizando uma necessidade de investimentos de R\$ 42,88 bilhões. Ainda segundo o estudo, a maior demanda identificada, em número de obras e também em valor orçado, refere-se à necessidade de construção e manutenção de áreas, retroáreas, berços, pátios, píeres, molhes e cais dos portos. Nesta seara, embora o maior número de obras diga respeito à construção de berços e píeres – 37 obras –, o maior valor orçado refere-se às deficiências relativas a pátios e terminais, que totalizam R\$ 7,35 bilhões em investimentos necessários (IPEA, 2010, p. 8-9).

<sup>55</sup> Na Exposição de Motivos da MP 595/12, foi esclarecido que: “no que se refere à relevância da edição da Medida Provisória cumpre ressaltar que a redução do ‘Custo Brasil’ no cenário internacional, a modicidade das tarifas e o aumento da eficiência das atividades desenvolvidas nos portos e instalações portuárias brasileiras dependem do aumento do volume de investimentos públicos e privados e da capacidade de que tais empreendimentos assegurem a ampliação da oferta a custos competitivos”.

qualificação da mão de obra portuária e à eficiência das atividades prestadas;

IV - promoção da segurança da navegação na entrada e na saída das embarcações dos portos; e

V - estímulo à concorrência, incentivando a participação do setor privado e assegurando o amplo acesso aos portos organizados, instalações e atividades portuárias.

A fim de alcançar tais objetivos, estimulou-se a entrada de capital privado no setor, tal qual se havia buscado nas regulamentações anteriores. No entanto, o novel diploma deu ainda mais ênfase à necessidade de liberalização. Como bem anota Ribeiro, esperou-se que parte importante do denominado ‘choque de oferta’ pretendido viesse de uma maior participação da iniciativa privada (RIBEIRO, 2014, p. 122).

Essa centralidade da política de atração de investimentos privados pode ser fundamentalmente sentida no novo regime de autorização portuária e no fim da divisão entre os conceitos de “carga própria” e “de terceiros”.

### 3.2 – As inovações relevantes para o direito concorrencial

#### 3.2.1 – A nova autorização portuária prevista na Lei nº 12.815/13

O novo regime previu três principais modalidades de delegação em sentido lato:<sup>56</sup> a concessão, o arrendamento e a autorização.

A concessão foi conceituada no art. 2º, IX, da lei enquanto “cessão onerosa do Porto Organizado<sup>57</sup>, com vistas à administração e à exploração de sua infraestrutura por prazo determinado”. Por outro lado, o arrendamento foi definido como a “cessão onerosa de área e infraestrutura públicas localizadas dentro do Porto Organizado, para exploração por prazo determinado”, nos termos do art. 2º, XI, do mesmo diploma. Assim, enquanto pelo contrato de arrendamento transmite-se aos agentes privados apenas a execução dos serviços

---

<sup>56</sup>Há ainda a modalidade de delegação (*stritu sensu*), forma de parceria firmada com os Estados e Municípios, que por motivos metodológicos não será tratada neste trabalho. O seu conceito está expresso no art. 2º, X, da Lei nº 12.815/13: a transferência, mediante convênio, da administração e da exploração do Porto Organizado para Municípios ou Estados, ou a consórcio público, nos termos da Lei nº 9.277, de 10 de maio de 1996;

<sup>57</sup>O art. 2º, I e II, da Lei nº 12.815/13 trouxe um novo conceito de Porto Organizado e de sua área, que passam a ser entendidos como: I - Porto Organizado: bem público construído e aparelhado para atender a necessidades de navegação, de movimentação de passageiros ou de movimentação e armazenagem de mercadorias, e cujo tráfego e operações portuárias estejam sob jurisdição de autoridade portuária e II - área do Porto Organizado: área delimitada por ato do Poder Executivo que compreende as instalações portuárias e a infraestrutura de proteção e de acesso ao Porto Organizado. Trata-se de uma inovação relevante, já que, no antigo regime, Porto Organizado significava apenas a área afeta às operações portuárias, independentemente de ato do Executivo.

portuários, pelo contrato de concessão delega-se aos particulares não apenas tal execução, mas também a própria administração do Porto Organizado.<sup>58</sup> Esse desenho já havia sido esboçado no antigo regime, sem que tenha havido mudanças significativas.

A novidade fulcral da lei consiste na previsão de um novo modelo de autorização portuária, disposto no seu art. 2º, XII. De acordo com esse dispositivo, a autorização passa a consistir na “outorga de direito à exploração de instalação portuária localizada fora da área do Porto Organizado e formalizada mediante contrato de adesão”. Esse instrumento serve para se transferir ao agente privado o direito de exploração de terminal portuário privado, estação de transbordo de carga, instalação portuária pública de pequeno porte ou de instalação portuária de turismo, desde que localizadas fora do Porto Organizado.<sup>59</sup>

---

<sup>58</sup>As competências da autoridade portuária estão descritas no art.17, §1º, da nova lei, dentre as quais se destacam: I - cumprir e fazer cumprir as leis, os regulamentos e os contratos de concessão; III - pré-qualificar os Operadores Portuários, de acordo com as normas estabelecidas pelo poder concedente; IV - arrecadar os valores das tarifas relativas às suas atividades; VI - fiscalizar a operação portuária, zelando pela realização das atividades com regularidade, eficiência, segurança e respeito ao meio ambiente; VIII - autorizar a entrada e saída, inclusive atracação e desatracação, o fundeio e o tráfego de embarcação na área do porto, ouvidas as demais autoridades do porto; X - suspender operações portuárias que prejudiquem o funcionamento do porto, ressalvados os aspectos de interesse da autoridade marítima responsável pela segurança do tráfego aquaviário; XI - reportar infrações e representar perante a Antaq, visando à instauração de processo administrativo e aplicação das penalidades previstas em lei, em regulamento e nos contratos e XIV - estabelecer o horário de funcionamento do porto, observadas as diretrizes da Secretaria de Portos da Presidência da República, e as jornadas de trabalho no caso de uso público.

<sup>59</sup>Lei nº 12.815 de 5 de junho de 2013, art. 2º: consideram-se: II - área do Porto Organizado: área delimitada por ato do Poder Executivo que compreende as instalações portuárias e a infraestrutura de proteção e de acesso ao Porto Organizado; III - instalação portuária: instalação localizada dentro ou fora da área do Porto Organizado e utilizada em movimentação de passageiros, em movimentação ou armazenagem de mercadorias, destinadas ou provenientes de transporte aquaviário; IV - terminal de uso privado: instalação portuária explorada mediante autorização e localizada fora da área do Porto Organizado; V - estação de transbordo de cargas: instalação portuária explorada mediante autorização, localizada fora da área do Porto Organizado e utilizada exclusivamente para operação de transbordo de mercadorias em embarcações de navegação interior ou cabotagem; VI - instalação portuária pública de pequeno porte: instalação portuária explorada mediante autorização, localizada fora do Porto Organizado e utilizada em movimentação de passageiros ou mercadorias em embarcações de navegação interior; VII - instalação portuária de turismo: instalação portuária explorada mediante arrendamento ou autorização e utilizada em embarque, desembarque e trânsito de passageiros, tripulantes e bagagens, e de insumos para o provimento e abastecimento de embarcações de turismo.

