



INFRASTRUCTURE AND URBANISM STUDIES

WORKING PAPER PSPHUB#008

# **Restrições à participação dos armadores em concorrência pelo mercado dos arrendamentos portuários, eficiência e competitividade**

Rafael Vêras de Freitas | Leonardo Coelho Ribeiro

11 de julho de 2024 - Versão 01

## RESTRIÇÕES À PARTICIPAÇÃO DOS ARMADORES EM CONCORRÊNCIA PELO MERCADO DOS ARRENDAMENTOS PORTUÁRIOS, EFICIÊNCIA E COMPETITIVIDADE

Rafael Vêras de Freitas<sup>1</sup>, Leonardo Coelho Ribeiro<sup>2</sup>

O presente ensaio tem por objetivo investigar se a restrição, *ex ante*, da participação de armadores na concorrência pelo mercado da exploração da infraestrutura portuária é compatível com a função reguladora, em especial a exercida pela ANTAQ - Agência Nacional de Transportes Aquaviários. Para além disso, sob o aspecto jurídico da regulação, pretende-se examinar se a intervenção apriorística desse jaez se compatibiliza com os princípios da subsidiariedade, da proporcionalidade e da eficiência, que servem de limites à intervenção reguladora do Estado na Ordem Econômica, bem como se proveem o melhor arranjo competitivo ao país.

**Palavras-chave:** Regulação Portuária. Verticalização. Licitações. Restrições à concorrência pelo mercado. Eficiência. Competitividade.

---

<sup>1</sup> Professor do LLM em Infraestrutura e Regulação da FGV Direito Rio. Doutor e Mestre em Direito da Regulação pela FGV Direito Rio.

<sup>2</sup> Professor do LLM em Infraestrutura e Regulação da FGV Direito Rio. Mestre em Direito Público pela UERJ.

## CONTEÚDO

CONTEÚDO .....	3
1. Introdução.....	4
2. Do mercado de transporte marítimo de contêineres e de exploração da infraestrutura portuária e seus aspectos regulatórios .....	10
3. Limites ao estabelecimento de restrições regulatórias à concorrência para os transportadores marítimos de contêineres: inadequação da variável regulatória .....	19
4. Da impossibilidade de o regulador estabelecer presunções <i>ex ante</i> do exercício do poder de mercado em licitações portuárias .....	29
5. A eficiência como um dos vetores da regulação portuária e sua incompatibilidade com as restrições à concorrência pelo mercado nas licitações portuárias .....	47
6. Conclusões.....	59
7. Referências.....	63

## 1. Introdução

Nos últimos anos, teve lugar, em diversos foros dos setores de infraestrutura (e patrocinada por uma miríade de *stakeholders*), uma narrativa estruturada segundo a qual a atuação de empresas de navegação marítima, na gestão da infraestrutura portuária, seria, *per se*, antípoda à concorrência. Para além disso, tem-se disseminado argumentos apontando a conflagração de uma perniciosidade concorrencial, que seria experimentada em razão da estruturação de uma operação logística integrada entre os exploradores da infraestrutura portuária e os agentes econômicos situados em tal cadeia produtiva: importadores, exportadores, companhias de navegação e operadores logísticos.

Em breve síntese, essa narrativa se lastreia no entendimento consoante o qual a integração vertical entre transportadores marítimos de contêineres e terminais portuários, ou a operação logística integrada, configurariam, aprioristicamente, um ilícito concorrencial, em razão de um probabilístico exercício do poder de mercado pelas companhias de navegação – o qual poderia ensejar, dentre outras condutas anticompetitivas, o fechamento de mercado, a criação de barreiras à entrada e o incremento dos preços cobrados no mercado *downstream*. Nesse quadrante, seria medida regulatória adequada, a tutelar tal ameaça à concorrência da exploração da infraestrutura portuária, limitar ou impedir a participação de armadores em procedimentos licitatórios de arrendamentos portuários, em atendimento à função regulatória das licitações, evitando-se uma possível conduta de *self-preferencing*.

Os efeitos líquidos negativos que poderiam ser experimentados por essa associação integrativa logística está se tornando um argumento onipresente no discurso construído para restringir previamente a participação de armadores em licitações voltadas à exploração de terminais portuários (arrendamentos e concessões de portos organizados), em razão do caráter ambíguo dessa figura na literatura e na prática administrativa.

Nesse sentido, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), por exemplo, já destacou que a integração vertical é um dos aspectos concorrenciais relevantes nos processos de outorga de terminais portuários.<sup>3</sup> De acordo com a entidade de defesa da concorrência, a verticalização entre elos subsequentes da cadeia produtiva é uma característica comum nos mercados de logística, sobretudo no setor portuário brasileiro, não sendo a integração vertical um ilícito *per se*, considerando-se a concorrência pelo serviço (nas licitações) e as eficiências

---

<sup>3</sup> CADE – Departamento de Estudos Econômicos. Nota Técnica nº 35/2021/DEE/CADE. Disponível em: [http://web.antaq.gov.br/Sistemas/WebServiceLeilao/DocumentoUpload/Audiencia%20105/\\_30\\_ANEXO%20%20-Tratativas\\_MInfra-CADE.pdf](http://web.antaq.gov.br/Sistemas/WebServiceLeilao/DocumentoUpload/Audiencia%20105/_30_ANEXO%20%20-Tratativas_MInfra-CADE.pdf). Acesso em: 03 mai. 2024.

econômicas (nas operações) que pode proporcionar. Contudo, a legalidade da integração entre armadores e terminais portuários, bem como os benefícios que podem advir dessa forma de gestão, foi desafiada por manifestação individual da Superintendência Geral do CADE (Nota Técnica nº 10/2022/CGAA3/SGA1/SG/CADE), segundo a qual a verticalização logística seria uma prática nociva à concorrência, indutora de barreiras à entrada.<sup>4</sup>

Por sua vez, a Nota Técnica nº 35/2021/DEE/CADE simboliza o quanto vimos de dizer até aqui. Nela, o Departamento de Estudos Econômicos do CADE asseverou que a integração vertical pode gerar as seguintes eficiências: redução de custos, incremento da eficiência alocativa, redução de incertezas, eliminação do problema da dupla marginalização e obtenção de economias de escopo. De acordo com o documento, tais ganhos, além de auferidos pelas empresas, podem, dependendo das condições de mercado, ser usufruídos pelos consumidores. Nada obstante, tal documento aponta que dita integração pode também importar no fechamento de mercado para rivais nas cadeias *upstream* ou *downstream*, elevação dos custos de rivais e facilitação de condutas coordenadas. Por fim, conclui que a prática verticalizada pode ter efeitos concorrenciais positivos e/ou negativos, de modo que o seu efeito líquido deve ser avaliado, caso a caso, considerando, inclusive, o histórico de condutas anticompetitivas nesses mercados.<sup>5</sup>

O caráter ambíguo das integrações verticais também foi ressaltado pela Nota Técnica nº 10/2022/CGAA3/SGA1/SG/CADE, no bojo da qual se recomendou cautela na inserção de regras restritivas à participação de licitantes verticalmente integrados, de modo a não gerar o efeito oposto daquele desejado, eliminando a concorrência e reduzindo eficiências. Mais

---

<sup>4</sup> CADE – Superintendência Geral. Nota Técnica nº 10/2022/CGAA3/SGA1/SG/CADE. Disponível em: [https://sei.CADE.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?HJ7F4wnIPj2Y8B7Bj8oh1lskjh7ohC8yMfhLoDBLddbtISElrg\\_jFEUppyESh7N5J5pT5oJG7e5nwlomxBrdByAhiBz622W1mlNZfKbx0XYdcC6hIoLHR\\_Pzq7ClMtukM](https://sei.CADE.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?HJ7F4wnIPj2Y8B7Bj8oh1lskjh7ohC8yMfhLoDBLddbtISElrg_jFEUppyESh7N5J5pT5oJG7e5nwlomxBrdByAhiBz622W1mlNZfKbx0XYdcC6hIoLHR_Pzq7ClMtukM). Acesso em: 03 mai. 2024.

<sup>5</sup> “É recomendável que se busquem informações sobre o histórico de condutas anticompetitivas nos mercados analisados. (...) Integrações verticais e consórcios são arranjos econômicos que se justificam sob o ponto de vista da racionalidade econômica na medida em que podem gerar reduções de custos e viabilizar investimentos em atividades intensivas em capital. (...) Considerando o caráter de incerteza quanto ao real resultado do processo licitatório, bem como, a ambiguidade dos efeitos concorrenciais de questões como a participação de consórcios e a existência de integrações verticais, que, via de regra, devem ser avaliados caso a caso e não de forma prévia, constata-se a dificuldade de se estabelecerem regras que restrinjam a participação de determinados agentes econômicos nos leilões. Nesse contexto, recomenda-se que a aplicação de restrições à participação de agentes econômicos, quando necessária, se dê com máxima cautela, considerando condições que indiquem efeitos concorrenciais negativos significativos e incontornáveis e com indicação de restrições mínimas capazes de neutralizar o possível prejuízo à concorrência” (CADE – Departamento de Estudos Econômicos. Nota Técnica nº 35/2021/DEE/CADE. Disponível em: [http://web.antaq.gov.br/Sistemas/WebServiceLeilao/DocumentoUpload/Audiencia%20105/\\_30\\_ANEXO%20%20-Tratativas\\_Minfra-CADE.pdf](http://web.antaq.gov.br/Sistemas/WebServiceLeilao/DocumentoUpload/Audiencia%20105/_30_ANEXO%20%20-Tratativas_Minfra-CADE.pdf). Acesso em: 03 mai. 2024).

recentemente, a Nota Técnica nº 5/2023/CGAA3/SGA1/SG/CADE<sup>6</sup>, elaborada no contexto do estudo concorrencial instrutivo da outorga do Porto de Itajaí, destacou que as integrações verticais, dependendo da estrutura do mercado, podem ser geradoras de eficiências, como redução de custos de transação ou eliminação do duplo *mark-up*.

A Nota Técnica observa, ainda, que as integrações verticais também podem aumentar incentivos à prática de condutas anticompetitivas, como fechamento de mercado, aumento dos custos de rivais e facilitação de acordos colusivos, por meio do aumento de barreiras de entrada, monitoramento de rivais e eliminação de agentes disruptivos no mercado *downstream*. Na mesma direção, a Nota Técnica nº 33/2023/CGAA11/SGA1/SG/CADE<sup>7</sup> indica que a integração vertical entre armadores e terminais portuários não é prejudicial, *per se*, para a concorrência. Essas integrações podem gerar efeitos pró-competitivos como redução de custos de transação, o que pode ser revertido para melhoria e inovação de produtos e processos, aumentando a eficiência econômica da empresa, e proporcionando ganhos em termos de preços e qualidade aos consumidores.

