

Breves Notas Sobre a Regulação Econômica do Setor de Transportes Aquaviários e Portos

Brief Notes on the Economic Regulation of Water Transportation Sector and Ports

Oswaldo Agripino de Castro Junior^{a*}

^aUniversidade do Vale do Itajaí, SC, Brasil

*E-mail: agripino@univali.br

Resumo

Com a Reforma do Estado implementada pelo Governo Fernando Henrique Cardoso e em face da implantação do modelo das agências reguladoras independentes a partir da década de 1990, a busca da competitividade por meio da regulação setorial vem assumindo, cada vez mais, papel relevante no Brasil. Apesar disso, a regulação do setor de transportes aquaviário e portos, estratégica para o desenvolvimento econômico do país, exercida pela Antaq, a partir de 05 de junho de 2001, não tem usado o potencial do marco regulatório, tal como se dá com os fretes e tarifas portuárias. Como exemplo, pode-se citar a decisão do Cade, de 2006, acerca de cartel nos transportes marítimos e tarifas de armazenagem abusivas. Assim sendo, o presente artigo objetiva contribuir para a concorrência leal e modicidade tarifária no setor, ao discutir aspectos introdutórios da regulação; discorrer sobre conceitos relevantes da defesa da concorrência, aqui considerados elementos estratégicos na regulação do setor mencionado, além de abordar sobre a regulação econômica do transporte aquaviário e da atividade portuária.

Palavras-chave: Regulação Econômica. Transporte Aquaviário. Atividade Portuária.

Abstract

Along with the State Reformation implemented by Fernando Henrique Cardoso's government and in light of the implementation of the model of independent regulator agencies since 1990's, the search of competitiveness by means of sector regulation has increasingly gotten a relevant role in Brazil. Nevertheless, the regulation of the sector of water transportation and ports, indispensable for the economic development of the country and exerted by Antaq since June 5th, 2001, hasn't used the potential of the regulatory mark, such as it happens with freightage and port fares. As an example, one can mention the decision of Cade in 2006 about the cartel on maritime transportation and abusive storage fares. Therefore, this article aims to contribute towards loyal competition and fare reasonableness on the sector, by discussing introductory aspects of the regulation; discussing about relevant concepts of competition security, which are thought to be indispensable elements on the regulation of the mentioned sector; besides approaching the economic regulation of water transportation and port activities.

Keywords: Economic Regulation. Water Transportation. Port Activities.

1 Introdução

Segundo Aragão (2005), o termo *regulação* tem causado mal-entendido pela sua suposta novidade e pela difícil distinção em relação a outros institutos do Direito Público da Economia, tais como a regulamentação, o poder de polícia, a ordenação da economia, a auto-regulação, a desregulação¹, a desregulamentação, entre outros.

O papel do Estado-empresendedor é mais claro entre as décadas de 1930 e 1980, embora o esgotamento do modelo de substituição de importações já se manifestasse desde meados dos anos 1970. No entanto, somente a partir da última década do século XX ocorre, segundo Oliveira, Fujiwara e Machado (2005, p.165), mudança sensível, aumentando a importância

do papel regulador do Estado relativamente à sua presença na esfera de produção de bens e serviços.

A Lei Federal n. 8.031/90 – que dispõe sobre o Programa Nacional de Desestatização² – representou um marco na redução da intervenção do Estado brasileiro na economia. Nessa primeira fase de transformação do seu papel, verificou-se a privatização de empresas públicas atuantes em mercados que não requerem o estabelecimento de marco regulatório específico, como os setores siderúrgico, petroquímico e de fertilizantes. Além disso, o Plano Diretor da Reforma do Estado, em 1995, começou o processo que resultou na construção do Estado regulador e promoveu a redução do Estado interventor no domínio econômico.

Nesse quadro, conceitua-se regulação como a intervenção

1 Não significa tão somente extinguir a regulação em determinadas atividades, mas também reduzir a intensidade da regulação. Sobre a desregulação no transporte marítimo internacional e nos portos marítimos nos Estados Unidos, com ênfase na experiência desregulatória da aviação civil ocorrida a partir de 1978, que ampliou o acesso aos serviços, bem como reduziu tarifas (CLOTT; WILSON, 1998-1999).

2 Segundo Aragão (2005), a discrepância de nomenclatura é grande. Nesse sentido, adotar-se-á o que sustenta Bandeira de Mello (1998) e, com base no art. 2º, § 3º da Lei n.º 8.031/90, o termo *desestatização*, em sentido genérico, e em sentido específico para os serviços públicos cuja execução foi delegada à iniciativa privada, e *privatização* para as atividades econômicas que deixaram de ser exploradas por entidades estatais. Pode-se citar como exemplo, os serviços de transportes marítimos que eram prestados pela *Companhia Lloyd Brasileiro*, que foi privatizada.

do Estado no domínio econômico que visa a proteger o interesse público e a orientar o agente econômico na direção desejada pela Constituição Federal. Trata-se, portanto, de um conceito econômico. A regulação no Estado de Direito se realiza através da regulamentação, que é um conceito jurídico, nesse caso, com forte impacto na economia.

Os estudos sobre regulação econômica foram realizados, originalmente, nos países de língua inglesa. *Regulation* refere-se à atividade regulatória exercida pelo Estado, conceito mais amplo porque abrange funções normativas, fiscalizadoras, executivas, sancionadoras e adjudicativas, é um conceito que tem abrangência econômica, enquanto a atividade regulamentadora é a forma como se dá uma das funções da atividade regulatória, qual seja: normativa. Dentre os poderes de uma agência reguladora setorial, podem ser citados o normativo, adjudicatório, fiscalizatório, sancionatório, dialógico e redistributivo.