Essa forma de delegação traz algumas peculiaridades notáveis. De fato, trata-se de um arquétipo *sui generis* de autorização. Ao contrário do modelo tradicional do direito brasileiro – que se formaliza por ato administrativo vinculado –, a nova autorização portuária é instrumentalizada em contrato de adesão com duração de 25 (vinte e cinco) anos, prorrogável por períodos sucessivos. Além disso, não é de formação vinculada: a autorização agora é precedida de processo de chamada ou anúncio público e, quando for o caso, processo seletivo público.<sup>60</sup> Para fazer jus ao título, o particular também deve demonstrar idoneidade técnico-financeira e provar ser titular da propriedade ou posse legítima da área sobre a qual será construída a instalação portuária privada.<sup>61</sup> Após a comprovação de todas essas condições, exige-se ainda garantia de execução do contrato.<sup>62</sup>

Além da previsão desse novo regime de exploração privada, aboliu-se no plano infralegal a antiga divisão entre “cargas próprias” e “de terceiros”, fato que modificou substancialmente a exploração econômica desenvolvida pelos autorizatários.

### 3.2.2 – A superação da divisão entre “cargas próprias” e “cargas de terceiros”

Tal qual abordado no tópico 2.2, sob a égide da Lei nº 8.630/93, as autorizações transmitiam aos particulares o direito de explorar os chamados “terminais privativos de uso exclusivo” e os “terminais privados de uso misto”. Naqueles, o autorizatário só poderia movimentar e armazenar “cargas próprias”, isto é, cargas pertencentes à própria pessoa jurídica autorizatória ou a outra integrante do mesmo grupo empresarial. Já nos terminais de uso mistos, poder-

---

<sup>60</sup>Lei nº 12.815 de 5 de junho de 2013, art. 8º: Serão exploradas mediante autorização, precedida de chamada ou anúncio públicos e, quando for o caso, processo seletivo público, as instalações portuárias localizadas fora da área do porto organizado, compreendendo as seguintes modalidades: I - terminal de uso privado; II - estação de transbordo de carga; III - instalação portuária pública de pequeno porte; IV - instalação portuária de turismo;

<sup>61</sup>Decreto nº 8.033 de 27 de junho de 2013, art. 27, II: Art. 27. Os interessados em obter a autorização de instalação portuária poderão requerê-la à Antaq, a qualquer tempo, mediante a apresentação dos seguintes documentos, entre outros que poderão ser exigidos pela Antaq: II - título de propriedade, inscrição de ocupação, certidão de aforamento ou contrato de cessão sob regime de direito real, ou outro instrumento jurídico que assegure o direito de uso e fruição do da área.

<sup>62</sup>Essa previsão está contida no art. 4º da Resolução 3.290/14. A exigência de garantia de execução do contrato é severamente criticada na atual regulação. A doutrina, de um modo geral, argumenta que tal exigência seria incompatível com o modelo de autorização, já que essa forma de delegação é tradicionalmente utilizada para outorgar o exercício de atividade econômica em sentido estrito e, portanto, não envolveria interesse público primordial que legitimasse a exigência de garantias de execução, tal qual ocorre nas concessões de serviço público.

se-ia transportar tanto “cargas próprias” quanto de “cargas de terceiros”<sup>63</sup>. No entanto, havia uma severa limitação à movimentação de cargas de terceiros, que só poderia ocorrer excepcionalmente<sup>64</sup>. Em todo caso, era vedado à instalação portuária privada movimentar exclusivamente cargas de propriedade alheia.

A impossibilidade de os terminais privados movimentarem cargas exclusivamente de terceiros já era apontada como obstáculo intransponível ao desenvolvimento da concorrência no setor. O Cade já havia alertado para as ineficiências dessa restrição. Em seu voto no Processo Administrativo nº 08012.007452/2009-31 o ex-conselheiro César Matos aduziu que:

De fato, em um setor historicamente caracterizado no Brasil como de permanente estado de excesso de demanda, a redução na atratividade de investimentos, reduzindo a oferta de longo prazo, constitui, no mínimo, medida contraditória.

A restrição dos terminais de uso misto à carga própria (a regra da preponderância) ainda gera um importante obstáculo nos mecanismos de ajuste próprios de uma economia de mercado. Quando se instala um terminal com o objetivo de apenas transportar carga própria, esta especialização pode ser bastante interessante no curto prazo. No entanto, nada assegura que o ambiente econômico não se alterará de forma tal a tornar interessante uma mudança no tipo de carga transportada (passar a transportar cargas de terceiros em vez de transportar carga própria, dada a valorização das primeiras frente às segundas).

(...) O ponto importante é que este movimento é extremamente bem vindo. Uma das características positivas das economias de mercado, fortemente baseadas no direito de propriedade, é a facilidade com que ativos que estejam sendo utilizados em atividades de menor valor migrem para as de maior valor em resposta às condições mutantes de rentabilidade. Esta “migração” incrementa o valor econômico gerado pelo ativo e está na base do mecanismo de produção e reprodução da riqueza. *Bloquear este processo, obrigando a manutenção da movimentação de cargas que não são mais tão interessantes quanto antes, implica redução do valor da riqueza na sociedade. Valiosos e*

---

<sup>63</sup>O art. 2º, IX e X, do também revogado Decreto nº 6.620/08 conceituava carga própria como “aquela pertencente ao autorizado, a sua controladora ou a sua controlada, que justifique por si só, técnica e economicamente, a implantação e a operação da instalação portuária”. Já a carga de terceiros era tratada como “aquela compatível com as características técnicas da infraestrutura e da superestrutura do terminal autorizado, tendo as mesmas características de armazenamento e movimentação, e a mesma natureza da carga própria autorizada que justificou técnica e economicamente o pedido de instalação do terminal privativo, e cuja operação seja eventual e subsidiária”.

<sup>64</sup>Nos termos do art. 35, II, do Decreto 6.020/98, definiu-se, nos terminais portuários de uso misto, haveria movimentação preponderante de carga própria e, em caráter subsidiário e eventual, de terceiros. O art. 38, parágrafo único, ainda dispunha que: “prestação dos serviços de movimentação de cargas de terceiros, pelo detentor da autorização da construção e exploração de instalação portuária de uso privativo misto, será disciplinada em contratos assinados entre o detentor dessa autorização e o tomador de seus serviços, cujo instrumento é regido, exclusivamente, pela norma do direito privado, sem a participação ou responsabilidade do Poder Público”.

*escassos recursos de capital restarão estagnados em valor de uso inferior ao que seria possível (grifos nossos)*<sup>65</sup>.

No novo regime, porém, o titular da autorização – que explora instalação portuária fora do Porto Organizado – é livre para movimentar qualquer tipo de cargas, ainda que exclusivamente pertencente a terceiros, uma vez que a lei de 2013 não estabeleceu distinções entre essas modalidades de carga. Como bem anota Schirato:

De acordo com atual marco regulatório, os terminais de uso privado são instalações portuárias sujeitas ao regime privado que se destinam a movimentar cargas próprias e/ou de terceiros. Com isso, não existe, atualmente, qualquer obrigação de que o empreendedor de um terminal portuário privado detenha (diretamente ou por meio de outra empresa integrante de seu grupo econômico) cargas próprias para movimentar no terminal.

Por conseguinte, é perfeitamente possível, no atual contexto, que seja concebido, autorizado, construído e operado um terminal de uso privado com o objetivo único de movimentar cargas de terceiros (SCHIRATO, 2014, p. 333).