Nada obstante, a Nota Técnica nº 33/2023/CGAA11/SGA1/SG/CADE observa que, nos últimos anos, algumas características do setor ensejariam preocupações concorrenciais, se analisadas em conjunto. Seriam elas: (i) incremento das participações de mercado globais e no Brasil dos principais armadores (com redução geral do número de *players* atuando no transporte marítimo de contêineres e poucas/nenhuma novas entradas no mercado que atuem globalmente e/ou no Brasil); (ii) intensificação da verticalização dos armadores com terminais portuários; (iii) operação compartilhada na prestação dos serviços de transporte marítimo de contêineres (envolvendo junção de armadores em contratos do tipo *Vessel Sharing Agreements* – “VSA” e/ou *Slot Charter Agreements* – “SCA”); (iv) inclusão de cláusula, em contratos do tipo VSA, que incrementariam o poder de negociação das alianças sobre os terminais portuários; e (v) concentração de todas as cargas dos VSA no mesmo terminal portuário, com possível exclusão dos demais terminais portuários que não fazem parte de grupos econômicos dos armadores (quando estes são verticalizados).

---

<sup>6</sup> CADE – Superintendência Geral. Nota Técnica nº 5/2023/CGAA3/SGA1/SG/CADE. Disponível em: [https://sei.CADE.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?HJ7F4wnIPj2Y8B7Bj8oh1lskj7ohC8yMfhLoDBLddautRF-pPj-nLLXuLxSYm93ElcgXkKgUQhtKxIojNXPk\\_dDoX7xiNfVwrMGUE6WC7\\_-opXLq8sn7mQVffdfH3BK](https://sei.CADE.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?HJ7F4wnIPj2Y8B7Bj8oh1lskj7ohC8yMfhLoDBLddautRF-pPj-nLLXuLxSYm93ElcgXkKgUQhtKxIojNXPk_dDoX7xiNfVwrMGUE6WC7_-opXLq8sn7mQVffdfH3BK). Acesso em: 03 mai. 2024.

<sup>7</sup> CADE – Superintendência Geral. Nota Técnica nº 33/2023/CGAA11/SGA1/SG/CADE. Disponível em: [https://sei.CADE.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?HJ7F4wnIPj2Y8B7Bj8oh1lskj7ohC8yMfhLoDBLddY\\_X9cUsOiZo-Yts3uZC\\_BQOG32xOmbb4JI-YXQ1fHyor\\_kWJ6kWm6VhlFtk9QIzigvuj04VOIKycL8XASUJFs-](https://sei.CADE.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?HJ7F4wnIPj2Y8B7Bj8oh1lskj7ohC8yMfhLoDBLddY_X9cUsOiZo-Yts3uZC_BQOG32xOmbb4JI-YXQ1fHyor_kWJ6kWm6VhlFtk9QIzigvuj04VOIKycL8XASUJFs-). Acesso em: 03 mai. 2024.

Outra suposta problemática decorrente da integração logística vertical corresponderia à geração de uma “sobrecapacidade”. No processo de estruturação do certame licitatório para a outorga do arrendamento do STS-10, do Complexo Portuário de Santos, por exemplo, essa alegação foi realçada nas contribuições apresentadas durante a Consulta Pública. De acordo com a síntese produzida pelo então Relator, Diretor Eduardo Nery, esse risco de sobrecapacidade teria como causas: (i) um cenário de incerteza quanto ao crescimento da demanda frente a uma alegada capacidade ociosa das infraestruturas portuárias existentes; e (ii) a existência de processos, já em trâmite, que teriam o potencial de aumentar a capacidade de movimentação de contêineres, no Complexo Portuário de Santos, com a realização de investimentos em terminais já instalados.

Essas premissas foram afastadas, pelo Diretor Relator, ao notar que, mesmo se adotada a curva de demanda de contêineres menos otimista projetada para o Porto de Santos, ainda assim se daria um esgotamento de sua capacidade operacional em 2034. Em outras palavras: o cenário projetado não apontaria para uma sobrecapacidade, mas para um esgotamento da capacidade operacional do porto para esse tipo de carga.

O Diretor Relator também destacou que, embora se possa ter uma segurança quanto ao aumento de expansão da capacidade operacional dos arrendamentos cujos contratos foram renovados recentemente (Santos Brasil), para os Terminais de Uso Privado (DP World), não há qualquer garantia de que o agente privado realizará investimentos de expansão dos terminais. Diante deste cenário, e considerando o longo tempo de maturação de projetos de arrendamento desta envergadura, o Diretor Relator concluiu ser imperioso que a administração portuária se antecipe no oferecimento de maior infraestrutura portuária na movimentação de contêineres, de modo que a capacidade instalada do porto esteja sempre à frente da demanda, evitando, assim, gargalos logísticos ou fuga de carga.

Esse mapeamento introdutório denota o quanto o tema demanda investigação, de modo a afastar as penumbras que vêm sendo lançadas sobre si. É o que nos propomos a fazer neste *paper*.

O tema não será tratado por nós sob a lente monolítica do direito da concorrência, mas à luz dos quadrantes característicos da função reguladora estatal e da função dos procedimentos licitatórios. Nada obstante, os pronunciamentos da entidade de defesa da concorrência serão examinados no que for pertinente, com o fito de lastrear as interfaces entre a regulação e a concorrência, no âmbito do setor portuário. Nesse quadrante, o presente ensaio pretende endereçar o seguinte questionamento: está incurso, na função regulatória e dos procedimentos

licitatórios, a competência de restringir, *ex ante*, a concorrência pelo mercado da exploração da infraestrutura portuária, interditando ou restringindo a participação de licitantes que potencialmente integrem os elos do transporte de contêineres (armadores) e da operação da exploração da infraestrutura portuária?

Para tanto, percorreremos o seguinte itinerário. Em primeiro lugar, investigaremos se a restrição, *ex ante*, da concorrência pelo mercado da exploração da infraestrutura portuária para os armadores é compatível com a função reguladora, em especial a exercida pela ANTAQ - Agência Nacional de Transportes Aquaviários.

Para além disso, sob o aspecto jurídico da regulação, pretende-se examinar se intervenção apriorística desse jaez se compatibiliza com os princípios da subsidiariedade, da proporcionalidade e da eficiência, que servem de limites à intervenção do Estado na Ordem Econômica. Ainda neste quadrante, pretende-se divisar as competências da entidade reguladora (ANTAQ) e da entidade de defesa da concorrência (CADE), com o desiderato de estabelecer os lindes da atuação daquela em sede de tutela da defesa da concorrência. Em prosseguimento, pretende-se analisar a operação verticalizada entre o transportador de contêineres e o operador da infraestrutura à luz dos conceitos fundantes da Nova Economia Institucional (NEI), que tem, no desenvolvimento da Teoria dos Custos de Transação, por Oliver Williamson<sup>8</sup>, o seu principal alicerce teórico.

A Nova Economia Institucional (NEI) configura vertente alternativa à economia Neoclássica, segundo a qual se busca interpretar os fenômenos econômicos, a partir de vertentes organizacionais, sociológicas, políticas e antropológicas<sup>9</sup>. Cuida-se de terminologia que teve lugar, a partir dos escritos de Oliver Williamson, lastreado em Ronald Coase e Douglass North, e nas Teorias dos Custos de Transação e da Função Econômica das Instituições.

Tal vertente econômica se lastreia em três pilares: (i) nos custos despendidos para realização de transações econômicas, os quais serão decisivos no estabelecimento dos direitos de propriedade; (ii) no ambiente institucional, que será construído, a partir das “regras do jogo”, assim consideradas como o arcabouço normativo (formal e informal), que estabelecerá

---

<sup>8</sup> COASE, Ronald. H. The problem of social cost. *The Journal of Law & Economics*, v. III, p. 1-44, 1960. WILLIAMSON, Oliver E. *The Economic Institutions of Capitalism*. New York: The Free Press, 1985.

<sup>9</sup> De acordo com tal concepção, pretende-se veicular um método indutivo, lastreado nas seguintes premissas: (i) as instituições são parte relevante nas análises econômicas; (ii) as regras do jogo devem sofrer uma influência recíproca para com o desenvolvimento das instituições. NORTH, Douglass C. *Economic Performance Through Time*. Nobelprize.org. Nobel Media AB 2014.



direitos e deveres para as partes contratantes; e (iii) nas estruturas de governança, notadamente nas formas da integração vertical.

São temas que engendram o substrato teórico que alicerça a interpretação econômica da integração vertical logística.

Por fim, serão investigados os aspectos jurídicos da função regulatória das licitações. As conclusões do presente ensaio serão então objetivamente apresentadas.

## 2. Do mercado de transporte marítimo de contêineres e de exploração da infraestrutura portuária e seus aspectos regulatórios

O transporte de contêineres tem por desiderato produzir eficiências ao transporte de cargas em geral, por intermédio de navios<sup>10</sup>. Cuidou-se, pois, de revolução no transporte marítimo, empreendida nos idos da década de 1960, a partir da qual se conseguiu simplificar o transporte e o manejo de um plexo de mercadorias, a partir da unitização de cargas – o que importou em ganhos de escala e de escopo pelo transportador<sup>11</sup>. Mais especificamente, em 1956, o Ideal X, um navio que foi construído no contexto histórico da Segunda Guerra Mundial, posteriormente transformado em um navio de cargas, por Malcom Purcell McLean, partiu do Porto de Newark com destino ao Porto de Houston, transportando 58 contêineres, momento a partir do qual a *box Evolution* (produzida pela containerização) se tornou um dos pilares do processo de globalização<sup>12</sup>.

A partir de tal inovação, a cadeia logística portuária passa a ser constituída por uma miríade de agentes, que lançam mão de uma atuação concertada entre si. O elo central de toda a cadeia é vocacionado a atender os importadores e os exportadores, que são os titulares da

---

<sup>10</sup> Como leciona Sander Magalhães Lacerda, os contêineres surgiram para facilitar o transporte de carga geral, assim classificadas as mercadorias que não são granéis (LACERDA, Sander Magalhães. Navegação e portos no transporte de contêineres. Revista do BNDES, Rio de Janeiro, v. 11, nº 22, p. 215-243, 2004. p. 217). Petrônio Sá Benevides Magalhães, por sua vez, classifica as cargas marítimas em dois grandes grupos de classes: (i) a carga geral; e (ii) os granéis líquidos ou sólidos. A carga geral pode ser manuseada e transportada com auxílio e embalagens, arranjos e agrupamentos, sendo tratada em três formas de movimentação: carga geral solta, neogranéis e os contêineres. Uma mesma mercadoria pode ser transportada em processos alternativos ou como carga de diferentes tipos. Por exemplo, o açúcar é comercializado a granel ou ensacado como carga geral e movimentado de forma solta ou colocado em contêineres (MAGALHÃES, Petrônio Sá Benevides. Transporte marítimo: cargas, navios, portos e terminais. São Paulo: Aduaneiras, 2010. p. 17-18).

<sup>11</sup> A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico destaca que, após a década de 1950, a containerização alterou profundamente o setor de transporte marítimo, como demonstra o fato de, atualmente, a maior parte da carga global ser transportada em navios porta-contentores. A OCDE também indica que o setor de transporte marítimo “caracteriza-se por custos fixos elevados, uma vez que muitos custos são incorridos independentemente do volume de carga transportada. Esta estrutura de custos tem sido um dos principais fatores da tendência para o aumento da dimensão dos navios. Enquanto na década de 1980 os maiores navios tinham mais de 4.000 TEU (unidade equivalente a vinte pés), no final da década de 1990 atingiram uma capacidade nominal de 8.000 TEU. Atualmente, os maiores navios utilizados têm cerca de 18.000 TEU” (OCDE – Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico. Competition issues in liner shipping, 2015. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/competition-issues-in-liner-shipping.htm>. Acesso em: 15 mai. 2024). Trazendo a referência para a data presente, os maiores navios porta-contentores da atualidade ostentam a capacidade de transportar 24.000 TEU.