O vocábulo anglo-saxão *regulation* é ao mesmo tempo mais restrito que o conceito francês (visto que aquele se refere unicamente à regulamentação) e mais amplo (posto que o primeiro diz respeito a todas as formas de intervenção das autoridades públicas adotando a forma regulamentar) (FRISON-ROCHE, 2005).

O Estado tem interferido nas relações econômicas, seja por meio da edição de leis para disciplinar a conduta dos agentes privados, seja por meio do poder de polícia limitador, desde que com razoabilidade e proporcionalidade, das atividades privadas. Em seguida, essa intervenção é ampliada e o Estado passa a explorar diretamente a atividade econômica, por meio das empresas estatais e sociedades de economia mista, dentre outras formas.

É relevante mencionar que o constituinte nos termos do art. 174, *caput*, da CF,³ distinguiu os dois papéis do Estado em face da ordem econômica, ao separar a *atividade regulamentar* (normativa) da *atividade regulatória* (esta última compreendendo o detalhamento dos aspectos de fiscalização, incentivo e planejamento, de forma que, “é certo que, para a ordem constitucional brasileira, regular não é sinônimo de regulamentar” (MARQUES NETO, 2009, p. 91)

No Brasil, o Direito Regulatório tem grande relação com o Direito Administrativo, em face da relação do Estado com o administrado (FRISON-ROCHE, 2005). Nos Estados Unidos, a regulação se relaciona aos *regulatory systems*, que exprimem o conjunto de dispositivos e instituições que exprimem essa nova forma de políticas públicas. A expressão *Regulatory*

Law expressa o direito ensinado nas Faculdades de Direito de *Harvard* e *Stanford*, por exemplo, que abrange cursos de Direito Administrativo, Direito Institucional e direitos de cada um dos setores regulados, especialmente os de indústria e rede⁴.

A regulação pode incidir sobre qualquer objeto social, como a saúde, a educação, a família, ou o trabalho, mas é no âmbito da Economia que vem sendo mais demandado pelas agências reguladoras e, *in casu*, no Direito Econômico. Pode-se conceituar regulação como o conjunto de ações legislativas, administrativas e convencionais, através das quais, o Estado induz os agentes econômicos a fim de garantir o interesse público, conforme os marcos jurídicos constitucional e infraconstitucional (setorial).

A regulação pode ser dividida em a) regulação econômica:⁵ ocorre de várias formas, dentre as quais, quando intervêm no mercado, para manter o mercado, ajustando suas incorreções naturais, por meio do combate às falhas do mercado, mas também o interesse público, por meio da legislação antitruste, da modicidade tarifária, da defesa do consumidor, do combate à inflação, dos requisitos para as empresas entrarem em determinado setor⁶ e das exigências de garantias do sistema financeiro, trata-se uma tarefa necessária para que a economia funcione por meio do mercado, mas com respeito aos imperativos sociais e b) regulação social: abrange a defesa da saúde do consumidor, do trabalhador e do meio ambiente, dentre outras formas de intervenção que não são incluídas na regulação econômica⁷.

O sistema visa a proteger aquele que tem menos condições de participar do jogo, como o consumidor. Assim, a regulação intervém porque a regulação econômica pressupõe a construção de setores nos quais a concorrência penetra, mas que ela não governa sozinha (FRISON-ROCHE, 2005).

Mas os conceitos variam. Segundo Posner (1974, p.1) “regulação econômica é a expressão que se refere a todos os tipos de impostos, subsídios, bem como o controle legislativo e administrativo sobre taxas, ingresso no mercado e outras facetas da atividade econômica”.

Mencione-se que o pano de fundo do direito da regulação é a economia de mercado e a globalização. A economia do mercado continua a ser regulamentada pelo direito, portanto, não é contraditório que uma economia liberal seja objeto de regulação, a partir do momento em que não é possível se contentar unicamente com a lei da oferta e da demanda (FRISON-ROCHE, 2005).

3 Art. 174 - *Como agente normativo e regulador da atividade econômica*, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

4 Nesse sentido, é a obra adotada pelas disciplinas de Direito Administrativo das duas faculdades (BREYER, 2002).

5 Sobre as origens dos transportes e da regulação econômica no setor (DEMPSEY; THOMS, 1986).

6 Ressalte-se que nos Estados Unidos, mesmo entre as empresas prestadoras de serviços públicos ou pelo menos na sua periferia, essa regulação é frequentemente incompleta – controle sobre preço, mas não sobre a entrada (tal como em seguro), sobre a entrada, mas não preço (tal como no rádio e na televisão) ou qualidade do serviço (sistema financeiro) (KAHN, 1988).

7 Os acadêmicos vêm fazendo muito progresso nos últimos trinta anos no estudo do impacto econômico da regulação social (HAHN, 2005). A obra aprofunda criticamente a análise do custo-benefício e outras ferramentas econômicas no processo de decisão regulatória.

Ao mesmo tempo em que o direito possibilita a entrada de empresas em um setor da economia, ele impõe exigências para que tal atuação não prejudique o consumidor dos serviços ou produtos das empresas entrantes (que desejam entrar) e incumbentes (que já atuam no mercado por outorga estatal). Isso ocorre, por exemplo, com a regulação do direito da concorrência, que busca concorrência leal entre os agentes econômicos, públicos e privados, de forma que, se houver violação a tal direito, a regulação, por meio da fiscalização, impõe sanção a tal conduta.