De todo modo, com a supressão das categorias “cargas próprias” e “de terceiros”, passa-se a conceber com maior veemência uma competição interportuária entre instalações públicas e privadas. No novo regime, os Operadores Portuários de dentro do Porto Organizado (arrendatários) podem vir a competir no mercado de movimentação de cargas com os operadores de instalações portuárias privadas (autorizatários) situadas em área geográfica próxima.<sup>66</sup>

Entretanto, merece relevo o fato de os competidores envolvidos nesses mercados estarem sujeitos a dois regimes jurídicos diversos. Principalmente na competição entre portos públicos e privados, a assimetria regulatória poderá trazer imensos desafios à viabilidade da concorrência, uma vez que os regimes jurídicos a que estão submetidos arrendatários e autorizatários é substancialmente distinto.

---

<sup>65</sup>Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo 08012.007452/2009-3. Tribunal Administrativo. Voto do Conselheiro-relator César Matos, publicado no DOU de 5 de junho de 2010.

<sup>66</sup>A experiência internacional mostra que a definição do mercado relevante geográfico em que competem diferentes portos pode ser uma tarefa complexa. Na realidade, a depender do serviço ofertado, a dimensão geográfica do mercado pode ser única. Como aponta o estudo da OCDE (2011, p. 303): “o aspecto chave quando se determina a dimensão geográfica do mercado de serviços portuários seria analisar se os serviços prestados em locais diferentes seriam substituíveis ou não. Entretanto, antes de se definir o âmbito geográfico no qual certo serviço pode ser prestado, deve-se definir a dimensão produto primeiro. Diversos serviços, como reboque, pilotagem, carregamento de contêineres, podem configurar não apenas um único, mas sim vários mercados. Cada um desses mercados potencialmente se difere no escopo geográfico” (tradução livre).

### 3.2.3 – As assimetrias regulatórias na concorrência entre portos públicos e privados

A diferença fundamental entre os regimes regulatórios a que são submetidos os arrendatários e os autorizatários refere-se à assunção de custos na exploração das instalações portuárias.

Tal qual já ocorria quando da vigência da lei anterior, no âmbito dos contratos de arrendamento, vige um sistema de repartição de custos conhecido como *Landlord Port*, explicado no item 2.2 deste trabalho. Como visto, nesse modelo, o Estado assume a parte mais pesada do investimento, consubstanciada na chamada “infraestrutura portuária”, enquanto que os arrendatários avocam somente os custos da chamada “superestrutura portuária”, que diz respeito apenas às instalações e aos equipamentos utilizados na movimentação de cargas.

Essa mesma divisão de custos, é claro, não informa o regime de autorização. Nos terminais privados, os autorizatários serão responsáveis por todos os investimentos e custos envolvidos na operação do porto, desde a construção das vias de acesso até a instalação de equipamentos de movimentação de cargas, não repartindo com o Poder Público quaisquer desses gastos.

As principais diferenças dos regimes jurídicos a que estão submetidos arrendatários e autorizatários estão indicadas na Tabela 1 da página seguinte.

Diante desse quadro de assimetrias dos regimes jurídicos, podem-se vislumbrar vários óbices à competição entre instalações portuárias públicas e privadas.

Primeiramente, é razoável supor que os autorizatários enfrentarão consideráveis barreiras à entrada no mercado de movimentação de cargas, traduzidas nos elevados custos iniciais (*sunk costs*), típicos dos segmentos tradicionalmente considerados monopólios naturais. No caso do regime inaugurado pela Lei nº 12.815/13, essa circunstância se acentua, uma vez que os autorizatários terão que realizar vultosos investimentos na construção de infraestrutura portuária, para somente em seguida explorarem o serviço de movimentação de cargas. Esse mesmo óbice, porém, não se aplicará aos novos arrendatários, que se valerão da infraestrutura já formada pelas Autoridades Portuárias no âmbito dos Portos Organizados.

A propósito, cabe destacar que atualmente parte considerável dos investimentos em infraestrutura portuária nos Portos Organizados advém não da exploração eficiente dos serviços pelas Autoridades Portuárias, mas sim de repasses diretos da União. Como apontado pelo BNDES em estudo recente, essas autoridades não têm conseguido custear a manutenção e expansão dos portos nacionais e, diante desta deficiência, têm recorrido ao Poder Público. O estudo aponta que hoje considerável quota desses investimentos corresponde a repasses federais:

As receitas geradas por boa parte das Autoridades Portuárias são suficientes apenas para cobrir custos e despesas incidentes, mas não para manter ou expandir a infraestrutura existente ou para saldar passivos. *Isso faz com que grande parte das APs tenha alta dependência de recursos externos, recorrendo principalmente à União.[...] Desde a instituição da [antiga] Lei dos Protos, as APs vêm enfrentando uma situação de baixa rentabilidade, ocasionada, entre outros fatores, pelo descompasso entre as receitas auferidas e os custos e despesas associados* (BNDES, 2012, p. 613).

Tendo em vista os déficits de infraestrutura no cenário nacional, é pouco provável que essa realidade de repasses públicos às Autoridades Portuárias cesse no curto ou médio prazo. Consequentemente, essa injeção de recursos públicos (ainda que insuficientes para sanar todas as necessidades) pode acentuar a assimetria concorrencial, já que as instalações portuárias privadas não se valerão da mesma fonte de financiamento.

Além dos custos assumidos serem distintos, a forma de remuneração dos serviços portuários também é assimétrica nos regimes de arrendamento e autorização. Os arrendatários têm as suas tarifas reguladas nos próprios contratos administrativos, que preveem formas de revisão tarifária adequadas ao investimento, o que traz certa previsibilidade e segurança ao agente privado. Em todo caso, garante-se ainda, nos termos da Resolução nº 3.220/14 da Antaq, a manutenção do equilíbrio econômico financeiro do contrato de arrendamento.<sup>67</sup> Já no regime jurídico da autorização, o *standard* regulatório é totalmente diverso, pois consagra a liberdade tarifária ampla, cabendo apenas ao autorizatário definir o valor dos seus serviços. No âmbito de uma competição entre portos públicos e privados, essa diferença de formação das tarifas pode vir a ser determinante para a viabilidade da concorrência, já que competidores de um mesmo segmento de mercado terão maior ou menor liberdade para remunerar suas atividades.

Há ainda outra disposição que também diferencia os dois regimes, onerando significativamente as instalações de fora do Porto Organizado. Segundo o Decreto nº 8.033/13 e a Portaria SEP nº 110/13,<sup>68</sup> a expansão do terminal privado que ultrapasse 25% (vinte e cinco por cento) da sua área

---

<sup>67</sup>O art. 8º da Resolução 3.220 de 2014 da Antaq estabelece que: “a arrendatária ou o poder concedente poderão solicitar a revisão contratual para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro nos casos em que vierem a se materializar quaisquer dos riscos expressamente assumidos pelo poder concedente, nos termos previstos no contrato de arrendamento e com reflexos econômico-financeiros para alguma das partes”.