<sup>12</sup> JOC, 2004. Is ocean freight becoming a commodity? [https://www.joc.com/ocean-freight-becoming-commodity\\_20040606.html](https://www.joc.com/ocean-freight-becoming-commodity_20040606.html). MATTOS, César, ALLAIN, Marcelo, PINA, Fábio, SACCONATO, André. Terminais portuários de contêineres no Brasil – verticalização, concentração, antitruste e regulação. BR infra group. 2021.

propriedade das cargas<sup>13</sup>. Cuidam-se de agentes econômicos localizados em diferentes regiões do planeta, que celebram contratos com transportadores, cujo objeto é o transporte e o manejo das cargas nas linhas marítimas e na infraestrutura portuária de origem e destino. Importada ou exportada, a carga é transportada nos navios, os quais são descarregados para terem suas cargas retiradas por seus destinatários, ou temporariamente armazenadas em terminais portuários e recintos alfandegados.

Nesse passo, o transporte marítimo de contêineres se subdivide em duas modalidades: a *cabotagem*, no âmbito da qual é feito o transporte doméstico às margens da costa territorial; e o *transporte de longo curso*, realizado entre países.

De outro lado, tem-se os armadores e as linhas de navegação<sup>14</sup>, agentes econômicos que operam os navios de transporte de contêineres entre a infraestrutura portuária de origem e a de destino. No direito brasileiro, tal atividade é disciplinada pela Lei nº 9.432/1997, que, em seu art. 5º, dispõe: “A operação ou exploração do transporte de mercadorias na navegação de longo curso é aberta aos armadores, às empresas de navegação e às embarcações de todos os países, observados os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade”.

O conceito legal de armador está previsto no art. 2º, III, da Lei nº 9.537/1997, de acordo com o qual o armador é a “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”. Disso decorre que o armador é a sociedade empresária que procede à armação da embarcação de sua propriedade e a explora comercialmente.<sup>15</sup>

---

<sup>13</sup> A titularidade da carga é bem delineada no *Bill of Lading*. Trata-se de instrumento contratual firmado entre o importador ou exportador e o transportador, disciplinando as obrigações de transporte da carga. Veja-se o item 2 de um desses instrumentos: “o contrato evidenciado por este Conhecimento de Embarque é entre o transportador e o comerciante. (...) O comerciante garante que, ao concordar com os termos e condições deste Conhecimento de Embarque, ele é o proprietário das mercadorias, ou que ele o faz em nome do proprietário das mercadorias ou da pessoa com direito à posse das mercadorias” (MSC Bill of Lading. Disponível em: <https://www.msc.com/-/media/files/legal-files/bill-of-lading.pdf>. Acesso em: 15 mai. 2024).

<sup>14</sup> Como destacado pelo CADE, os armadores são empresas de navegação que atuam, dentre outros mercados, prestando serviços de transporte marítimo internacional de contêineres. Tais agentes operam em rotas pré-determinadas e com frequência regular. Essa operação pode ser feita pela empresa de transporte marítimo regular de contêineres de forma individual, por meio de aluguel *spot* de *slots* em navios de terceiros, ou por meio de uma rede de contratos de compartilhamento (CADE – Superintendência Geral. Parecer nº 15/2020/CGAA3/SGA1/SG/CADE. Processo nº 08700.002724/2020-64. SEI nº 0814173, 07/10/2020).

<sup>15</sup> ROCHA, Nara Rejane Moraes da. Responsabilidade civil do operador portuário. São Paulo: Aduaneiras, 2014. p. 40.

No âmbito regulatório brasileiro<sup>16</sup>, menciona-se a Resolução ANTAQ nº 62/2021, a qual estabeleceu as regras sobre os direitos e deveres dos usuários, dos agentes intermediários<sup>17</sup> e das empresas que operam nas navegações de apoio marítimo, apoio portuário, cabotagem e longo curso. A referida resolução estabelece, em seu art. 3º, que os transportadores marítimos de longo curso devem observar, dentre outras, as seguintes condições: (i) regularidade, por meio da realização da frequência e das escalas ofertadas aos usuários; (ii) eficiência, por intermédio do cumprimento dos parâmetros de desempenho, da adoção de procedimentos operacionais que evitem perda, dano ou extravio de cargas, minimizando custos a serem suportados pelos usuários e da execução diligente de suas atividades operacionais; (iii) generalidade, assegurando a oferta de serviços, de forma indiscriminada e isonômica a todos os usuários, com a maior amplitude possível; (iv) modicidade, caracterizada pela adoção de preços, fretes, taxas e sobretaxas em bases justas, transparentes e não discriminatórias e que reflitam o equilíbrio entre os custos da prestação dos serviços e os benefícios oferecidos aos usuários, além da remuneração adequada; e (v) pontualidade, mediante o cumprimento dos prazos, fixados ou estimados, para prestação dos serviços, tomando-se em consideração as circunstâncias do caso.<sup>18</sup>

De acordo com a própria regulação setorial, o usuário<sup>19</sup> que contrata o transporte marítimo tem o direito de “obter e utilizar o serviço, com liberdade de escolha de prestadores” (art. 8º,

---

<sup>16</sup> Há de se reconhecer, como Mariana Casati Nogueira da Gama, que o transporte marítimo de longo curso ocorre entre oceanos e mares, aproximando países. O transporte de mercadorias por via marítima é geralmente contratado para concluir a execução de um contrato de compra e venda internacional, constituindo um recurso essencial na fixação do preço final dos produtos e no atendimento das condições pactuadas no contrato de compra e venda. Nessa qualidade, está sujeito à incidência de tratados e convenções internacionais (GAMA, Mariana Casati Nogueira da. O regime jurídico do contrato de transporte marítimo de mercadorias. Dissertação de Mestrado em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, São Paulo, 2005. p. 19).

<sup>17</sup> Cuida-se de agente conceituado como “todo aquele que intermedeia a operação de transporte entre o usuário e o transportador marítimo ou que representa o transportador marítimo efetivo, podendo ser: a) agente transitário: todo aquele que coordena e organiza o transporte de cargas de terceiros, atuando por conta e ordem do usuário no sentido de executar ou providenciar a execução das operações anteriores ou posteriores ao transporte marítimo propriamente dito, sem ser responsável por emitir Bill of Lading (BL); b) agente marítimo: todo aquele que, representando o transportador marítimo efetivo, contrata, em nome deste, serviços e facilidades portuárias ou age em nome daquele perante as autoridades competentes ou perante os usuários; ou c) transportador marítimo não operador de navios: a pessoa jurídica, conhecida como Non-Vessel Operating Common Carrier (NVOCC), que não sendo o armador ou proprietário de embarcação responsabiliza-se perante o usuário pela prestação do serviço de transporte, emitindo o BL, agregado, house, filhote ou sub-master, e subcontratando um transportador marítimo efetivo”, na forma o art. 2º, II, da Resolução ANTAQ nº 62/2021.

<sup>18</sup> O art. 5º, da Resolução ANTAQ nº 62/2021 prescreve que os transportadores marítimos devem abster-se de práticas lesivas à ordem econômica, por meio de atos que tenham por objeto ou possam produzir os efeitos, ainda que não alcançados, de limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa, aumentar arbitrariamente os lucros, ou exercer de forma abusiva posição dominante.

<sup>19</sup> Ao definir o usuário, o art. 2º, XXVI, da Resolução ANTAQ nº 62/2021, deixa expresso que o próprio usuário é proprietário ou possuidor da carga. Confira-se: “usuário: todo aquele que contrata, diretamente ou por meio de um

IV, da Resolução ANTAQ nº 62/2021) e o dever de “entregar ou retirar a carga no local e prazo acordados para embarque ou desembarque com o correto acondicionamento, em conformidade com as leis, regulamentos, exigências técnicas aplicáveis e tratados, convenções, acordos e outros instrumentos internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil (art. 9º, IV, da Resolução ANTAQ nº 62/2021).<sup>20</sup> Tais disposições apontam no sentido de que o usuário tem liberdade para escolher o transportador marítimo de sua preferência, e o porto e o terminal da carga a ser transportada. Tanto é assim que o art. 30, VII, da Resolução ANTAQ nº 62/2021, qualifica como “infração administrativa de natureza média”, quando o armador “deixar de entregar a carga no destino acordado”.

Ainda no âmbito regulatório, a Resolução ANTAQ nº 72/2022 estabeleceu os parâmetros para a prestação dos serviços de movimentação e armazenagem de contêineres e carga geral em instalações portuárias públicas ou privadas. O art. 2º, XI, da citada Resolução, conceituou o transportador marítimo como “aquele que realiza transporte de bens ou pessoas na cabotagem ou no longo curso, em embarcações próprias ou alheias, emitindo conhecimento de carga ou Bill of Lading (BL)”.

Como regra geral, os importadores ou exportadores contratam o transporte marítimo de mercadorias com os armadores, definindo os portos de origem e de destino. Por sua vez, o transportador marítimo contrata os serviços dos terminais portuários, visando à movimentação horizontal e vertical das cargas. Tais serviços são negociados e contratados, pelos armadores, junto aos terminais, formando uma cesta de serviços que são remunerados por um preço denominado *box rate*, nos termos do art. 4º, da Resolução ANTAQ nº 72/2022.<sup>21</sup> Nesse sentido, os serviços contemplados no *box rate* são realizados “pela instalação portuária ou pelo operador portuário, na condição de contratado do transportador marítimo, mediante remuneração livremente negociada”.

O art. 2º, X, da Resolução ANTAQ nº 72/2022, estabelece, ainda, o conceito de taxa de movimentação no terminal, ou *Terminal Handling Charge (THC)*, entendida como o “preço cobrado pelos serviços de movimentação de cargas entre o portão do terminal portuário e o

---

agente intermediário, o transporte marítimo de cargas de sua propriedade ou posse, ou a operação nas navegações de apoio marítimo ou portuário”.

<sup>20</sup> Além disso, o usuário deve prestar informações corretas, claras, precisas, tempestivas e completas para as operações de navegação de longo curso, sobre a carga a ser transportada (art. 9º, V, ‘a’, da Resolução ANTAQ nº 62/2021).

<sup>21</sup> ANTAQ – Agência Nacional de Transportes Aquaviários. Relatório Final – Estudo comparativo dos valores de THC (Terminal Handling Charge/Taxa de Movimentação no Terminal) nos terminais de contêineres no Brasil e no mundo, 2019, p. 11.

costado da embarcação, incluída a guarda transitória das cargas pelo prazo contratado entre o transportador marítimo, ou seu representante, e instalação portuária ou operador portuário, no caso da exportação, ou entre o costado da embarcação e sua colocação na pilha do terminal portuário no caso da importação”. Daí que, nos termos do art. 3º, do referido normativo, a THC “poderá ser cobrada pelo transportador marítimo, diretamente do exportador, importador ou consignatário, conforme o caso, a título de ressarcimento das despesas discriminadas no art. 2º, inciso X, assumidas com a movimentação das cargas e pagas à instalação portuária ou ao operador portuário”.