Dessa maneira, globalização, mercado e direito caminham juntos, mas a globalização é mais abrangente do que a regulação, como afirma Frison-Roche (2005, p. 211-212):

Da mesma forma que o direito da concorrência só excepcionalmente integra a regulação, a globalização é mais ampla do que a regulação dos mercados na medida em que ela visa em primeiro lugar ao comércio, depois à concorrência e em seguida à organização setorial. Com efeito, as formas da globalização podem ser reduzidas a duas, quase antagônicas. Primeiramente, a globalização designa a explosão da mobilidade internacional, através da internacionalização das trocas e dos deslocamentos de pessoas, bens e capitais. Trata-se de comércio. [...] A dificuldade é mais frontal (visto que conceitual) quando a globalização designa a constituição aterritorial de espaços virtuais, tais como os espaços por onde circulam os produtos financeiros e as informações. Trata-se, então, não somente de comércio, mas da constituição de setores globais. [...] Consistindo essa globalização não em uma aproximação dos espaços, mas na sua neutralização através de setores particulares, ela põe os Estados em dificuldade, pois estes antes se desenvolvem com base em territórios. Esta é a razão pela qual a globalização interfere no direito da regulação: não somente porque é nos setores regulados que ela se desenvolveu mais depressa (principalmente as comunicações e os produtos financeiros), mas também porque os instrumentos da regulação – por exemplo, a mistura entre coação e incentivo e as autoridades tecnocráticas de regulação – são por enquanto os mecanismos aos quais, na falta de instituições mais democráticas, é confiada a tarefa de regular o mundo.

Nesse contexto, o direito sofre influência do direito internacional, em face da supranacionalidade das normas de organismos internacionais, como OMC (Organização Mundial do Comércio) e IMO (*International Maritime Organization*), no caso do transporte marítimo, que possuem importante papel regulador no setor.

A economia de mercado nunca significou ausência de direito, mesmo na concepção minimalista do enquadramento jurídico da economia. Como sustenta Hayek (*apud* FRISON-ROCHE, 2005) o direito é a garantia da não-interferência dos poderes no exercício individual das liberdades, e sob a forma negativa, o direito continua sendo necessário.

De acordo com Frison-Roche (2005, p.209):

Primeiramente, um mercado é um sistema de trocas que se relaciona com os princípios liberais de livre acesso para os que realizam a oferta, de competição possível entre eles, e de liberdade dos que procuram adquirir, todo esse conjunto

tendo como pressuposto a liberdade contratual e propriedade privada.

Numa visão mais restritiva, a regulação visaria exclusivamente a garantir o equilíbrio do mercado, coibindo práticas distorcidas dos agentes econômicos, ora consideradas falhas de mercado, a fim de assegurar o equilíbrio interno do sistema regulado (CAMPOS, 2008).

Para citar um setor, a regulação do transporte aquaviário e portos, então, pode ser definida como o conjunto de medidas legislativas, administrativas e criadas pelos usuários e prestadores de serviços do setor portuário, com fundamento na Constituição Federal e, especialmente das Leis n. 8.630/93, n. 9.432/97, 9.537/97, 10.233/01 e 11.518/07, sob coordenação das diretrizes do Conit (Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transportes), bem como normas editadas pela Antaq e controle do legislativo que determina, controla ou influencia o comportamento dos agentes econômicos visando à eficácia do interesse público na logística de transporte brasileira.

Assim, no que tange à regulação a ser realizada pela Antaq, essa deve garantir a movimentação de pessoas e bens, em cumprimento a padrões de eficiência, segurança, conforto, regularidade, pontualidade e modicidade nos fretes e tarifas e harmonizar, preservado o interesse público, os objetivos dos usuários, das empresas concessionárias e de entidades delegadas, arbitrando conflito de interesses. Após a introdução da regulação, discorrer-se-á sobre a defesa da concorrência e possibilidades de efetividade da mesma no setor de transportes aquaviários e portos.

2 Desenvolvimento

2.1 Conceitos da Lei de Defesa da Concorrência

A defesa da concorrência do setor de transportes aquaviários e portos deve ser feita pela Antaq e, no âmbito do porto organizado, pelo Conselho de Autoridade Portuária, conforme o art. 30, parágrafo 1º, inciso VI, da Lei dos Portos (8.630/93). Em decorrência da importância da defesa da concorrência para a regulação econômica, tendo em vista o objeto da Lei n. 8.884/94, serão apresentados os principais conceitos jurídico-econômicos envolvidos, quais sejam:

2.1.1 Mercado relevante

Unidade de análise para a avaliação do poder de mercado, que define a fronteira da concorrência entre as firmas. A definição leva em consideração duas dimensões: a dimensão do produto e a dimensão geográfica e pressupõe que o conceito define um espaço em que não seja possível a substituição do produto por outro, seja em razão do produto não ter substituto, seja porque não é possível obtê-lo. É nesse espaço que o poder de mercado pode ser inferido (BRASIL, 2007).

2.1.2 Posição dominante

Ocorre quando uma empresa ou grupo de empresas

controla parcela substancial do mercado relevante, como prestador de serviço de transportes marítimos de contêineres, onde poucas empresas dominam mais da metade do mercado brasileiro no comércio exterior. Dessa forma, esse grupo de empresas é capaz de, deliberada e unilateralmente, alterar as condições de mercado.