<sup>68</sup>O art. 3º da Portaria nº 110 de 2013 da Secretaria dos Portos (SEP/PR) prevê: é dispensável a emissão de nova autorização para os pedidos de alteração do tipo de carga e/ou ampliação da área da instalação portuária, localizada fora da área do Porto Organizado, que não exceda a 25% (vinte e cinco por cento) da área original da instalação portuária.

original só será permitida se for firmado novo contrato de autorização<sup>69</sup>. Mesmo óbice não se impõe à expansão da poligonal do Porto Organizado, que, nos termos da nova lei, será tolerada sempre que tal medida trouxer eficiência comprovada à movimentação portuária<sup>70</sup>.

Considerando essas diferenças, é plausível que as assimetrias nas regulamentações dos contratos de arrendamento e autorização possam inviabilizar a concorrência entre instalações portuárias públicas e privadas. Na realidade, o novo sistema institui um ambiente em que agentes privados, submetidos a regimes jurídicos totalmente distintos, competem na prestação de serviços públicos já naturalmente marcados por elevadas barreiras à entrada e fortes tendências à integração vertical. Em um mercado com essas peculiaridades, a regulação assimétrica parece torná-lo ainda mais vulnerável do ponto de vista concorrencial.

Ademais, a exploração dos serviços portuários pela iniciativa privada também é restringida por outra medida regulatória importante no novo regime, qual seja a limitação da participação de arrendatários em novos processos seletivos de contratação pública.

### 3.3 – A definição da abrangência da tarifa de movimentação de contêineres: uma nova reflexão sobre os casos THC 2

Por fim, merece relevo ainda a nova definição da Tarifa de Movimentação Portuária, expressa em uma das minutas de edital submetidas à Consulta Pública nº 3/13 da Antaq. O Anexo de Condições Específicas do Contrato de Arrendamento de Belém definiu que:

3.5. A Tarifa de Movimentação Portuária tem por finalidade remunerar as seguintes atividades (*box rate*):

---

<sup>69</sup>Esse dispositivo é criticado por Ribeiro, que pondera: “ao exigir nova autorização – e, com isso burocratizar o procedimento atraindo a apresentação, novamente de toda a documentação prevista no art. 27 [do Decreto nº 8.033/13, celebrando um segundo contrato de adesão, sem deixar claro se será necessário, inclusive, que seja precedida de anúncio público -, o Decreto e a Portaria tratam a expansão acima de 25% como se Terminal novo fosse, o que não tem sentido de ser”. (RIBEIRO, 2014, p. 133).

<sup>70</sup>Nos termos da Lei nº 12.815: Art. 6º Nas licitações dos contratos de concessão e arrendamento, serão considerados como critérios para julgamento, de forma isolada ou combinada, a maior capacidade de movimentação, a menor tarifa ou o menor tempo de movimentação de carga, e outros estabelecidos no edital, na forma do regulamento. § 6º O poder concedente poderá autorizar, mediante requerimento do arrendatário, na forma do regulamento, expansão da área arrendada para área contígua dentro da poligonal do Porto Organizado, sempre que a medida trouxer comprovadamente eficiência na operação portuária.

3.5.1. movimentação das cargas entre o portão do Arrendamento e a embarcação, incluída a guarda transitória das cargas pelo prazo contratado entre o requisitante e a Arrendatária, no caso do embarque, ou entre a embarcação e o portão do Arrendamento, incluída a guarda transitória da carga em regime carga pátio pelo período máximo estabelecido por normatização da Receita Federal do Brasil, quando aplicável, no caso do desembarque.

Vê-se aqui que o conceito de *box rate* trazido no Edital é contrário ao definido na Resolução 2.389/12 da Antaq, abordada no item 2.3.1 deste trabalho. Conforme analisado no capítulo anterior, essa normativa define que a tarifa de movimentação portuária não remunera a guarda transitória da carga, nem o seu deslocamento até o portão do porto no sentido importação. Na contramão dessa normativa, o item 3.5 do Edital destacado firmou um retorno ao conceito clássico de capatazia.

A conceituação precisa da *box rate* em minuta de contrato administrativo é, sem dúvida, um grande avanço em termos de política regulatória. Como destacado no Capítulo II, boa parte das condutas anticompetitivas investigadas pelo Cade no setor portuário nos últimos anos decorreram de brechas na regulação dos contratos de arrendamento, que davam margem à cobrança de preços por serviços não expressamente delimitados.

No entanto, considerando que Resolução nº 2.389 da Antaq continua vigente sem alterações de texto, caberia perquirir quais os efeitos da nova opção regulatória da agência. Mais uma vez, parece que haverá aqui um problema de assimetria regulatória com consequências sobre o desenvolvimento da concorrência no setor.

Pelo menos na dimensão formal, enquanto as instalações portuárias arrendadas antes da nova lei estarão submetidas à Resolução nº 2.389/12 da Antaq, os novos arrendamentos se vincularão ao conceito tradicional de capatazia, caso os termos do Edital posto em Consulta Pública sejam de fato reproduzidos nas próximas seleções públicas. Essa situação, caso se efetive, configurará um verdadeiro anacronismo regulatório, já que uma mesma tarifa portuária cobrirá serviços diferentes a depender do Porto Organizado.

Ademais, essa nova regulação tarifária, ainda que seja uma inovação tímida e pontual, poderá lançar novas luzes no debate sobre a legalidade da cobrança das taxas THC 2 nos casos ainda não julgados pelo Cade. Embora a nova regulamentação não se aplique retroativamente aos portos já em operação, é inegável que a definição de *box rate* nas minutas analisadas representa uma nova posição da Antaq sobre o tema, que poderá orientar seus posicionamentos futuros no controle de condutas no setor.

Diante dessa inovação regulatória e considerando que ainda há processos administrativos que investigam a cobrança de THC 2 ainda não julgados pelo

Cade, caberia perquirir que posicionamentos a autoridade antitruste poderia adotar nessas próximas oportunidades em que se defrontar com o problema

Como visto no item 2.3.1, a Superintendência Geral do Cade, no âmbito do Processo Administrativo nº 1518, emitiu parecer sustentado a impossibilidade de o SBDC condenar a cobrança dessa “taxa” após a entrada em vigor da Resolução nº 2.389/12 da Antaq. Todavia, em que pese a elevada sofisticação da Nota Técnica da SG, entende-se que a superação da celeuma também pode ser buscada por outros caminhos.

Em especial, após a nova definição de box rate nos contratos submetidos a consulta pública, entende-se possível o esboço de uma solução alternativa ao problema, tarefa que será realizada no tópico seguinte.

### ***3.3.1 - Da possibilidade condenação irrestrita da conduta nos casos de THC 2 ainda não julgados pelo Cade: uma solução alternativa***

Analisando-se a jurisprudência do Cade, observa-se que, em geral, o Tribunal Administrativo tende a considerar que, quando o agente regulado atua no estrito cumprimento da norma setorial, a conduta não é punível. Esse entendimento foi esclarecido pelo Conselheiro Roberto Pfeiffer em seu voto no Processo Administrativo nº 53500.001821/2002: “o simples cumprimento da norma reguladora, sem qualquer configuração de deturpação ou abusividade, não teria o condão de configurar infração contra a ordem econômica<sup>71</sup>”. Em julgado recente do Conselho, essa condição de punibilidade foi novamente repisada. No âmbito do Processo Administrativo nº 08012.008501/2007-91, o voto da Conselheira-relatora Ana Frazão ponderou que:

O pressuposto da existência de infração à concorrência é precisamente a existência de determinada margem de autonomia que a regulação deixe para os agentes econômicos. Se não há propriamente livre comportamento por parte desses agentes, não há como se lhes imputar conduta autônoma e, muito menos, conduta abusiva.<sup>72</sup>

Esse parâmetro, em especial se entendido de forma sumária e premeditada, conduziria à impossibilidade de o SBDC julgar anticompetitiva a cobrança de THC 2, após a suposta liberalização desta pela Resolução 2.389/12. Nesse sentido, e valendo-se da aplicação das teorias da *State Action* e da *Pervasive Power*, a SG, nos parece analisados no capítulo anterior, entendeu que teria havido mesmo uma imunização da conduta:

<sup>71</sup>Cf. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processos Administrativos 53500.001821/2002; 53500.001823/2002 e 53500.001824/2002. Votos do Conselheiro Relator Roberto Pfeiffer, publicados no DOU de 18 de novembro de 2005.