Em 2023, a ANTAQ editou as Resoluções nºs 100, 101, 107 e 108, por intermédio das quais alterou determinadas disposições das Resoluções nºs 62/2021 e 72/2022, além de instituir novas regras ao regime jurídico dos transportadores marítimos. A Resolução ANTAQ nº 100/2023 estabeleceu metodologia específica para determinar abusividade na cobrança da THC. A metodologia<sup>22</sup> disciplinada pela agência reguladora busca sistematizar as análises de casos concretos que envolvem a cobrança de THC, tendo por finalidade auxiliar os servidores da ANTAQ na instrução de processos administrativos que envolvam indícios de abusividade na cobrança de THC, na forma dos artigos 1º e 2º, da Resolução ANTAQ nº 100/2023.<sup>23</sup>

Por sua vez, a Resolução ANTAQ nº 101/2023 alterou os arts. 8º, 15-A e 27, da Resolução ANTAQ nº 62/2021, bem como os artigos 2º, III, parágrafo único, 3º e 4º, da Resolução ANTAQ nº 72/2022. O objetivo das mudanças foi “estabelecer instrumentos de aprimoramento de análise e fiscalização” da cobrança da THC, conforme art. 1º, da Resolução ANTAQ nº 101/2023. De outro lado, a Resolução ANTAQ nº 107/2023 modificou a Resolução ANTAQ nº 100/2023, para o fim de retificar a terminologia a respeito da taxa de movimentação no terminal, bem como esclarecer situações para a aplicação da metodologia para determinar abusividade na THC. Por último, a Resolução ANTAQ nº 108/2023 teve por

---

<sup>22</sup> De acordo com o art. 10, da Resolução ANTAQ nº 100/2023, a área técnica da agência deve adotar a seguinte metodologia, para a aferição de abusividade: (i) verificar a existência de condutas abusivas, tais como aquelas dispostas em normativos da ANTAQ; (ii) buscar a justificativa, fundamentada pelo transportador marítimo, da THC que se almeja a restituição; (iii) realizar análise qualitativa, com a verificação de que os serviços cobrados a título de restituição constem na cesta de serviços que a instalação ou o operador portuário cobrou ao transportador marítimo; (iv) buscar a confirmação junto à instalação ou operador portuários, de que aqueles serviços informados pelo transportador marítimo foram realmente prestado; (v) buscar a justificativa, fundamentada pela instalação ou operador portuários, da cesta de serviços cobrada do transportador marítimo ou do usuário e da THC cobrada do usuário nos casos de contratação direta; e (vi) observar se foram informados à contratante, antes de iniciada a prestação dos serviços de movimentação portuária: a) na cobrança de THC, o preço cobrado pelo serviço de intermediação; ou b) na cobrança pela cesta de serviços, a existência do preço estipulado em contrato ou a divulgação, em tabela de preços, dos valores máximos.

<sup>23</sup> Completa o art. 3º, da Resolução ANTAQ nº 100/2023, no sentido de que “os procedimentos para aferição da abusividade na cobrança de THC conduzidos pela ANTAQ ocorrerão sem prejuízo da apreciação do caso pelo Poder Judiciário e por órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, na forma da lei”.

objetivo alterar as Resoluções ANTAQ n<sup>os</sup> 62/2021 e 101/2023, redefinindo conceitos e alterando os direitos dos usuários marítimos.<sup>24</sup>

O serviço de transporte de cargas em contêineres envolve diversas etapas, sendo uma delas a sua movimentação entre os portos de carregamento de carga e de descarga. O transporte pode ser feito por qualquer armador, respeitados os limites legais apontados, de forma esporádica (*on demand*), ou por meio de uma linha regular, operando em frequências determinadas (*liner shipping*). A cadeia do mercado de transporte marítimo regular de contêineres engloba, conforme destacado no Ato de Concentração n<sup>o</sup> 08700.001606/2017-33, as seguintes etapas: (i) o cliente contrata o transportador; (ii) é realizada a entrega da carga diretamente no porto ou a coleta da carga pelo transportador no local definido pelo cliente; (iii) a carga é acondicionada em contêiner; (iv) os contêineres são carregados no navio do porto de origem pelo Terminal Portuário; (v) após devidamente amarrados, os contêineres são transportados no navio para o porto de destino; (vi) no porto de destino, os contêineres são descarregados; e (vii) a carga é entregue ao cliente no local por ele determinado.

Uma das principais características desse mercado é a presença de um plexo de negócios jurídicos, celebrados entre os armadores, para garantir economias de escala e de escopo. Segundo a OCDE<sup>25</sup>, desde as suas origens, o mercado de transporte de contêineres tendeu a se organizar com cooperação horizontal entre os agentes. Atualmente, as alianças formadas entre armadores são “formas de cooperação que visam reduzir custos e se centram em um único serviço marítimo”. Ainda segundo a OCDE, cada aliança é regulada, internamente, por um conjunto de acordos específicos entre os armadores.

Cada acordo importa em distintos graus de cooperação, podendo ser sistematizados, para fins didáticos, em três espécies. A primeira é o *Slot charter*, que consiste no aluguel de *slots* de contêineres por um armador a bordo de navios operados por outro. A OCDE aponta que este é o acordo mais comum entre os armadores, que preferem minimizar seu envolvimento na

---

<sup>24</sup> Em síntese, as mudanças implementadas pela ANTAQ: (i) modificaram a natureza jurídica e a forma de cobrança da THC (art. 3<sup>o</sup>, da Resolução ANTAQ n<sup>o</sup> 101/2023, art. 2<sup>o</sup>, da Resolução ANTAQ n<sup>o</sup> 107/2023 e art. 2<sup>o</sup>, da Resolução ANTAQ n<sup>o</sup> 108/2023); (ii) criaram uma suposta relação jurídica entre o usuário marítimo e o operador portuário (art. 3<sup>o</sup>, da Resolução ANTAQ n<sup>o</sup> 101/2023); (iii) estabeleceram que os transportadores marítimos prestariam serviços de “intermediação” entre o usuário e o operador portuário (art. 2<sup>o</sup>, da Resolução ANTAQ n<sup>o</sup> 107/2023 e art. 2<sup>o</sup>, da Resolução ANTAQ n<sup>o</sup> 108/2023); (iv) classificaram a cobrança de THC como restituição a ser paga pelo usuário ao transportador em relação às despesas assumidas pela intermediação (arts. 2<sup>o</sup> e 3<sup>o</sup>, da Resolução ANTAQ n<sup>o</sup> 101/2023); e (v) exigiram que os transportadores marítimos brasileiros emitam nota fiscal pelo suposto serviço de intermediação (cf. alterações das Resoluções ANTAQ n<sup>os</sup> 101/2023 e 108/2023, no que tange aos direitos do usuário marítimo disciplinado pelo art. 8<sup>o</sup>, da Resolução ANTAQ n<sup>o</sup> 62/2021).

<sup>25</sup> OCDE. Working party n<sup>o</sup> 2 on competition and regulation: Competition issues in liner shipping, 2015. Disponível em: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP2\(2015\)3/En/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP2(2015)3/En/pdf). Acesso em: 24 mai. 2024.

operação do serviço. A segunda é o *Slot exchange*, no qual há o aluguel recíproco de *slots*. É dizer, um dos armadores aluga *slots* no navio de um outro em um determinado serviço, ao mesmo tempo em que oferta, para este, também *slots* em um navio seu que opera em serviço distinto. Por fim, destaca-se o *Vessel sharing*, no qual as transportadoras operam, num mesmo serviço, por meio do compartilhamento de suas embarcações, a fim de aumentar a taxa de utilização dos navios. Cuidam-se, pois, de contratos de compartilhamento de infraestrutura, por meio dos quais, de um lado, permite-se que terceiros se valham de infraestruturas relevantes, e, de outro, reduz-se a ociosidade dos navios, incrementando os ganhos de eficiência de escala.

No âmbito da jurisprudência concorrencial do CADE, dois tipos de acordo merecem especial atenção: os contratos de *Slot Charter Agreements* (SCA) e os de *Vessel Sharing Agreements* (VSA).

O SCA é um tipo de contrato que prevê o aluguel de espaços ociosos no navio de um concorrente em determinada rota. Nesse sentido, o transportador pode prestar seus serviços naquela rota sem necessariamente operar um navio, alugando *slots* ociosos em navios de concorrentes. Em tal forma de acordo, o operador do navio decide unilateralmente as linhas que irá atender e a frequência das viagens.

Por sua vez, o VSA prevê que as partes deverão contribuir com navios próprios para operar determinada rota e, em contrapartida, recebem parte dos *slots* de cada navio que opera no acordo, na mesma proporção da capacidade contribuída em relação à capacidade total do VSA. Cite-se, por exemplo, o VSA celebrado entre a CMA CGM S.A., a Cosco Shipping Lines Co. Ltd. (Cosco) e a Ocean Network Express Pte. Ltd. (One), no dia 22/03/2024, tendo por escopo geográfico o transporte entre portos da Colômbia, Equador, Peru, Chile e portos da costa leste dos Estados Unidos. O referido acordo prevê o “desenvolvimento e melhoria dos serviços de transportes marítimos reguladores explorados de forma independente pela CMA CGM, Cosco e One”. Para atingir tal desiderato, as partes se comprometem com a “partilha de navios entre si no tráfego, utilizando navios ‘contribuídos’ e explorados de forma independente pelas partes”, compartilhando os espaços dos navios utilizados no serviço, em conformidade com as disposições do acordo.

Além disso, o VSA da CMA CGM, Cosco e One prevê que, embora as partes possam discutir e cooperar para determinar a dimensão e as características mais adequadas dos navios, o calendário de navegação e a rotação dos portos, bem como a frequência, “cada uma delas oferecerá o serviço de forma independente aos respectivos clientes sob a sua designação



comercial individual”. Dessa forma, o instrumento veda o compartilhamento de receitas ou de despesas associadas ao serviço, assim como a troca de informações sensíveis.

Por fim, em complemento ao desenho do mercado de transporte de contêineres, tem-se os terminais portuários, detentores dos títulos habilitantes que lhe conferem a atribuição de movimentação de cargas e os denominados serviços complementares (arrendamentos portuários, terminais privados e concessionários de portos organizados).

Regendo o setor atualmente<sup>26</sup>, a Lei nº 12.815/2013 retrata, com nitidez, o modelo “misto” de intervenção do Estado brasileiro no domínio econômico. Isto porque, se, por um lado, leva a efeito o que se poderia considerar uma terceira abertura dos portos brasileiros – contadas as

---

<sup>26</sup> No Brasil, o regime regulatório dos terminais portuários acompanhou os quadrantes da intensidade da intervenção do Estado no Domínio Econômico. Desde a primeira abertura dos portos, este vital setor econômico experimentou momentos de grande intervenção estatal – tendo seu ápice na estatização da sua gestão, por meio de uma empresa estatal federal, a PORTOBRÁS –, até a sua (re)abertura à iniciativa privada.