A parcela substancial de mercado relevante de que trata a Lei n. 8.884/94 é presumida quando a empresa ou o grupo de empresas controla 20 % do mercado relevante em questão. Ressalte-se que, em casos especiais, a Lei autoriza o Cade a alterar esse percentual para setores específicos da economia (art. 20, §§ 2º e 3º) (BRASIL, 2007).

2.1.3 Poder de mercado

Uma empresa (ou grupo de empresas) possui poder de mercado se for capaz de manter seus preços sistematicamente acima do nível competitivo de mercado sem com isso perder todos os seus clientes.

2.1.4 Condutas lesivas à concorrência

Uma conduta, nos termos do art. 20, da Lei n. 8.884/94, é considerada infração à ordem econômica quando sua adoção tem por objeto ou possa acarretar os seguintes efeitos, ainda que só potencialmente: limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência; aumentar arbitrariamente os lucros do agente econômico; dominar mercado relevante de bens ou serviços; ou quando tal conduta significar que o agente econômico está exercendo seu poder de mercado de forma abusiva (BRASIL, 2007).

A caracterização de infração à ordem econômica ocorre independentemente de culpa e pode ser configurada ainda que os efeitos nocivos sejam somente potenciais. Além disso, quando a conquista de mercado (dominar mercado de bens e serviços) é relevante de processo natural da maior eficiência do agente econômico em relação a seus concorrentes, a conduta é considerada legal do ponto de vista da regulação econômica da defesa da concorrência (BRASIL, 2007).

O art. 21 da Lei n. 8.884/94 enumera algumas que podem caracterizar infração à ordem econômica, portanto não é *numerus clausus*, desde que configurem hipótese de efeitos anticoncorrenciais prevista no art. 20. As condutas que estão na lista do art. 21, que não é exaustiva, vez que no caso concreto, pode-se identificar outra não mencionada, desde que cause dano à concorrência, são as seguintes: a) cartel; b) preços predatórios; c) fixação de preços de revenda; d) restrições territoriais e de base de clientes; e) acordos de exclusividade; f) venda casada; e g) discriminação de preços.

Além disso, é relevante conceituar cartel e preço predatório.

2.1.5 Cartel

É um acordo entre os agentes econômicos que ofertam produtos substitutos, visando elevação de preços e lucros por

meio da divisão do mercado, da combinação de preços, da divisão de cotas de produção, do controle das quantidades produzidas/distribuídas ou da divisão territorial (BRASIL, 2007).

Na área de transporte deve-se mencionar que a Secretaria de Direito Econômico (SDE) concluiu em 2009 que empresas aéreas de diversos países formaram cartel para combinar preços no setor de transporte de carga brasileiro. As empresas Air France, American Airlines, KLM, ABSA, Variglog, Alitalia e United Airlines são as acusadas pelo órgão do sistema de defesa da concorrência, depois de um levantamento de dois anos.

A SDE identificou que, entre 2003 e 2005, as empresas aéreas praticaram cartel ao combinar a cobrança do adicional de combustível dos agentes de carga, sempre no preço máximo permitido pelo Departamento de Aviação Civil (DAC). A nota publicada pela SDE é a seguinte:

A SDE identificou provas de cartel na cobrança do adicional de combustível, no valor máximo autorizado pelo Departamento de Aviação Civil (DAC), entre 2003 e 2005. A investigação também concluiu que as empresas aéreas combinaram a data da implementação dos reajustes nos valores do adicional de combustível. Também foram encontradas evidências de participação ativa na operacionalização do cartel de executivos e funcionários das empresas citadas (15 pessoas). No caso dos executivos, eventuais multas são de 10% a 50% da que for aplicada à companhia. Para funcionários, ela pode variar de R\$ 6 mil a R\$ 6 milhões. Publicado no Diário Oficial da União do dia 31 de dezembro, o parecer da SDE será encaminhado ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Se condenadas, as empresas poderão pagar multas que variam de 1 a 30% do seu faturamento bruto no último exercício de ocorrência da prática investigada. Autoridades de defesa da concorrência de outras jurisdições – como África do Sul, Austrália, Estados Unidos, Comissão Européia e Canadá - também movem processos por prática de cartel no transporte aéreo de carga, com objeto semelhante ao da investigação realizada no Brasil. O valor do frete cobrado pelo transporte aéreo de carga é determinado, não só pelo peso e volume da carga a ser transportada, mas também por outros componentes, como o valor dos impostos e das taxas legalmente definidas, como o adicional de combustível, que refletia variações no preço do combustível. No Brasil, em 2003, o DAC aprovou a cobrança do adicional de combustível desde que sua adoção não fosse obrigatória e que fosse estipulado um teto máximo para sua cobrança. Assim, considerando que os valores aprovados pelo DAC não eram fixos, as empresas de transporte aéreo de carga tinham autonomia, de acordo com as regras da livre iniciativa e da livre concorrência, para fixarem individualmente o adicional de combustível da maneira que melhor lhes conviesse comercialmente, desde que não fosse ultrapassado o teto máximo estipulado pelo Departamento de Aviação Civil (BRASIL, 2010).

Caberá, portanto, ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) do Ministério da Justiça, órgão decisório do sistema antitruste, julgar o caso com base nas informações da Secretaria de Direito Econômico (SDE).