<sup>72</sup>Cf. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.008501/2007-91. Voto da Conselheira-relatora Ana de Oliveira Frazão, publicado no DOU de 17/09/2013.

Esta superintendência entende que a normativa da Antaq agiu de maneira tal a deixar expresso, pelo órgão regulador, a permissão para determinada conduta, cujos eventuais efeitos anticompetitivos passam então a ser delimitados e controlados pela agência reguladora, por exemplo, por meio da regulação de preços. Assim pode-se entender pela adequação do caso concreto à *Pervasive Power Doctrine*, aplicável ao contexto de agências reguladoras, a qual estabelece que haverá interferência da autoridade antitruste em um mercado regulado somente quando a respectiva agência não detiver poderes profundos o bastante para afastar a aplicação das regras concorrenciais ou extensos o suficiente para aplica-las por si mesma.

No presente caso, entende-se que a Antaq, com a edição da referida Resolução efetivou poderes profundos e extensos que a legislação brasileira lhe confere, claramente permitindo e regulamentando determinada conduta no contexto regulatório. Nesse sentido, observa-se, por exemplo, os seguintes dispositivos da Lei nº 10.233/11, que listam as competências da autarquia (grifos nossos).<sup>73</sup>

Essa posição, no entanto, não é imune a críticas. Como já abordado no tópico I.1.2 deste trabalho, a supressão de determinadas condutas do escrutínio antitruste é de fato justificável diante do risco de a atuação do órgão de concorrência comprometer a execução das políticas regulatórias buscadas pelo Estado<sup>74</sup>. No caso do THC 2, seria mesmo razoável entender que a Resolução nº 2.389/12 da Antaq teve por objetivo precípuo afastar a competência do Cade para punir a conduta regulada, sendo, por isso, bastante robusta a tese defendida no Parecer da SG.

Todavia, há de se considerar também que o próprio poder regulatório detido pelas agências não está isento a falhas, mormente quando são obscuros os objetivos da política implementada no domínio regulado. Os riscos de deficiências no processo regulatório, aliás, têm ensejado a recalcitrância de parte da doutrina norte americana na utilização das teorias da *State Action* e da *Pervasive Power Doctrine*. A esse respeito, autores como Willey e Elhauge, por exemplo, sustentam que essas teorias não consideram adequadamente os riscos de captura a que estão naturalmente submetidos os entes reguladores.<sup>75</sup>

---

<sup>73</sup> Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processos Administrativos nº 08012.009690/2006-39, nº 08012.5422/2003-03 e nº 08012.003824/2002-84. Pareceres da Superintendência Geral do Cade publicados no DOU de 8 de outubro de 2014, p. 55.

<sup>74</sup> Não é de fácil aceitação o apontamento feito por Bruce White, no sentido de que (1974, p. 45) “os prejuízos gerados aos objetivos regulatórios pela atuação da autoridade antitruste parecem ser menos danosos do que o risco de as agências reguladoras não protegerem de forma efetiva os valores da concorrência”. (tradução livre).

<sup>75</sup> Autores como Wiley, por exemplo, esclarecem que nem todo ato restritivo da concorrência emanado do Estado necessariamente merece a imunidade conferida pela *State Action Doctrine* (apud MCGOWAN e LEMLEY, 1994, p. 327): “A teoria da captura tem uma ampla aplicação. Dessa forma, todas as ações legislativas são de certo modo suspeitas. Nesse sentido, a aplicação da teoria da captura na visão do professor Wiley defende que os atos normativos dos entes federados (*state's actions*) devem ser submetidos aos escrutínio antitruste, na medida em que se mostrarem resultado de uma ação política de produtores que visam lucrar com a restrição à competição trazida pela

A insuficiência dessas teorias tem inclusive orientado a busca por parâmetros mais sofisticados de análise de isenção antitruste. Nesse sentido, McGowan e Lemley defendem que, no exame do conflito regulatório, deve-se fazer uma investigação de quatro valores fundamentais: (i) se os objetivos da política de isenção antitruste estão nitidamente delimitados; (ii) se o governo ativamente supervisiona a implementação dessa política; (iii) se os agentes privados atuantes no mercado são responsáveis pela criação ou facilitação de passagem da norma e (iv) se a política adotada no setor regulado discrimina alguns competidores em favor de outros (MCGOWAN e LEMLEY, 1994, p. 358).

Tal inquietação é mesmo relevante, na medida em que, como dito alhures, o exercício do poder regulamentar por parte das agências não é de todo indefectível. Na realidade, o Estado regulador se funda em paradoxos que trazem consigo grandes chances de as suas políticas serem mal sucedidas<sup>76</sup>.

Ademais, é justamente esse risco de ineficiência da opção regulatória que justifica a necessidade de diuturna reconfiguração do ambiente regulado (ARANHA, 2014, p. 90). Como bem esclarece Aranha, diante do considerável dinamismo enfrentado pelas políticas públicas contemporâneas:

Não é mais suficiente tratar a realidade com previsões abstratas petrificadas em instrumentos normativos perenes, que teoricamente absorveriam a maior carga de litigiosidade. Hoje, é necessário que o Estado trabalhe com a realidade mediante estabelecimento de metas variáveis de acordo com as situações que se põem (2014, p. 45).

Com efeito, tal necessidade de constante reavaliação de metas e resultados redefine o conceito de discricionariedade técnica, ínsito ao poder normativo das agências. Como apontado também pelo professor Aranha, os *standarts* fixados nas normas setoriais “não são assim entendidos por serem

---

norma local”. (tradução livre). No mesmo sentido é a crítica endereçada por Elhauge, que propõe a superação da divisão entre “atos privados” e “atos públicos”, por meio das classificações “atos interessados na maximização dos lucros” (“*interested, profit-motivated action*”) e “atos desinteressados e controláveis” (“*disinterested-accountable action*”). Para este autor, nem toda restrição setorial à concorrência seria essencial ao desenvolvimento dos serviços regulados. Na verdade, a maioria das imunizações pode ter sido orientada por interesses únicos dos agentes privados. Segundo o autor (Elhauge *apud* MCGOWAN e LEMLEY, 1994, p. 328): “O antitruste se baseia na noção de que aqueles que querem obter lucros a partir de restrições comerciais não podem receber a incumbência de determinar que restrições serão de interesse público e quais não. [...] Esse papel não pode ser delegado aos privados e nem influenciado pelos interesses individuais”.