Especificamente no setor portuário, constatava-se uma retração dos investimentos na modernização das infraestruturas das instalações de uso público, bem como um inchaço no quadro de pessoal que as operava, o que culminou com a obsolescência e a deterioração de seus equipamentos, prejudicando, sobremaneira, o regime de exportação brasileiro. Daí porque, nos idos da década de noventa, e lastreado no princípio da subsidiariedade – consagrado no artigo 173 da CRFB –, iniciou-se a chamada passagem de um modelo de Estado Burocrático para um Estado Gerencial/ Regulador.

Com base nesse movimento, foi editada a Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990 – posteriormente, revogada pela Lei nº 9.941, de 09 de setembro de 1997 –, que instituiu o Programa Nacional de Desestatização (PND), programa orientado a: (1) reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo ao setor privado atividades antes executadas diretamente pelo aparelho estatal; (2) contribuir para a redução da dívida pública, concorrendo para o saneamento das finanças; (3) permitir a retomada de investimentos nas empresas e atividades que foram transferidas para o setor privado; (4) contribuir para a modernização do parque industrial do País, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia; e (5) permitir que a Administração Pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais.

Nesse contexto de delegação da prestação de serviços públicos para a iniciativa privada e da flexibilização de diversos monopólios, foi enviada a Mensagem Presidencial nº 67, de 18 de fevereiro de 1991, que encaminhou o Projeto de Lei nº 8/1991, dando origem à revogada Lei nº 8.630/1993.

Esta, que seria uma segunda abertura dos portos, foi levada a efeito, por ocasião do início do movimento de Reforma do Estado, pela edição da Lei nº 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, que dispunha sobre o regime jurídico da exploração dos portos organizados e das instalações portuárias (conhecida como a “Lei de Modernização dos Portos”).

O advento deste então novo regime jurídico tinha por objetivo: (i) atrair investimentos privados, modernizando as infraestruturas portuárias brasileiras; (ii) fomentar a concorrência entre os terminais portuários, produzindo externalidades positivas para o setor e buscando atingir a eficiência por meio da competição; (iii) angariar recursos para o Poder Público, por meio do arrendamento das instalações portuárias; e (iv) extinguir o monopólio da gestão dos trabalhadores portuários.

Malgrado os inegáveis benefícios deste Marco Regulatório para o setor portuário, não houve avanços nos processos de integração intermodal, em especial com os segmentos ferroviário e rodoviário, dando origem a enormes gargalos de acesso aos portos, observados em todo o País. A ausência de planejamento, pautado em uma visão regulatória sistêmica e integrada da infraestrutura brasileira, permanecia um problema crônico da administração pública brasileira.

Buscando sanar parte desses problemas, foi editada a Medida Provisória nº 595, de 26 de dezembro de 2012, que teve por objeto instituir um novo regime jurídico para a exploração da infraestrutura portuária brasileira. Após grande embate político, a referida MP, às vésperas de caducar, foi convertida na Lei nº 12.815, de 05 de junho de 2013, que dispõe sobre a exploração direta e indireta, pela União, de portos e instalações portuárias.

anteriormente realizadas por D. João VI e pela Lei nº 8.630/1993 –, ao se adotar providências como a extinção dos conceitos de “carga própria” e de “carga de terceiros”, no âmbito dos terminais privativos de uso misto, por outro, clarifica a assimetria regulatória da exploração da infraestrutura portuária, na medida em que disciplina, de forma distinta, o regime jurídico dos prestadores de serviços públicos (arrendatários e concessionários) e o dos exploradores de atividades econômicas reguladas (os autorizatários)<sup>27</sup>.

O tema objeto deste ensaio permeia o regime jurídico dos transportadores de contêineres e da exploração da infraestrutura portuária.

É que, considerando a necessidade de gestão de cadeias logística para o atendimento de cadeias globais, a interseção negocial entre estes dois agentes passa a ser objeto de tutela jurídica, na qualidade de relevante elo da cadeia logística. Diante disso, pretende-se investigar quais os lindes da intervenção reguladora em restringir a *concorrência pelo mercado* de infraestrutura portuária, ao argumento segundo o qual a sua integração com o mercado *upstream* (no qual figuram os armadores) importaria, aprioristicamente, no exercício do poder de mercado. Sob o aspecto do direito regulatório, é de se investigar ainda se agência reguladora setorial (ANTAQ) dispõe da necessária capacidade institucional para levar a efeito intervenção reguladora transversal dessa ordem.

---

<sup>27</sup> Como já se teve a oportunidade de asseverar com Diogo de Figueiredo Moreira Neto: Dito em outros termos, quando a exploração dos serviços portuários for delegada para o setor privado, por meio dos institutos da concessão e da permissão, ter-se-á, consoante o disposto no art. 175 da Constituição da República, a delegação de um serviço público, os quais serão informados pelo conceito constitucional de serviço público adequado (art. 175, parágrafo único, IV, da CRFB). Por outro lado, quando a exploração desses serviços for delegada pela via da autorização, tratar-se-á de uma atividade econômica em sentido estrito, a qual sofrerá os influxos da regulação estatal. (*A Nova Regulação Portuária*. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 65). No mesmo sentido, PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach. O Marco Regulatório do Setor Portuário brasileiro. In: PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coord.). *Direito Portuário Brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. MAYER, Giovanna. Notas sobre o regime dos portos brasileiros. In: MAYER, Giovanna. *Portos E Seus Regimes Jurídicos*. A Lei Nº 12.815/2013 E Seus Desafios. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

### 3. Limites ao estabelecimento de restrições regulatórias à concorrência para os transportadores marítimos de contêineres: inadequação da variável regulatória

As experiências recentes de leilões, no âmbito do setor portuário, têm veiculado restrições à participação de determinados agentes em procedimentos licitatórios de arrendamentos portuários, ao argumento de um probabilístico exercício de poder de mercado, o qual deveria ser combatido antecipadamente por intermédio do procedimento licitatório.<sup>28</sup>

Para o que aqui importa, destaque-se que vêm sendo estabelecidas restrições editalícias cujo objetivo é interditar (ou limitar) a participação de armadores na exploração de infraestruturas portuárias.

É o caso, por exemplo, da área conhecida como STS10, localizada no Porto de Santos, vocacionada à movimentação e armazenagem de cargas containerizadas.

A minuta do Edital, elaborado pela ANTAQ, dispõe em seu item 22.14 que “um possível consórcio entre as empresas Maersk e MSC só poderá ser declarado vencedor na hipótese de não haver outro proponente que tenha apresentado proposta válida”. Tal restrição se estende às sociedades controladas conjuntamente pela Maersk e pela MSC, que detenham titularidade de exploração de instalações portuárias dedicadas à movimentação e armazenagem de contêineres e carga geral no Complexo Portuário de Santos.

Em igual medida, a minuta do Edital, que visava à transferência do controle acionário da Autoridade Portuária de Santos (SPA) associada à concessão do serviço público de administração do Porto Organizado de Santos, vedava a participação de armadores e de transportadores marítimos em seu item 3.5.8. A minuta de Edital apenas admitia a participação de tais agentes em consórcio, desde que a participação individual fosse inferior a 15% no âmbito do consórcio, e a soma das participações, quando em conjunto, não superasse 40%. Além disso, os agentes que não poderiam participar do certame restavam impedidos de participar, por meio de acordo de acionistas ou instrumento congênere, do grupo de controle societário da concessionária, caso o consórcio se sagra-se vencedor do leilão.

---

<sup>28</sup> Restrição desse tipo foi inserida, por exemplo, nos leilões das áreas: (i) BELO2A, BELO2B, BELO4, BELO8 e BELO9, destinados ao arrendamento de terminais de granéis líquidos do Porto Organizado de Belém e de Vila do Conde; (ii) STS13A, dedicada à movimentação de granéis líquidos no Porto de Santos; (iii) PAR12, visando à movimentação de veículos no Porto de Paranaguá; (iv) STS14 e STS14A do Porto de Santos, vocacionados à movimentação de celulose; (v) STSo8 e STSo8-A, voltadas para a movimentação e armazenagem de granéis líquidos e gasosos, especialmente combustíveis e GLP.

Os exemplos mencionados evidenciam a necessidade de se investigar os limites da intervenção regulatória da ANTAQ em restringir a participação de transportadores de contêineres em procedimentos licitatórios, ao argumento segundo o qual tais agentes teriam o potencial de exercer o poder de mercado.

Pois bem. Como se sabe, a intervenção reguladora do Estado no domínio econômico não é neutra. De fato, ela produz externalidades positivas e negativas em diversos segmentos da sociedade. Não é por outra razão que, ao longo tempo, se desenvolveram parâmetros justificadores dessa atuação na economia, especialmente, considerando-se que, em sistemas econômicos capitalistas (como o brasileiro), o mercado é o *locus* legado ao setor privado. Por este motivo, num momento preambular, a base teórica sobre a qual se alicerçou a regulação econômica era no sentido da sua desnecessidade, em decorrência da primazia das liberdades individuais. Dito em outros termos, de acordo com tal vertente, a liberdade econômica seria a regra, enquanto a intervenção estatal, a exceção<sup>29</sup>.

De acordo com a vertente cunhada por Adam Smith<sup>30</sup> (e posteriormente reforçada por todo o cabedal da economia neoclássica e ergótica), o sistema econômico deveria se basear em duas premissas: (i) a da racionalidade ilimitada dos agentes econômicos, e (ii) a da infalibilidade do mercado.

A racionalidade ilimitada aponta no sentido de que os agentes econômicos sempre atuariam no mercado, de forma racional, em busca da maximização de seus próprios interesses. De acordo com tal vertente, existiria um *homo economicus*, que sempre buscaria atingir seus objetivos mediante uma lógica de incentivos (fundante da *Rational Choice Theory*)<sup>31</sup>.

De outro lado, a infalibilidade do mercado pressupunha que o mercado seria um instituto perfeito, dentro do qual ocorreria a produção e a circulação de riquezas. Diante da

---

<sup>29</sup> No Brasil, v. GUERRA, Sérgio. Discrecionalidade, regulação e reflexividade. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

<sup>30</sup> SMITH, Adam. A riqueza das nações: investigação sobre sua natureza e suas causas. Tradução de Luiz João Baraúna. São Paulo: Abril Cultural, 1983. p. 379.