2.1.6 Preço predatório

Prática deliberada de preço abaixo do custo - a Resolução n. 20 do CADE define, mais precisamente, como preço abaixo do custo variável médio – visando a eliminar concorrentes, para depois explorar o poder de mercado angariado com a prática predatória.⁸

2.2 Regulação Econômica do setor de transporte aquaviário e portos

Uma das justificativas da regulação econômica é a existência de falhas de mercado, dentre as quais podem ser citadas a concorrência imperfeita e os preços e tarifas predatórios. A intervenção ocorre, então, em face de inabilidade dos agentes do mercado em lidarem com problemas estruturais particulares (BREYER, 1982), dentre os quais a concorrência desleal entre os citados agentes:

Por isso, regulação e concorrência, regulação e privatização, regulação e controle dos resultados são pólos de atração recíproca, que não podem faltar às normas pertinentes, sob pena de inviabilização do experimento” (FERRAZ, 2003, p.201).

Ademais, os principais objetivos da maioria dos esforços de regulação econômica são: a) controle do poder do monopólio; b) controle dos lucros abusivos; c) compensação para as externalidades; d) informação inadequada; e) competição excessiva; f) desigualdade no poder de barganha; g) racionalização, que inclui planejamento da indústria; h) *moral hazard*;⁹ i) paternalismo e j) escassez (BREYER, 1982).

No que tange às externalidades, considerável quantidade de regulação é justificada tendo em vista que o preço não regulado de um bem ou serviço não reflete o seu verdadeiro custo de produção para a sociedade. As diferenças entre verdadeiro custo social e preço não regulado são chamados *spillover costs* (ou benefícios) e usualmente chamados pelos economistas de externalidades (BREYER, 1982).

Assim, a regulação econômica é orientada para suprir as falhas do mercado, de forma que o setor público atua para corrigir as distorções do mercado que afetam o bem-estar dos indivíduos e até mesmo substituir o mercado. Aliás, a regulação econômica não é indiferente ao mercado e leva em consideração os sinais, a informação fornecida pelo mercado (MALARET, 2008).

De acordo com Campos (2008, p.345):

Até o começo dos anos 60, a teoria dominante sobre a regulação

era denominada como análise normativa de uma teoria positiva (NPT). Essa teoria considera que as falhas de mercado são as razões que levam à regulação de determinada atividade econômica. Uma vez adotadas medidas regulatórias, supõe-se que os agentes reguladores diminuem ou eliminam as ineficiências geradas pelas falhas de mercado. No início dos anos 60, a falha de mercado mais popular era o monopólio natural,¹⁰ seguido, à distância, pelas externalidades.

Nesse cenário, como se trata da regulação econômica:

É possível dizer então que a regulação intervém como um tipo de aparelhagem própria, a um setor, integrada dentro dele – do qual a regulamentação é apenas um dos instrumentos – que entrelaça regras gerais, decisões particulares, sanções, soluções de conflito e que inclui geralmente a criação de um agente regulador independente. Através dessa aparelhagem jurídica, o sistema de regulação cria e mantém um equilíbrio entre a concorrência e outro princípio além da concorrência dentro dos setores econômicos que não os podem criar ou manter por si próprios ou apoiando-se sobre o quadro geral do direito da concorrência (FRISON-ROCHE, 2005, p.209).

A abordagem normativa está fundada em uma teoria do interesse público, segundo a qual a regulação é instituída com o propósito de defender o interesse público contra perdas de bem-estar associadas às falhas de mercado (CAMPOS, 2008). Dessa forma, a regulação é indispensável como meio de minimizar o impacto dessas falhas e se constitui no único meio a de correção das inadequações dos modelos de negócios privados aplicados aos serviços públicos e às deficiências das empresas estatais (COUTINHO, 2005).

Por sua vez, para o bom funcionamento da economia, é imprescindível a eficácia dois princípios: livre concorrência e defesa do consumidor, ambos regulamentados pelas Leis n. 8.884/94 e n. 8.078/90, respectivamente (CASTRO JUNIOR, 2009).

A regulação econômica ainda tem função harmonizadora e de equilíbrio, vez que:

determinado tipo de intervenção pública singularizada por sua finalidade, introduzir o mercado quando este falha, falha por razões estruturais – monopólio natural,¹¹ bens públicos, externalidades negativas – ou por considerações vinculadas aos requerimentos próprios da democracia ou do bem-estar, quando falha atendendo razões de equidade. Essa intervenção pública responde ao imperativo de conciliar, de harmonizar, de equilibrar as exigências de funcionamento eficiente dos mercados com as exigências próprias da satisfação de necessidades coletivas (MALARET, 2008, p. 97).

8 As empresas brasileiras de navegação, que já tiveram maior parcela de participação no transporte marítimo internacional brasileiro, vêm, a cada ano, reduzindo a sua parcela de participação nesse segmento da indústria de serviços. Nesse sentido, é necessário um estudo aprofundado para análise das causas desse processo. Uma hipótese plausível, em face das evidências, é a prática reiterada de preços predatórios, pelos concorrentes internacionais que, juntamente com o uso da bandeira de conveniência, tornam a competição desleal, o que pode levar à extinção das empresas brasileiras de navegação que ainda persistem em atuar no setor. Tal conduta ocorre em face de falha de governo, de modo que pode ser reduzida ou extinta com a aplicação da legislação pelas instituições competentes para punir tal prática. Além disso, é necessário também o estudo da participação de grupos de transporte internacionais no capital das empresas brasileiras de navegação, a fim de verificar o grau de transnacionalização dessas empresas.

9 Expressão usada para descrever a situação na qual alguém além do comprador paga pela compra desse comprador (BREYER, 1982, p.33).