<sup>76</sup>Cf. SUNSTEIN, C. R. Paradoxes of Regulatory State. **University of Chicago Law Review**. Chicago, v. 57, p. 407-411, 1990.

predeterminados, mas por estarem remetidos à motivação da decisão administrativa”.<sup>77</sup>

É claro que não detém o Cade os mesmos poderes do Poder Judiciário para avaliar a legalidade do ato normativo a partir de sua motivação, como já ponderado. No entanto, a impossibilidade de se fazer tal juízo de legalidade não conduz, por si só, à assertiva de que este Conselho estaria impossibilitado de decidir contrariamente à norma regulatória.

Na verdade, quando não há determinação legal que expressamente exclua conduta da apreciação do SBDC, o reconhecimento da imunidade antitruste afigura-se, sobretudo, como uma decisão de política pública por parte da autoridade de defesa da concorrência, que terá a liberdade motivada para decidir em que medida a regulação setorial vincula ou não o seu posicionamento. Nesse exame de vinculação, parece ser sim possível que o Cade entenda que o controle concorrencial não restou afastado por determinada norma setorial.

O caminho adequado para essa aferição parece ser não apenas a leitura isolada da norma regulatória, mas também o exame da sua motivação administrativa, compreendida no âmbito do seu processo de construção.

Na realidade, é imprescindível que se leve em conta as posições assumidas pelos entes envolvidos na regulação, ao longo da elaboração da norma em tela. A propósito, a participação dos agentes privados e de outros entes da administração pública por meio de consultas públicas é essencial fortalecer a legitimidade da atividade regulatória<sup>78</sup>. Impede ainda que, nesse processo participativo, façam-se claros os objetivos buscados pelo ente regulador ao editar a norma, bem como os custos e os benefícios presumivelmente envolvidos nesse processo.<sup>79</sup>

---

<sup>77</sup>No mesmo sentido, explica Lélia Cuéllar que a necessidade de motivação das regulações setoriais se funda no próprio imperativo de motivação dos atos administrativo (2001, p. 126): “A expedição de regulamento deve sempre ser fundamentada, apresentando motivação pública de fato e de direito, contemporânea à sua edição. Ainda que geral e abstrato, o regulamento é ato administrativo – e como tal deve ser emanado”.

<sup>78</sup>A esse respeito, pondera Aragão (2006, p. 11): “Se o exercício da discricionariedade se dá através da ponderação entre os diversos e genéricos interesses em questão, nada mais justo e necessário que os seus titulares possam manifestar as suas posições perante a Administração, com o que estarão inclusive contribuindo para o controle da legalidade e da efetividade de seus atos, uma vez que os participantes no processo administrativo carrear-lhe-ão elementos e opiniões para que possa tomar decisões mais equânimes e eficientes”.

<sup>79</sup>Acerca da importância da Análise de Impacto Regulatório, vale a leitura de (JACOB, WEILAND, *et al.*, 2011, p. 10): “A Análise de Impacto Regulatório é um método e um processo administrativo que visa melhor informar a formulação de políticas públicas. (...) O AIR contribui não apenas para a melhoria do produto da regulação, mas também para o próprio processo de elaboração de políticas públicas (*policy making*). O AIR promove o processo interdepartamental e aumenta a qualidade do debate político” (tradução livre).

Logo, é possível consignar que inquirição mais profunda acerca dos efeitos imunizantes das normas regulatórias merece ser buscada não apenas em seu texto, mas fundamentalmente em sua motivação administrativa, compreendida no âmbito do seu processo participativo de elaboração. É a partir dessa lente que deve ser analisada a competência do Cade diante da Resolução nº 2.389/12 da Antaq.

É claro que essa tarefa não é de simples realização, já que nem sempre são suficientemente expostas as razões e objetivos da política regulatória. Diante de dúvidas quanto às finalidades da norma, é plenamente legítimo que se opte por proteger a segurança jurídica do administrado que atuou no estrito cumprimento do comando normativo já que, nesses casos, podem existir motivos que, mesmo alheios ao conhecimento do órgão antitruste, justifiquem a imunização.<sup>80</sup>

No caso específico da norma da agência aquaviária, no entanto, verifica-se que a sua motivação administrativa é não apenas obscura quanto aos objetivos da política regulatória pretendida, mas também é insuficiente por não dialogar com os contrapontos endereçados pelos órgãos incumbidos da defesa da concorrência no âmbito do processo de consulta pública. Como bem notou a Seae/MF em seu Parecer Analítico Sobre Políticas Regulatórias nº 15/11:

A proposta de ato normativo [da Resolução nº 2.389/12 da Antaq] submetida ao debate público veio desacompanhada de documento expositivo que possibilitasse a identificação e análise do problema e dos objetivos pretendidos pela solução regulatória apresentada, bem como de avaliação, ainda que sucinta dos custos e benefícios de sua implementação, o que pode comprometer a participação dos interessados e os resultados esperados com a discussão (SEAE, 2011, p. 10).

No mesmo sentido foi a manifestação da Presidência do Cade, por meio do Ofício nº 1087/11, no qual se consignou que:

A THC 2 não é um preço sujeito às forças do mercado, porque não há mercado ao redor de sua cobrança. Nesse caso, mercado opções de escolha e

<sup>80</sup>No Processo Administrativo nº 08012.008501/2007-91, em que se investigava suposto *price squeeze* na cobrança de taxas de interconexão (conhecidas como VU-M) no setor de telecomunicações, o voto da conselheira relatora Ana Frazão alertou para as dificuldades de se avaliar a política regulatória quando não são claros os seus objetivos no caso concreto. Nesse sentido, ponderou que: “é extremamente complexo se avaliar a adequação ou não da política regulatória que privilegia, no seu cálculo, o atendimento de políticas regulatórias de expansão e universalização da telefonia móvel. (...) Por essa razão, o simples fato de o valor do VU-M ser superior ao da TU-RL ou dos preços de público praticados pelas móveis não é parâmetro seguro para a comprovação da abusividade. Por outro lado, inexistem dados minimamente convincentes nos autos a respeito do adequado valor do VU-M”. (Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.008501/2007-91. Voto da Conselheira-relatora Ana de Oliveira Frazão, publicado no DOU de 17/09/2013).

alternativas de oferta ponderadas pelo preço. Além do mais, não há qualquer produto ou serviço casado ao pagamento do THC2.

(...) Solicita-se que a ANTAQ expressamente proíba a cobrança da THC 2, em consonância com a decisão do CADE no Processo Administrativo nº 08012.007443/99-17, reconhecendo que supostos serviços remunerados por essa “taxa” já estariam sendo devidamente remunerados pelo Box Rate, pago pelos importadores/exportadores por meio dos armadores.