<sup>31</sup> O homem econômico como formulado pelos economistas neoclássicos é uma construção ideal, um conceito que descreve um agente “perfeitamente racional e onisciente que, ao tomar uma decisão, conhece todas as alternativas de forma que pode escolher com precisão e assim maximizar os resultados de sua decisão. Ele conhece todos os meios que, em cada situação de fato, o levam a atingir seus objetivos” (FONSECA, Eduardo G. Comportamento individual: alternativas ao homem econômico. Revista Novos Estudos. São Paulo: CEBRAP, 1989. p. 160). “O homem econômico é um agente dotado de preferências completas e bem ordenadas, amplo acesso à informação e poderes de processamento de informações irrestritos. Estas condições permitem ao agente realizar todos os cálculos necessários para escolher a ação que satisfaz suas preferências melhor do que qualquer alternativa. O agente é racional, no sentido de que ele maximiza de modo consciente uma função objetiva” (SIMON, Herbert. El comportamiento administrativo: estudio de los procesos decisivos en la organización administrativa. Buenos Aires: Aguilar, 1988. p. 84).

autossuficiência das leis do mercado, a sua regulação deveria ser calibrada em consonância com a lógica da lei da oferta e da demanda. Nesse sentido, a Teoria da Regulação Econômica, cunhada no direito estadunidense, George Joseph Stigler<sup>32</sup> e Richard Posner<sup>33</sup> à frente, lastreou-se no entendimento segundo o qual a regulação estatal seria desnecessária, seja porque tal intervenção incrementaria os custos de transação, seja porque ela já nasceria capturada, para atender os interesses privados ou de burocratas<sup>34</sup>.

Nada obstante, o paradigma da “infallibilidade do mercado” começou a ser desconstruído, a partir da crise econômica de 1929, por ocasião da quebra da Bolsa de Nova Iorque – a qual decorreu da interrupção de uma política de exportação para os países europeus, então devastados pela Primeira Guerra Mundial. E, mais recentemente, em 2008, pela crise dos *subprimes*, nos Estados Unidos, resultante da concessão de empréstimos hipotecários de alto risco por bancos (importando na queda do índice *Dow Jones*).

A partir de tais eventos, fortaleceram-se as Teorias do Interesse Público (*Public Interest Theories*) legitimadoras da intervenção reguladora, de acordo com as quais o regulador deve buscar a legitimidade de sua atuação, em diferentes matizes, sobretudo para garantir o bem-estar da sociedade.

---

<sup>32</sup> STIGLER, G. J. The theory of economic regulation. In: STIGLER, G. J. (Org.). The citizen and the State: essays on regulation. Chicago; London: The University of Chicago Press, 1971. p. 114. Nesse sentido, Marçal Justen Filho assevera que: “A doutrina cunhou a expressão ‘captura’ para indicar a situação em que a agência se transforma em via de proteção e benefício para setores empresariais regulados. A captura configura quando a agência perde a condição de autoridade comprometida com a realização do interesse coletivo e passa a produzir atos destinados a legitimar a realização dos interesses egoísticos de um, alguns ou todos os segmentos empresariais regulados. A captura da agência se configura, então, como mais uma faceta do fenômeno de distorção de finalidades dos setores burocráticos estatais” (JUSTEN FILHO, Marçal. O direito das agências reguladoras independentes. São Paulo: Dialética, 2002. p. 97).

<sup>33</sup> POSNER, Richard. Teorias da regulação econômica. In: MATTOS, Paulo (Coord.). Regulação econômica e democracia: o debate norte americano. Tradução de Mariana Mota Prado. São Paulo: Ed. 34, 2004, p. 49. Em sentido complementar, v. PELTZMAN, Sam. Theory of regulation after a decade of deregulation. Political participation and government regulation. Chicago: University of Chicago Press, 1989/1998, p. 286-323.

<sup>34</sup> É que casos há em que a captura decorre de atos praticados pela própria burocracia estatal. Trata-se de uma decorrência da *Public Choice Theory*, segundo a qual os atores políticos só agem para maximizar seus próprios benefícios. De acordo com a referida teoria, os indivíduos seriam maximizadores de suas próprias utilidades. Isto é, na qualidade de homens econômicos, seriam seres racionais e autointeressados, dotados de capacidades intelectuais que lhes permitiriam buscar as melhores soluções para os seus interesses particulares. Nesse quadrante, a referida teoria passa a considerar os agentes estatais como agentes econômicos que, como tal, irão direcionar seu comportamento de modo a maximizar seus próprios benefícios. De acordo com essa teoria, o processo político é concebido como “um processo dinâmico em que cada agente político persegue o seu próprio interesse”, v. BUCHANAN, James M. Politics without romance: a sketch of positive public choice theory and its normative implications. In: BUCHANAN, James M.; TOLLINSON, Robert D. (Orgs.). The theory of public choice. v. II. Ann Arbor: The University of Michigan Press, 1984. No direito brasileiro, BAGATIN, Andreia Cristina. Captura das agências reguladoras independentes. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 138.

Mais especificamente, de que sua função tem por desiderato corrigir “falhas de mercado”, gênero composto pelas seguintes espécies: (i) a configuração da possibilidade de abuso do poder econômico (mercados não competitivos), seja pela configuração de monopólios naturais (decorrentes da obtenção de economias de escala ou de escopo), ou criados, por instrumentos jurídicos (impostos pelo regime constitucional e legal); (ii) a existência de bens públicos, tais como os que se caracterizam como não-rivais e não excludentes, que geram problemas de coordenação atrelados à “Tragédia dos Comuns”; (iii) a existência de assimetria de informações entre as partes, característica das relações econômicas, que incrementa os seus custos de transação (por meio da configuração do risco moral, da seleção adversa e do efeito *hold-up*); e (iv) a produção de externalidades negativas, situação em que os efeitos produzidos pelas condutas de agentes econômicos produzem efeitos sobre terceiros, estranhos à relação jurídica originária<sup>35</sup>.

São vicissitudes que merecem uma intervenção reguladora ainda mais destacada em setores ancestralmente excluídos da liberdade de iniciativa, a exemplo dos serviços públicos, historicamente associados a uma configuração de monopólio natural.

É dizer: não raro, na prestação de tais serviços, só poderá haver um prestador, uma vez que os custos irrecuperáveis (*sunk costs*) são elevados e os custos para sua utilização, por cada novo usuário, são baixos (custos incrementais).

Assim, para que a atividade se torne economicamente viável, deve-se retirá-la da esfera da concorrência para a obtenção de economias de escala e de escopo, sob pena de a competição por utentes impossibilitar a amortização dos investimentos realizados. A economia de escala é aquela que terá lugar quando, já tendo o operador privado incorrido em um alto custo fixo para o desenvolvimento da atividade (v.g. construção de uma rodovia), não terá ele que incorrer em significativos custos marginais (variáveis) em virtude do aumento da quantidade de usuários.

---

<sup>35</sup> Nesse sentido, dentre inúmeros outros: SUNSTEIN, C. Paradoxes of the Regulatory State. The University of Chicago Law Review, Administering the Administrative State, v. 57, n<sup>o</sup> 2, p. 407-441, Spring, 1990; SUNSTEIN, C. As funções das normas reguladoras. Revista de Direito Público da Economia, Belo Horizonte, ano 1, n<sup>o</sup> 3, p. 33-65, 2003; STIGLITZ, Joseph E.; WALSH, Carl. Introdução à microeconomia. Rio de Janeiro: Campus, 2003; POSNER, Richard A. Teorias da regulação econômica. In: MATTOS, Paulo Todescan Lessa (Coord.). Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano. São Paulo: Ed. 34, 2004; PELTZMAN, Sam. A teoria econômica da regulação depois de uma década de desregulação. In: MATTOS, Paulo Todescan Lessa (Coord.). Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano. São Paulo: Ed. 34, 2004; OGUS, A. I. Regulation: Legal Form and Economic Theory. Oxford: Hart Publishing, 2004; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). Direito administrativo econômico. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

A economia de escopo, por sua vez, terá lugar quando o operador econômico conseguir se valer da mesma infraestrutura para desempenhar mais de uma atividade (v.g. a utilização da mesma rede de telefonia para prestar serviços de curta e de longa distância). Em tal hipótese, haverá diluição do custo fixo investido na construção da infraestrutura, justamente pela otimização do uso da rede pela exploração de outras atividades. Razão por que qualquer tentativa de aumentar o número de produtores dessa indústria importará na presença de uma ou mais plantas de escala subótima. Para além disso, serviços prestados sob tais infraestruturas veiculam obrigações de continuidade e de regularidade (decorrentes da vetusta *publicatio*), o que impõe um viés ainda mais sistêmico à regulação dessas atividades.

Diante de tal situação, num contexto da existência de um só prestador, a regulação se mostra ainda mais necessária, de modo a tentar corrigir as falhas de mercado produzidas pela existência de uma estrutura de mercado monopolista<sup>36</sup>. Na qualidade de único produtor de determinado bem, o monopolista está em posição singular, podendo, ou não, valer-se de sua posição dominante para o exercício do poder de mercado, aqui entendido como a capacidade de influir no preço de uma mercadoria.<sup>37</sup>

São condições necessárias para que a firma possa exercer poder de mercado:<sup>38</sup> tanto a existência de barreiras à entrada, quanto a baixa substitutibilidade dos serviços. Isso porque, em mercados que se aproximam do modelo de monopólio, os preços são ditados, unilateralmente, pelo produtor, o qual, dentro de uma perspectiva racional maximizadora, termina por fixá-los em níveis superiores aos que se vislumbrariam em uma realidade competitiva, restringindo a sua oferta. Nessa situação, tem lugar uma perda de bem-estar total para a sociedade (o *dead weight loss*). Nesse sentido, Stiglitz e Walsh<sup>39</sup> aludem a quatro “grandes fontes de ineficiência” dos monopólios e demais situações de concorrência imperfeita, quais sejam: (i) a restrição no volume produzido; (ii) a acomodação gerencial; (iii) a redução dos níveis ou negligência nos investimentos em pesquisa; e (iv) a busca de renda supracompetitiva.

---

<sup>36</sup> DEMSETZ, H. Why regulate utilities? *Journal of Law and Economics*, Chicago, v. 11, n° 1, p. 55-65, 1968.

<sup>37</sup> PINDYCK, Robert; RUBINFELD, Daniel. *Microeconomia*. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2013. p. 352.

<sup>38</sup> Sobre o tema, veja-se o que diz a cartilha do CADE: “para que seja caracterizada a existência de poder de mercado faz-se necessário proceder a uma análise complexa, que parte da existência de posição dominante, mas envolve ainda a investigação de outras variáveis, tais como existência de barreiras à entrada naquele mercado, a possibilidade de importações ou ainda a efetividade de competição entre a empresa que tem posição dominante e seus concorrentes. Se, mesmo tendo posição dominante em um mercado relevante, a decisão de elevação unilateral de preços por parte de uma empresa puder ser contestada pela reação de concorrentes efetivos ou potenciais, então essa empresa não possui poder de mercado” (CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Cartilha do CADE, 2016. p. 9).

<sup>39</sup> STIGLITZ, Joseph; WALSH, Carl. *Introdução à microeconomia*. Rio de Janeiro: Campus, 2003. p. 223.

Mais que isso, a ineficiência alocativa resulta da capacidade de os produtores em estabelecer preços superiores ao custo marginal de produção do bem. Nessas hipóteses, os produtores logram participar da distribuição da renda econômica, obtendo uma parcela maior do que sua contribuição efetiva, à custa dos consumidores.

De fato, em um mercado em ambiente de monopólio não regulado, o produtor único tem a prerrogativa de definir o preço que será praticado. Dito em outras palavras, a ausência de competição é um incentivo para que este não seja eficiente na sua operação, refletindo em uma oferta que estará abaixo do ponto de equilíbrio, se comparada com uma situação de competição perfeita. Conseqüentemente, o preço se torna excessivamente elevado para cumprir o objetivo de maximizar o lucro do produtor, causando redução dos excedentes dos consumidores e produzindo efeitos líquidos negativos<sup>40</sup>.