10 É uma empresa que tem capacidade de produção para todo o mercado com um custo inferior ao que existiria se houvesse outras empresas e surge onde há grandes economias de escala.

11 Sobre o tema Braeutigam (1989).

Ressalte-se que a crise de novembro de 2008, onde ficou evidente a falha de governo na regulação do sistema financeiro norte-americana, que deveria ter sido feita pelas agências de governo, como *Securities Exchange Commission* (equivalente à CVM brasileira), *Department of Treasury*, *Federal Reserve Bank* e Congresso norte-americano, causou nova busca pela regulação eficaz no combate às falhas de mercado. Da lição, confirma-se a teoria de que a falha de governo (omissão na fiscalização ou ação regulatória ineficaz¹²) é pior do que a falha de mercado.

É evidente que a regulação tem sido cada vez mais necessária para salvaguardar o interesse público, numa economia cada vez mais globalizada, complexa e dinâmica. Assim:

[...] nesses dias de 2009, a efervescência da crise econômica internacional, novamente todos os Estados nacionais são chamados para salvar o capitalismo, e prioritariamente o grande capital, modificando as suas formas anteriores de atuação no processo econômico. Até alguns meses atrás o aparato estatal era incompetente, caro e rechaçado da vida econômica. Agora é o Príncipe Salvador que estatiza bancos, concede empréstimos milionários ao setor automobilístico, reduz tributos, realiza obras indutoras a fim de estancar os efeitos da crise e efetivar a convulsão social. Em síntese, o neoliberalismo de regulação também é incompatível para a continuidade do capitalismo no tempo e no espaço (CLARK, 2009, p.83).

Após a citada crise, Faria (2009, p. 21) sustenta maior articulação e eficiência das agências reguladoras e demais entidades estatais que intervêm na economia, da seguinte forma:

Mais precisamente, bancos centrais, autarquias e agências reguladoras independentes devem permanecer com suas respectivas competências normativas e campos de ação funcional e disciplinar – quando muito, poderão ser reformulados nos planos administrativo, gerencial e operacional para tentar exercer seus diferentes papéis de modo mais articulado e mais eficiente. O mesmo poderá ocorrer com as formas e mecanismos de controle direto e indireto da regulação econômica e do controle dos mercados de crédito – a combinatória entre elas pode até mudar, mas o provável aumento no peso dos controles diretos, com relação aos controles indiretos, dificilmente alterará a institucionalidade vigente na relação do Estado com o sistema financeiro.

Mencione-se que a política do Governo Lula, através da manifestação da Ministra Dilma Roussef, assim se manifestou com relação à competitividade do setor de transportes, incluindo-a como objetivo estratégico, da seguinte forma:

“Reduzir os custos logísticos para aumentar a competitividade do setor produtivo, tanto do segmento exportador, como o que se refere ao mercado interno” (ROUSSEF, 2007).

Acrescente-se que os atos administrativos da administração pública direta e indireta, inclusive autarquias especiais, como a ANTAQ, são passíveis de controle judicial, o que demanda, no que tange à regulação econômica, maior abertura do Poder Judiciário, para a fundamentação econômica das decisões. Nesse sentido, é relevante que as agências setoriais sejam ouvidas antes de qualquer decisão judicial e que os juízes observem a interpretação com base na análise econômica do direito, através de pareceres de economistas especialistas (BREYER, 2004). Acredita-se, ainda, que essa deferência judicial aos atos das agências será construída com o aumento da *expertise*, autonomia e independência das agências.

2.2.1 Estudo de caso: regulação dos serviços de transporte aquaviário e armazenagem

O caso¹³ envolveu o mercado de serviços de transporte e armazenagem e teve como requerente o Conselho dos Exportadores de Café do Brasil (CECAFE) e requeridos os armadores, agentes marítimos e operadores da atividade portuária Zim do Brasil Ltda; Wilson, Sons Agência Marítima Ltda; TMM do Brasil Ltda; Rohde & Liesenfeld do Brasil Transportes Internacionais Ltda; P&O Nedlloyd do Brasil Ltda; NYK Reefers Ltd.; MSC do Brasil Ltda; Montemar Marítima S.A.; MOL (Brasil) Ltda; Maersk Brasil Ltda; Hamburg Sud Brasil Ltda; Grimaldi Cia. Di Navigazione do Brasil Ltda; CP Ships Ltda; Companhia Sud Americana de Vapores S.A.; CMA CGM do Brasil Agência Marítima Ltda e Atlas Maritime Ltda.

Da análise do processo, verifica-se que:

O caso trata da representação da CECAFÉ que alega: (a) a recusa dos armadores de emitir e entregar ao embarcador, no prazo de 24 horas do recebimento da carga (como determina o artigo 578 do Código Comercial), o documento denominado conhecimento de embarque (*Bill of lading*). (b)- o condicionamento da entrega dos BLs ao pagamento de quantias em dinheiro, a título de THC, *BL fee* ou taxa de lacre; (c) tais cobranças seriam formas de aumentar, às expensas dos exportadores que não os contratam, as receitas de frete, cujo preço é restrito pelo forte poder de barganha dos importadores.¹⁴

O processo denunciou a prática de conduta restritiva à ordem econômica por meio de condutas enquadradas no Art.21, Incisos I, II, X, XIII e XIV da Lei n. 8.884/94¹⁵

12 A captura é exemplo de falha de governo, e ocorre quando a indústria, o consumidor ou o próprio governo, passa a usar a regulação para a defesa exclusiva dos seus interesses.