Assim, observa-se que a Antaq exarou a Resolução nº 2.389/12, mesmo tendo conhecimento da lesividade concorrencial da norma. A ausência de dialética neste processo depaupera profundamente a qualidade da elaboração normativa em análise. Na realidade, seria imprescindível que o órgão regulador motivasse seus atos levando em conta os argumentos colocados em debate, ainda que fosse para perfilar orientação contrária àquela assumida pelos consultados.<sup>81</sup>

Além disso, no caso da resolução da Antaq, deve-se considerar que o objeto da regulação é um dado meramente factual, qual seja a existência de custos que legitimam ou não a cobrança da THC 2. A existência desses custos é um fato da natureza, cuja aferição não perpassa por uma decisão política do órgão regulador.<sup>82</sup>

Por fim, vale ainda ressaltar que o próprio texto da normativa, longe de optar expressamente pela permissão da cobrança da THC 2, não parece gerar uma imunização antitruste *per se* da conduta. Como exposto, a resolução limitou-se a fixar, em seu artigo 5º, que os serviços não compreendidos pela *box*

---

<sup>81</sup>Como bem pondera Marçal Justen Filho, a simples existência de uma consulta pública não legitima, por si só, o procedimento. Há que se existir um debate entre os argumentos colocados, ainda que seja para a regulação se afastar daquilo que foi posto pelos interessados (2003, p. 9): “a mera participação popular e a audiência da sociedade são insuficientes. É fundamental que a atividade decisória da agência incorpore a participação popular, mesmo quando não aceda com as sugestões e propostas apresentadas. Incorporar a participação popular significa reconhecer como relevante a intervenção externa, acolhendo-a ou justificando sua rejeição. Não se admite o fenômeno que se poderia qualificar como *participação externa “cosmética”*. [Na qual] ouvem-se os particulares e os segmentos interessados, mas se adota decisão desvinculada de todas as contribuições”.

<sup>82</sup>Raciocínio semelhante foi adotado pela ProCade no âmbito de processo administrativo em que se discutia os possíveis efeitos imunizantes de uma resolução da Anatel que estabelecia que determinada prestadora possuía Poder Significativo de Mercado (PMS). O Parecer de lavra do procurador Federal Arthur Badin advertiu que: A Res. Anatel 437/2006 criou presunções artificiais e apriorísticas de poder de mercado. *Poder de mercado não é uma definição regulatória, mas um fato da natureza. Por essa razão, as definições da Res. Anatel 437/2006 não subtraem do Cade o poder-dever de analisar, nos casos concretos, a existência ou não de infração contra a ordem econômica ou sobre a (i)lícitude de determinadas práticas em face dos ditames da Lei 8.884/1994.* (grifos nossos). (Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 53500.005770/2002. Parecer da Procuradoria Geral do Cade nº 555/2006 de lavra do procurador Federal Arthur Badin, publicado no DOU de 06 de dezembro de 2006).

rate no sentido importação poderiam ser livremente negociados ou remunerados de acordo com eventuais tabelas de preços.<sup>83</sup>

Essa configuração traz à tona o seguinte questionamento: ao menos no âmbito da livre negociação de preços, não restaria possível a configuração de eventual abuso de poder econômico, a ser submetido ao escrutínio antitruste? Na realidade, a afirmação da liberdade de contratação não afasta, mas sim corrobora a possibilidade desse controle, já que o direito da concorrência é, por excelência, voltado à repressão de abusos econômicos praticados justamente no campo da liberdade privada. Nessa hipótese, existiria uma margem de autonomia deixada pela norma setorial na qual o agente privado poderia infringir a ordem econômica que permitira a reprimenda da conduta, tal qual preconizado pela própria jurisprudência do Cade, como analisado.

Assim, (i) a ausência de definição dos objetivos, expectativas e custos envolvidos na regulação, (ii) a abstenção da Antaq no enfrentamento das considerações feitas pelo SBDC em consulta pública; (iii) a circunstancia de o objeto da regulação da agência ser algo meramente factual e (iv) a eventual margem de liberdade deixada pela norma regulatória para a prática de infração são argumentos que podem servir à tese de que a Resolução nº 2.389/12 não é totalmente incompatível com a repressão de infrações à ordem econômica por parte do SBDC nos processos administrativos ainda não julgados pelo Cade.

## Conclusão

Ao tempo em que a competição é um valor mínimo a ser buscado pelo Estado regulador, as opções por ele adotadas no âmbito de normas setoriais podem influenciar de forma predominante, ou até mesmo definitiva, a viabilidade da concorrência nos domínios regulados. Em especial nos campos de infraestrutura – marcados por falhas de mercado que naturalmente dificultam a competição –, as formas de delegações de serviços públicos e a eficiência dos mecanismos de controle das obrigações firmadas com os particulares podem ser fatores determinantes para a saúde do ambiente concorrencial.

---

<sup>83</sup>Repisa-se que o art. 5º da Resolução nº 2.389/12 traz a seguinte redação: Os serviços não contemplados no Box Rate, quando demandados ou requisitados pelos clientes ou usuários do terminal sob a responsabilidade de Operadores Portuários, obedecerão as 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.

No âmbito do setor portuário brasileiro, as profundas transformações regulatórias ocorridas nas últimas duas décadas ressignificaram por completo a dinâmica de competição. Com a liberalização de mercado operada pela Lei nº 8.630/93, a concorrência intraportuária entre Operadores Portuários nos mercados de movimentação de cargas aquaviárias, de fato, ganhou notabilidade. O regime, porém, não logrou estimular de modo significativo a competição entre infraestruturas distintas ou entre instalações portuárias geograficamente diferidas. Além disso, a imprecisão textual de cláusulas de contratos administrativos ensejou abusos de poder econômico, consubstanciados principalmente na livre criação de tarifas de serviços não suficientemente regulamentadas.

Assim, a política de liberalização trazida pela lei de 1993 mostrou-se infrutífera, na medida em que não atingiu uma sustentabilidade financeira do setor. Com efeito, no regime anterior, assistiu-se a um aprofundamento do déficit de investimentos em infraestrutura portuária. Principalmente a partir dos anos 2000, parte significativa dos custos de manutenção e de ampliação da infraestrutura dos Portos Organizados passou a ser saneada por repasses diretos da União, já que as Autoridades Portuárias não conseguiam cobrir tais gastos somente com a exploração eficiente dos serviços.

Diante dos insucessos desse modelo, a Lei nº 12.815/13 buscou estimular ainda mais a entrada de capital privado no setor, com o fito de resolver o déficit de infraestrutura. Esse ímpeto pode ser sentido principalmente na reformulação do modelo de autorizações portuárias e, no plano infralegal, na abolição da diferença entre cargas próprias e de terceiros. Além dessas medidas, buscou-se conceituar com maior precisão o alcance da tarifa de movimentação portuária, tendo a Antaq sinalizado uma possibilidade de retorno ao antigo conceito de capatazia, a despeito da sua Resolução nº 2.389/12, fato que pode ensejar uma futura revisão do posicionamento da agência sobre a legalidade da cobrança de THC 2.

A realização das promessas trazidas pela nova lei dos portos, no entanto, depende do sucesso do novo modelo de concorrência interportuária nela previsto. Esse modelo, por sua vez, é calcado na competição direta entre agentes regulados submetidos a regimes jurídicos profundamente distintos. Ocorre que as assimetrias regulatórias nos regimes de arrendamento e autorização tornam a meta de concorrência, senão utópica, de baixa exequibilidade. De fato, os altos custos transferidos à iniciativa privada nos contratos de autorização, as limitações impostas à expansão territorial das instalações portuárias privadas e a disparidade dos regimes tarifários que vigem nessas instalações são fatores que corroboram as elevadas barreiras à entrada do mercado, o que põe em cheque a viabilidade do processo competitivo que se pretende fomentar.