Cuida-se, pois, de uma falha de mercado, a ser tutelada pela intervenção reguladora<sup>41</sup>.

À luz da teoria econômica, demanda e oferta têm relações distintas com o preço, mantendo-se outras variáveis constantes. Dito em outros termos, a demanda aumenta quando o preço diminui (e vice-versa). A oferta, por sua vez, desloca-se na mesma direção do preço. Em um mercado competitivo, o preço de equilíbrio é determinado no ponto em que a quantidade demandada é igual à quantidade ofertada. Razão pela qual o preço é uma informação extremamente importante em uma economia de mercado. Assim é que consumidores e produtores tomam suas decisões em resposta, principalmente, às oscilações observadas nos preços. Essas flutuações permitem avaliar se um determinado mercado está (ou não) em equilíbrio.

---

<sup>40</sup> É que, como asseveraram Robert Baldwin, Martin Cave e Martin Lodge, “Onde ocorre monopólio, o mercado ‘falha’ porque a concorrência é deficiente. Do ponto de vista do interesse público, o problema com uma empresa que ocupa uma posição monopolista é que, ao maximizar os lucros, restringirá a sua produção e fixar o preço acima do custo marginal. Fá-lo-á porque se cobrar um único preço do seu produto, as vendas adicionais só serão conseguidas através da redução do preço em toda a produção. O monopolista renunciará às vendas na medida em que as receitas perdidas com menos vendas serão compensadas por receitas mais elevadas derivado do aumento do preço das unidades ainda vendidas. Os efeitos do monopólio, em comparação com a concorrência perfeita, são produção reduzida, preços mais altos, e transferência de rendimentos dos consumidores para os produtores” (BALDWIN, R.; CAVE, M.; LODGE, M. *Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice*. New York: Oxford University Press, 2013. p. 16).

<sup>41</sup> Atualmente, entre as situações de mercado comuns em que prevalece a concorrência imperfeita, destacam-se, do lado da oferta, o monopólio (no qual um único produtor determina toda a oferta e exerce grande poder sobre o preço) e o oligopólio (em que há um pequeno número de vendedores, como o mercado de automóveis, por exemplo, controlado por poucas e poderosas empresas); e, do lado da demanda, o monopsonio (em que um único comprador determina toda a demanda e exerce grande influência sobre os preços) e o oligopsonio (no qual um pequeno grupo de compradores controla o mercado e influi decisivamente sobre os preços (SANDRONI, Paulo. *Novíssimo dicionário de economia*. 14. ed. São Paulo: Best Seller, 2004. p. 378-379).



Para além da existência de estruturas de monopólios naturais (ao menos, em alguns segmentos da cadeia de infraestruturas), e dos desafios engendrados por ambientes concorrenciais assimétricos, a missão regulatória ainda é revestida de outra grande complexidade, em razão da assimetria de informações entre o poder concedente e as firmas reguladas (o que poderá ensejar a prática de comportamentos oportunistas), incrementado os “custos de transação”.

Os custos de transação ocorrem sempre que os agentes econômicos recorrem ao mercado, tanto pela necessidade de negociar, redigir e garantir o cumprimento de cada contrato, como, também, por outros elementos de custo de oportunidade relevantes associados ao contrato. A abordagem dos custos de transação incorpora, ainda, a presença de ativos específicos, os quais geram incertezas e riscos de adaptação ao ambiente contratual (a isso voltaremos doravante).

Mais especificamente, nessas hipóteses, a regulação deve incidir sobre a variável “preço”, de modo a se estabelecer preços máximos como uma forma de se tutelar a probabilidade do exercício do “poder de mercado” na cobrança de preços supracompetitivos<sup>42</sup>, e, na variável “qualidade”, de modo a se evitar que esse “poder de mercado” importe na prestação de serviços qualitativamente insuficientes<sup>43</sup> aos usuários.

Dito em outras palavras, a regulação da variável “qualidade” se materializa por meio do estabelecimento de critérios, parâmetros e padrões de exigência segundo os quais a atividade deve ser prestada<sup>44</sup>. Sobre o tema, Alceu de Castro Galvão Júnior e Wanderley da Silva Paganini<sup>45</sup> lecionam que “a regulação da qualidade tem como objetivo fixar condições e parâmetros para a qualidade dos produtos e serviços prestados e, também, verificar se o cumprimento dessas disposições exige mecanismos diretos e indiretos para acompanhamento dos parâmetros e indicadores regulados, que demandam recursos humanos e custos elevados”.

---

<sup>42</sup> Conforme sintetizaram Stiglitz e Walsh “o preço e a quantidade de equilíbrio em um mercado competitivo levam ao nível mais alto possível de excedente total” (STIGLITZ, Joseph; WALSH, Carl. Introdução à microeconomia. Rio de Janeiro, Campus, 2003. p. 169).

<sup>43</sup> RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 138-139.

<sup>44</sup> Nesse sentido, Robert Baldwin, Martin Cave e Martin Lodge lecionam que “Uncertainties in specifying regulatory regimes will affect franchise allocation processes since applicants will look for predictability of regulation. Problems may arise, therefore, where regulators retain large discretions regarding the quality of service to be provided; where changes in regulatory policy may be made, and where regulatory authority is diffused or uncertain. Particular difficulties are to be expected in a sector, such as rail, where a number of agencies and operators are interdependent and will, in addition, be perceived to be subject to political pressures. (BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice. New York: Oxford University Press, 2013. p. 177).

<sup>45</sup> GALVÃO JUNIOR Alceu de Castro; PAGANINI, Wanderley da Silva. Aspectos conceituais da regulação dos serviços de água e esgoto no Brasil. Engenharia Sanitária e Ambiental, Rio de Janeiro, v. 14, n. 1, p. 79–88, 2009.

Para além disso, o regulador poderá se valer da variável “informação”, ao disciplinar um procedimento licitatório que diminua as chances de se configurar uma seleção adversa. Como bem aponta Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo<sup>46</sup>, “o processo de sofisticação da regulação de setores no Brasil vem impondo uma mudança no perfil das variáveis reguladas. Em substituição à regulação de preço e de entrada no mercado, os agentes reguladores vêm apresentando regulações de qualidade e de informação justamente com o objetivo de viabilizar competição, endereçando, no entanto, as preocupações com falhas de mercado (em geral, externalidades e assimetria de informação)”.

A regulação de diversos setores está sendo revisitada para criar padrões de informação que sejam suficientes para garantir maiores níveis de competição entre os agentes econômicos. Isso se deve ao fato de que a regulação da variável qualidade e, em alguma medida, até mesmo a regulação da variável preço, é mais benéfica à competição do que a limitação regulatória à entrada de agentes no mercado.

Como se verá, a regulação de entrada costuma ser justificada com base nas seguintes razões: (i) proteção do usuário contra produtos ou serviços de baixa qualidade, reduzindo-se os riscos oriundos da assimetria de informação; (ii) manutenção das vantagens de um monopólio natural, viabilizando o subsídio cruzado; (iii) alocação de recursos escassos, por meio da seleção de agentes econômicos; e (iv) garantir de capacidade financeira para o exercício de funções de interesse público.<sup>47</sup>

Apesar da possibilidade teórica da adoção de tais justificativas para regular a entrada de mercados, estudos promovidos pela escola da *Public Choice* criticam a regulação da variável entrada, associando-a ao incremento da corrupção e à ausência de impactos empiricamente comprováveis na melhoria dos serviços regulados. Estudo conduzido por Simeon Djankov, Rafael La Porta, Florencio Lopez-de-Silanes e Andrei Schleifer<sup>48</sup> analisou dados sobre a regulação de entrada de 85 países, incluindo o Brasil, concluindo que “os países com uma regulação de entrada mais pesada têm uma corrupção mais elevada e economias não oficiais maiores, mas não uma melhor qualidade dos bens públicos ou privados”. Isso confirmaria o ponto de vista da *Public Choice* de que “a regulação de entrada beneficia os políticos e os burocratas”.

---

<sup>46</sup> RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo. A Regulação da Concorrência. In: A Regulação no Brasil: Enfoques Diversos. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013. p. 1 a 19.

<sup>47</sup> RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 150-151.

<sup>48</sup> DJANKOV, Simeon *et al.* The regulation of entry. *The Quarterly Journal of Economics*, v. 117, n° 1, 2002.

Em razão disso, costuma-se indicar que “a própria regulação deverá evoluir, a fim de permitir maior concorrência, intervindo em variáveis que são menos gravosas (tais como qualidade e informação) em detrimento das clássicas regulações de preços e de entrada”.<sup>49</sup> Cuida-se de evolução que parte da premissa de acordo com a qual a regulação não é um fenômeno estático, mas que busca, constantemente, inovações para reduzir custos, melhorar o bem-estar e promover a competição, nos limites da competência atribuída ao órgão regulador.

Isso, por si, já afastaria o alijamento de agentes econômicos de procedimentos competitivos, em razão de um juízo probabilístico de exercício do poder de mercado por agentes econômicos verticalizados. Seria o mesmo que manejar a variável menos adequada dentre as disponíveis, colhendo toda a sorte de externalidades negativas presentes, com a redução da competitividade no certame, ao argumento de que assim se poderá evitar a manifestação de um hipotético poder de mercado futuro.

Dessa forma, ainda que a relação estabelecida entre armadores e terminais portuários se qualificasse como um mercado não competitivo (premissa que será desconstituída doravante), jamais se cogitaria de uma interdição à entrada como sendo a variável adequada para tutelar o tema<sup>50</sup>.

A regulação de entrada, em contratos de exploração de infraestruturas, tem por objetivo extrair *ex ante* eficiências de um mercado que será explorado de forma monopólica, ou por reduzido número de agentes. Para tanto, uma das primeiras formas de regulação incidente sobre tais mercados é a realização de um leilão (*franchise bidding*), por intermédio do qual se pretende, num ambiente de pressão competitiva, estabelecer um regime de competição pelo mercado. Por intermédio dos leilões, no âmbito da instauração de uma competição *ex ante*, seriam garantidos os melhores preços *ex post* (tal modalidade de regulação dará origem à regulação contratual, doravante desenvolvida)<sup>51</sup>.

Um segundo objetivo é o de garantir a manutenção das eficiências decorrentes da exploração de uma utilidade pública, impedindo que cada agente, maximizando os seus próprios interesses, ingresse em um mercado que não comporta sua exploração em regime

---

<sup>49</sup> RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 155.

<sup>50</sup> Para tanto, há variáveis concernentes a preço, qualidade e informação.

<sup>51</sup> PHILLIPS JR., C. F. The regulation of public utilities: theory and practice. Arlington, VA: Public Utilities Report Inc., 1993; DEMSETZ, H. Why regulate utilities? *Journal of Law and Economics*, Chicago, v. 11, n° 1, p. 55-65, 1968.

concorrencial (o que configuraria uma falha de mercado decorrente de problemas de coordenação). Daí a importância regulatória da licitação.