13 Averiguação Preliminar. Processo Administrativo n. 08012.010713/2004-96.

14 Averiguação Preliminar. Processo Administrativo n. 08012.010713/2004-96.

15 Art. 21. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica; I - fixar ou praticar, em acordo com concorrente, sob qualquer forma, preços e condições de venda de bens ou de prestação de serviços; II - obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes; X - regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição; XIII - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais; XIV - dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado em razão de recusa da outra parte em submeter-se a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais;

e os pareceres da SDE, da Procuradoria do CADE e do Ministério Público opinaram pelo arquivamento no que tange à existência de indícios de infração à ordem econômica por meio de condutas anticoncorrenciais possivelmente abusivas de agentes com poderes de barganha assimétricos envolvidos em relação econômica vertical.

Não obstante o arquivamento, o voto do Relator Abraham Benzaquem Sicsú, assim se manifestou:

(viii) Dado o mercado de armadores ser bastante mais concentrado que o mercado de produtores de café, e o poder de barganha dos armadores em relação aos exportadores, seria possível, a adoção de praticas abusivas por parte dos armadores. (ix) Com base no art. 2º, da Lei n. 8.884/84, *in verbis*: *Art. 2º Aplica-se esta lei, sem prejuízo de convenções e tratados de que seja signatário o Brasil, às práticas cometidas no todo ou em parte no território nacional ou que nele produzam ou possam produzir efeitos.*

Assim, quanto ao presente caso, se há uma eventual prática de abuso de poder, esta está sendo cometida no território nacional. Além disso, os efeitos da perda de competitividade devido a tal eventual conduta também poderão ser sentidos no território nacional. Sendo assim, as práticas denunciadas pela Representante devem ser analisadas pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, e repercutem, sim, no âmbito de aplicação da Lei n. 8.884/94. VI - Da conclusão. Conforme exposto, vislumbro indícios de condutas anticoncorrenciais, por parte das Representadas, descritas nos arts. 20 e 21 da Lei n. 8.884/94. Ao contrário da SDE, da Procuradoria do CADE, e do Ministério Público, não vislumbro argumentos suficientes para determinar o arquivamento do feito. Determino, assim, a instauração de processo administrativo pela SDE. Solicito ainda que a SDE verifique a conexão da matéria constante nos presentes autos com aquela investigada no Processo Administrativo n. 0800.024150/96-27, e se for o caso, apensá-la ao mesmo. É o voto. Brasília, 10 de maio de 2006. Abraham Benzaquem Sicsú – Conselheiro (sublinhado do Conselheiro e Relator)¹⁶.

Como mencionado, apesar do voto do Conselheiro-Relator, o Plenário negou provimento ao Recurso de Ofício em Averiguação Preliminar, conforme decisão abaixo, publicada em 8, de dezembro de 2006:

Decisão: O Plenário, por unanimidade, conheceu do presente Recurso de Ofício em Averiguação Preliminar e, por maioria, negou-lhe provimento, sendo mantido o arquivamento do processo, nos termos do voto do Conselheiro Prado, o qual redigirá o acórdão. Vencido o Relator, o qual conheceu do presente recurso de ofício em Averiguação Preliminar determinando a instauração de Processo Administrativo pela SDE, bem como, solicitando que a SDE verifique possível conexão da matéria tratada neste processo com aquela investigada no Processo Administrativo nº 08012.024150/96-27, nos termos de seu voto¹⁷.

Não obstante, tal decisão, a Procuradoria do CADE e

Conselheiro Luis Carlos Delorme Prado, no que tange à possibilidade da regulação setorial pela ANTAQ para tomar as providências para evitar que as empresas de navegação prejudiquem a competitividade brasileira, assim se manifestou:

Não afasto a possibilidade que o poder de mercado exercido pelas empresas de navegação possam afetar a competitividade brasileira na exportação de café, aumentando o custo de embarque. Nesse caso, compete às autoridades reguladoras portuárias tomar as providências para evitar tal resultado [...]. Por estas razões, não vislumbro indícios de infração à ordem econômica que justifiquem a abertura de processo administrativo. Sendo assim, e conforme os pareceres da SDE. Procuradoria do CADE e MPF, nego provimento ao recurso e determino o arquivamento destes autos. É o voto. Brasília, 06 de junho de 2006. Luiz Carlos Delorme Prado. Conselheiro¹⁸.

Mencione-se, ainda, em face da descentralização portuária e o papel exercido pelo CAP, a manifestação do conselheiro acerca da competência da Administração do Porto ou do Conselho de Autoridade Portuária, sobre a matéria:

A situação apontada, onde um agente econômico cobra serviços que, no entender dos representantes são indevidos, poderia ser resolvida das seguintes formas: a) pelo recurso à administração do porto, ou ainda ao Conselho de Autoridade Portuária que tem entre suas funções a responsabilidade de promover a racionalização e otimização do uso das instalações portuárias e homologar os valores das tarifas portuárias (art.30, itens IV e VI da Lei dos Portos)¹⁹.

Por fim, decorridos seis anos da decisão acima, não houve qualquer medida da Antaq ou de qualquer CAP no que tange à redução dos fretes e tarifas de armazenagem, bem como procedimento de fiscalização a fim de que tais tarifas sejam módicas.

3 Conclusão

Como visto, a regulação pode ser social ou econômica. A econômica se relaciona com a intervenção do Estado no domínio econômico, que pode ocorrer por meio da defesa da concorrência, acompanhamento ou controle de preços, tarifas, dentre outros, visando sempre valores compatíveis com a modicidade tarifária. A regulação social é aquela voltada para regular o meio ambiente, a saúde e a segurança das pessoas, bem como a proteção do trabalhador e passageiros, no caso de regulação de passageiros.