## Referências Bibliográficas

- ARAGÃO, A. S. D. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- \_\_\_\_\_. **Serviços Públicos e Concorrência**. Rio de Janeiro: ReDAE - Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, v. 1 - fevereiro/março/abril, 2005.
- \_\_\_\_\_. **A Legitimação Democrática das Agências Reguladoras**. Rio de Janeiro: Lumem Iuris, 2006.
- ARANHA, M. I. **Manual de Direito Regulatório**. 2ª. ed. Coleford, UK: Laccademia Publishing, 2014.
- BALDWIN, R.; SCOTT, C.; HOOD, C. **A Reader on Regulation**. Oxford: University Press, 1998.
- BECKER, G. S. A Theory of Competition Among Pressure Groups for Political Influence. **The Quarterly Journal of Economics**, v. 98, n. 3, August 1983.
- BERCOVICI, G. **Constituição Econômica e Desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BNDES, B. N. D. D.-. **Análise e Avaliação da Organização Institucional e da Eficiência de Gestão do Setor Portuário Brasileiro**. São Paulo: Booz and Company, 2012.
- BORK, R. H. **The Antitrust Paradox: a policy at war with itself**: Basic Books, 1993.
- CARLTON, D. W.; PICKER, C. Antitrust and Regulation. **NBER Working Paper No. 12902**, Chicago, n. 312, feb. 2007. pp. 25-61.
- COASE, R. H. The Problem of Social Costs. **Olin Working Paper**, Chicago, 3, October 1960. pp. 1-44.
- CUÉLLAR, L. **As Agências Reguladoras e seu Poder Normativo**. São Paulo: Dialética, 2001.
- DOGAN, S. L.; LEMLEY, M. A. Antitrust Regulatory Gaming. **Texas Law Review**, v. 87, n. 4, p. 685-729, mar. 2009.
- ELHAUGE, E. R. The Scope of Antitrust Process. **Havard Law Review**, v. 104, n. 3, p. 667-747, jan. 1991.
- FAGUNDES, J. Setor Portuário Brasileiro: regulação e indicadores. **Revista do IBRAC**, São Paulo, n. 18, p. 142-184, jul./dez. 2010.
- FRISON-ROCHE, M.-A. Definição do Direito da Regulação Econômica. **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**, Belo Horizonte, n. 9, p. 207-217, jan./mar. 2005.
- GARCIA, F. A.; FREITAS, R. V. Portos Brasileiros e a Nova Assimetria Regulatória: os títulos habilitantes para a exploração de infraestrutura portuária. In: MOREIRA, E. B. **Portos e Seus Regimes Jurídicos: a Lei 12.815/13 e seus desafios**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

- GONÇALVES, P. C. **Reflexos Sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante**. Coimbra: Editora Coimbra, 2013.
- GRAHAM, C. **Regulating Public Utilities**. Oxford: Hart Publishing, 2000.
- GUIMARÃES, B. S.; KATO, M. A. Arrendamentos portuários: licitação, proteção à concorrência e o direito dos arrendatários. In: MOREIRA, E. B. **Portos e seus regimes jurídicos: a Lei nº 12.815/13 e seus desafios**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.
- IPEA, I. D. P. E. A. Portos Brasileiros: Diagnóstico, Políticas e Perspectivas. Comunicados do Ipea nº 48. **Série Eixos do Desenvolvimento Brasileiro**, São Paulo, 2010.
- JACOB, K. et al. **Integrating the Environmental in Regulatory Impact Assessments**: OCDE Publishment, 2011.
- JONES, A.; SUFRIN, B. **EC Competition Law: text, cases and materials**. New York: Oxford University Press, 2001.
- JR., J. S. W. A Capture Theory of Antitrust Federalism. **Havard Law Review**, v. 99, n. 713, p. 716-719, 1986.
- JUSTEN FILHO, M. Agências Reguladoras e Democracia: existe um déficit democrático na regulação independente? **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, n. 2, abr./jun. 2003.
- MANKIW, G. N. **Principles of Economics**. 7ª. ed. [S.l.]: Cengage Learning, 2013.
- MARQUES NETO, F. A. Regulação Setorial e Órgão Antitruste: a importância da independência do regulador. In: CAMPILONGO, C.; VEIGA DA ROCHA, J. P. C.; LESSA MATTOS, P. T. **Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro**. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- MARQUES NETO, F. A. A Articulação Entre Regulação Setorial e Regulação Antitruste. **Regulação Brasil**, Porto Alegre, n. 1, p. 69-87, abr. 2005.
- MCGOWAN, D.; LEMLEY, M. A. Antitrust Immunity: *State Action* and Federalism, Petition and the Frist Amendment. **Havard Journal of Law and Public Policy**, v. 17, n. 2, 1994.
- MELLO, M. T. L. **Regulação e Defesa da Concorrência: interação, conflitos e critérios de solução**. Rio de Janeiro: ANPEC, 2003.
- OCDE. **Policy, Roundtables, Concessions**. 2006.
- OCDE. **Competition in Ports and Port Services**. DAF/COMP, 2011.
- OLIVEIRA, G. **Concorrência: panorama no Brasil e no mundo**. São Paulo: Saraiva, 2001.
- PELTZMAN, S. **The Economic Theory of Regulation After a Decade of Deregulation**: Brooking Papers, 1989.
- POSNER, R. A. Theories of Economic Regulation. **The Bell Journal of Economics and Management Science**, Autumn, v. 5, n. 2, 1974.

- RIBEIRO, L. C. O Novo Marco Regulatório dos Portos - Entre Grandes Objetivos e Inadequadas Exigências. In: MOREIRA, E. B. **Portos e Seus Regimes Jurídicos: a Lei 12.815/13 e seus desafios**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.
- SALOMÃO FILHO, C. **Regulação da Atividade Econômica**. 2ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- SALOMÃO FILHO, C. **Direito Concorrencial**. 1ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- SAMPAIO, P. P. **Regulação e Concorrência: a atuação do Cade em setores de infraestrutura**. 1ª e-Book. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- SCHIRATO, V. R. As infraestruturas privadas no novo marco setorial de portos. In: MOREIRA, E. B. **Portos e Seus Regimes Jurídicos: a Lei 12.815/13 e seus desafios**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.
- STIGLER, G. The Theory of Economic Regulation. **The Bell Journal of Economics and Management Science**, Spring, v. 2, 1971.
- SULLIVAN, L. A.; FIKENTSCHER, W. On the Growth of the Antitrust Idea. **Berkley Journal of International Law**, 1998.
- SUNSTEIN, C. R. Paradoxes of Regulatory State. **University of Chicago Law Review**, Chicago, v. 57, p. 407-411, 1990.
- UNCTAD. **Best practices for defining respective competences and settling of cases, which involve joint action by competition authorities and regulatory bodies**. 2. ed.: TD/B/COM.2/CLP/44, 2006.
- UNCTAD. Public Monopolies, Concessions and Competition Law and Policies, 2009.
- WHITE, B. The Antitrust Laws and Public Utility Regulation - A Proper Mix? **Ann. Rep. Sec. Pub. Util. Law**, v. 41, 1974.
- WILEY JR., J. S. A Capture Theory of Antitrust Federalism. **Harvard Law Review**, v. 713, n. 99, p. 716-730, 1986.
- WINDHOLZ, E.; HODGE, G. Conceituando Regulação Social e Econômica: implicações para agentes reguladores e para atividade regulatória atual. **Revista de Direito Administrativo - RDA**, Rio de Janeiro, v. 264, p. 13-56, set./dez. 2013.