Em face do que foi acima abordado, de forma resumida, pode-se concluir que a Antaq, apesar da decisão do Cade acima mencionada, determinando que a agência é competente para regular os fretes marítimos e tarifas de armazenagem, verifica-se que a mesma não tem explorado as possibilidades de uma regulação eficaz do setor por ela regulado, no sentido

16 Averiguação Preliminar. Processo Administrativo n. 08012.010713/2004-96. Voto do Conselheiro Relator Abraham Benzaquem Sicsú, fls. 11-12.

17 Averiguação Preliminar. Processo Administrativo n. 08012.010713/2004-96.

18 Averiguação Preliminar. Processo Administrativo n. 08012.010713/2004-96.

19 Averiguação Preliminar. Processo Administrativo n. 08012.010713/2004-96. Voto-Vista, Conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado. Fls. 3-4.

de proteger os usuários brasileiros desses serviços. Tal conduta contribuiu para o custo no Brasil, tendo em vista que os fretes e as tarifas portuárias são elementos relevantes no custo da logística brasileira e que afetam a cadeia produtiva e, portanto, a competitividade dos produtos brasileiros.

Por sua vez, há legislação que possa regular de forma eficaz os fretes marítimos e tarifas de armazenagem. Sustenta-se que o conhecimento dos aspectos teóricos e práticos da regulação econômica é relevante para o aumento da eficácia da política de defesa da concorrência nos setores regulados pelas agências federais. Nas esferas da Antaq e do CAP, essa regulação pode ser feita juntamente como o aumento da articulação do Cade com a Antaq.

Conclui-se, portanto, que o Brasil possui legislação e instituições suficientes para implementar a defesa da concorrência, por meio da regulação econômica setorial através da Antaq, Cade e demais entidades do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, requisito estratégico da economia para desenvolver o setor de transporte aquaviário e portos brasileiros.

Referências

- BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência. CADE. Guia Prático do CADE – A defesa da concorrência no Brasil. 3.ed. Brasília: CADE, 2007.
- BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho de Defesa da Concorrência. CADE. Disponível em:<www.mj.gov.br/sde>. Acesso em: 5 jan. 2010.
- BREYER, S. Economic reasoning and judicial review. Washington: AEI-Brookings Joint Center for Regulatory Studies, 2004.
- _____. Regulation and its reform. Cambridge: Harvard University, 1982.
- CAMPOS, H.A. Falhas de mercado e falhas de governo: uma revisão da literatura sobre regulação econômica. Direito, Políticas Públicas e Mundialização, Brasília, v.5, n.2, jul./dez. 2008, p. 341-370.
- CASTRO JUNIOR, O.A. Direito Regulatório e Inovação nos Transportes e Portos nos Estados Unidos e Brasil. Florianópolis: Conceito, 2009.
- CLARK, G. A regulação e a Constituição brasileira de 1988. Revista de Direito Público da Economia, Belo Horizonte, v.7, n.26, abr./jun. 2009, p.63-85.
- CLOTT, C.; WILSON, G. Ocean shipping deregulation and maritime ports: lessons learned from airline deregulation. Transportation Law Journal, v.26, 1998/1999, p.205-218.
- COUTINHO, L.G. Regulation and development: reflections in the aftermath of neoliberalismo. Revista Direito GV. n.esp.1, 2005, p. 283-293.
- DE ARAGÃO, A.S. Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- DEMPSEY, P.S.; THOMS, W.E. Law and economic regulation in transportation. New York, London: Quorum Books, 1986.
- FARIA, J.E. Poucas certezas e muitas dúvidas: o direito após a crise financeira. *Mimeo*, 2009.
- FERRAZ, S. Regulação da economia e livre concorrência: uma hipótese. Revista de Direito Público da Economia, Belo Horizonte, v.1, n.1, jan./mar. 2003, p.201-213.
- FRISON-ROCHE, M.-A. Definição do Direito da Regulação Econômica. Revista de Direito Público da Economia, Belo Horizonte, v.3, n.9, jan./mar.2005, p.207-217.
- HAHN, R.W. In the defense of the economic analysis of regulation. Washington: American Enterprise Institute, 2005.
- KAHN, A.E. The economics of regulation: principles and institutions. Cambridge: MIT, 1988.
- MALARET, E. Un ensayo de caracterización jurídica de una nueva tarea del Estado contemporáneo: La regulación económica. Revista de Direito Público da Economia, Belo Horizonte, v.6, n.24, out./dez. 2008, p.85-124.
- MARQUES NETO, F.A. Finalidades e fundamentos da moderna regulação econômica. Fórum Administrativo – Direito Público, Belo Horizonte, v.9, n.100, jun. 2009, p. 85-93.
- OLIVEIRA, G.; FUJIWARA, T.; MACHADO, E.L. A Experiência brasileira com Agências Reguladoras. In: SALGADO, L.H.; MOTTA, R.S. Marcos Regulatórios no Brasil. O que foi feito e o que falta fazer. Rio de Janeiro: IPEA, 2005.
- POSNER, R. Theories of economic regulation. [S.l.]: NBER, 1974, (*working paper*, n. 41).
- ROUSSEF, D. Palestra realizada no Seminário Transportes TCU 2007. Disponível em:<www.tcu.gov.br>. Acesso em: 10 jan. 2010.