A regulação de entrada também servirá a impedir a prática de subsídios cruzados quando firmas multiprodutos pretendam privilegiar as atividades mais rentáveis (*cream skimming*) em determinados segmentos, se aproveitando da condição de monopolista em outros. Nesse sentido, a regulação de entrada será serviente, justamente, a preservar a viabilidade econômico-financeira de monopólios naturais, o que não costuma ser, tipicamente, o caso de terminais portuários. Assim, por exemplo, cogite-se da hipótese em que uma concessionária de transmissão de energia elétrica se valha da condição de monopolista, nesse segmento, para subsidiar condutas anticoncorrenciais nos segmentos da geração e da comercialização por ela explorados.

Outra utilidade desse instrumento é o estabelecimento de um regime de transição entre um ambiente monopolista e um ambiente competitivo. Nessas hipóteses, a regulação de acesso terá por objetivo reduzir as vantagens competitivas que o monopolista consolidado tem no setor, seja pela detença da propriedade das redes, seja pelo acesso aos consumidores cativos (*bottleneck*). Tal se dá, por intermédio do controle estrutural das firmas (*unbundling*), ou da variável “preço” na interconexão. Nesse sentido, cite-se, por exemplo, o que se passou no setor de telecomunicações, no âmbito do qual, quando de sua abertura nos idos da década de noventa, foram criados regimes concorrenciais assimétricos entre as denominadas “empresas espelho”, que detinham todos os ativos do Sistema Telebrás, e os novos entrantes.

Daí já se pode concluir que, para além de não manejar a adequada variável regulatória (preço, qualidade ou informação), a regulação de bloqueio à entrada, configurada na restrição à participação de armadores, não encontra lastro na finalidade atribuída à “regulação de entrada” de projetos de infraestrutura. Não fosse o bastante, tal intervenção regulatória se revela ainda mais permeada de inconstitucionalidades na medida em que veicula juízo probabilístico e futurologista da configuração de mercado não competitivo, na hipótese de um armador se sagrar vencedor do certame.

#### 4. Da impossibilidade de o regulador estabelecer presunções *ex ante* do exercício do poder de mercado em licitações portuárias

Para além da inadequação da variável regulatória em questão, fato é que não há, nas duas etapas da cadeia logística (a montante e a jusante), o potencial de exercício do poder de mercado, que pudesse justificar uma intervenção reguladora dessa ordem. É que, sob o aspecto regulatório, a relação entre o armador e o operador da infraestrutura portuária não se qualifica como uma *Essential Facility*, que serviria para a criação de barreiras à entrada e à exclusão de rivais.

Como é de conhecimento convencional, a Teoria das *Essential Facilities Doctrine* foi aplicada, em uma primeira oportunidade, no precedente Terminal Railroad, julgado em 1912 pela Suprema Corte Estadunidense. Nada obstante, o precedente que fixou seus alicerces foi o MCI Communications Corp. v. AT & T. (708 F.2d 1081, 1132 (7th Cir.), cert. Denied, 464 U.S. 891 (1983). Nele, discutiu-se o dever de acesso à rede de telefonia fixa (a *facility*), para um entrante prestar os seus serviços de telefonia interurbana em concorrência com a própria AT & T<sup>52</sup>.

De acordo com Carlos Ari Sundfeld<sup>53</sup>, “há uma teoria, da *essential facility*, criada no direito norte-americano, para fins concorrenciais, da qual resulta reconhecimento em favor das pessoas que desenvolvem atividades econômicas, de um direito subjetivo de usar as *facilities*, ou seja, as instalações alheias que sejam indispensáveis para o acesso ao mercado, para evitar que os donos das instalações impeçam o acesso de terceiro ao mercado e com isto inviabilize a prática de sua atividade. (...) Há um direito subjetivo consolidado de acesso aos bens públicos para instalações das redes, mas pode ser também um direito remunerado”.

No mesmo sentido, Alexandre Wagner Nester<sup>54</sup>, em obra específica sobre o tema, assevera que a *essential facility doctrine* há de ser vista como “o instituto jurídico segundo o qual se assegura a determinados agentes econômicos, mediante o pagamento de um preço justo, o

---

<sup>52</sup> Dessa teoria decorre o direito a um *duty to contract* (“dever de contratar”). Esta definição é, no entanto, importante, porque o direito deste país não equiparou o direito de acesso ao *right to pass*, que seria equivalente à nossa servidão administrativa. (ARAGÃO, Alexandre Santos de. Serviços públicos e concorrência. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, p. 59-123, abr./jun. 2003). FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Lei geral de telecomunicações e a regulação dos mercados. Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, v. XI, Rio de Janeiro, p. 264, 2002.

<sup>53</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. Utilização Remunerada do Espaço Público pelas Concessionárias de Serviço. In Revista de Direito Municipal. Jan/Mar, 2003, p. 21/22.

<sup>54</sup> NESTER, Alexandre Wagner. Regulação e concorrência (compartilhamento de infraestruturas e redes). São Paulo: Dialética, 2006, p. 226.

exercício do direito de acesso às infraestruturas e redes já estabelecidas (assim como a determinados insumos e bens), que são indispensáveis para o desenvolvimento da sua atividade econômica, cuja duplicação é inviável, e que se encontram na posse de outros agentes (normalmente em regime de monopólio natural), seus potenciais concorrentes”. Daí porque “a esse direito de acesso corresponde uma obrigação específica do detentor da infraestrutura de ceder o acesso ao terceiro, em termos não discriminatórios e razoáveis, a fim de viabilizar os objetivos e políticas de concorrência preconizados pelo Estado”.

Assim é que, como lecionam Gesner Oliveira e João Grandino Rodas<sup>55</sup>, embora a noção de *Essential Facility* varie de acordo com cada jurisdição, a referência conceitual reside consagrada na jurisprudência americana, no âmbito da qual foram assentados quatro elementos definidores para um caso de abuso de poder de mercado por parte de empresa que detenha controle sobre uma infraestrutura essencial: (i) o controle da infraestrutura por um monopolista; (ii) a impossibilidade de duplicação da infraestrutura; (iii) a possibilidade de oferta da infraestrutura ou serviços associados; e (iv) a efetiva verificação de recusa do uso da infraestrutura essencial.

Além disso, os autores lecionam que, dado o papel central da *Essential Facility*, as discussões antitruste relacionadas aos setores regulados envolvem práticas restritivas verticais. Nesse sentido, o mercado a montante (ou de origem) é o da infraestrutura essencial que poderia constituir um monopólio natural, ao passo que o mercado a jusante (ou de destino) é aquele que requer como insumo os serviços proporcionados pela infraestrutura essencial. Portanto, caberia “à autoridade antitruste analisar se o detentor da infraestrutura essencial não estaria elevando artificialmente o custo do concorrente mediante discriminação de preços, recusa de negociação, exigência de venda casada, entre outras práticas restritivas”.

Daí se poder concluir, na esteira da OCDE<sup>56</sup>, que a aplicação de tal Teoria predica a configuração concreta de três características:

- (i) que se configure em uma situação na qual o monopolista, que detém poder de mercado, endereça um sistema de barreiras à entrada dos seus competidores no *downstream*;
- (ii) que se materialize a impossibilidade econômica, jurídica e fática, dos seus concorrentes empreenderem a sua própria instalação essencial; e

---

<sup>55</sup> OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. Direito e economia da concorrência. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 160-161.

<sup>56</sup> OCDE. The Essential Facilities Concept. Paris: OECD, 1996. p. 89

- (iii) que importe na cobrança de um preço de acesso tão exorbitante, que produz externalidades negativas à competição, equivalendo a uma recusa de acesso.

São requisitos que não se encontram presentes na exploração de um terminal portuário por um armador.

Em primeiro lugar, não há como se afirmar, *ex ante*, que os armadores deteriam o poder de mercado, que seria exercido no âmbito do segmento de exploração de infraestrutura portuária. A presunção de que haveria poder de mercado com um *market share* de 20%, na forma do art. 36, §2º, da Lei 12.529/11, além de ser mera presunção relativa, é muito baixa, inclusive quando comparado às demais jurisdições, nas quais, via de regra, não se presumiria que uma empresa com menos de 40% de *market share* teria poder de mercado.

De fato, como se depreende do International Competition Network (ICN)<sup>57</sup>, em seu relatório do Merger Working Group (MWG), publicado na ICN de Nova Dehli em 2018, para configurar-se o poder de mercado em relações verticalizadas se deve vislumbrar: (i) a capacidade de fechar o mercado; (ii) o incentivo para fechar o mercado; e (iii) se o efeito final seria prejudicial aos consumidores finais, seja no caso de fechamento de mercados a montante ou a jusante.

Ainda de acordo com o relatório da ICN, podem ter lugar duas espécies de fechamento de mercado integralmente verticalizados. No *downstream* ou *input foreclosure*; e o fechamento no *upstream* ou *customer foreclosure*. No caso de exclusividade e fechamento a jusante, o ente integrado limita as suas vendas no *upstream*, ao não atender mais a concorrentes do *downstream*, para expandir a lucratividade no *downstream* a longo prazo. No caso de exclusividade e fechamento a montante, o ente integrado limita as vendas no *downstream* (por não utilizar insumos de concorrentes *upstream*) para expandir a lucratividade no *upstream*. Nesse quadrante, a necessidade de considerar dois tipos de fechamento exige uma dupla análise das condições de lucratividade a montante e a jusante.

São características que não podem ser, aprioristicamente, atribuídas à relação armador/terminal portuário.

Tanto é verdade que, em análises concorrenciais, a entidade com capacidade institucional para avaliar a probabilidade do exercício do poder de mercado no segmento de transporte marítimo de contêineres (CADE) já se manifestou, em diversas oportunidades, no sentido de que não há

---

<sup>57</sup> Economic Framework em [https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/10/MWG\\_SurveyreportVerticalMergers2018.pdf](https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/10/MWG_SurveyreportVerticalMergers2018.pdf). Acesso em: 06 jun. 2024.

indícios de fechamento de mercados ou de cobrança de preços supracompetitivos por amadores que exploram infraestruturas portuárias.<sup>58</sup>

Assim, por exemplo, cite-se o AC nº 08700.002350/2017-81, que teve por objeto analisar os efeitos da operação na qual o controle da Hamburg Süd foi adquirido pelo grupo A.P. Moller – Maersk. Ao analisar os aspectos de rivalidade no mercado de transporte marítimo regular de contêineres, se chegou às seguintes conclusões: (i) existência da presença de concorrentes de grande porte atuando nas mesmas rotas; (ii) existência de capacidade ociosa no mercado, ou seja, as concorrentes seriam capazes de absorver desvios de demanda em caso de eventual exercício abusivo de poder de mercado; (iii) tendência de queda dos preços dos fretes marítimos; (iv) forte poder de barganha dos clientes que, em geral, são grandes empresas; e (v) em várias oportunidades, clientes consultados não apresentaram preocupações, apontando, inclusive, possíveis vantagens do ato de concentração, como aumento da oferta de viagens e maior regularidade dos serviços.

O Parecer nº 26/2017/CGAA3/SGA1/SG, que aprovou a operação sem restrições, apontou que “nas rotas de transporte marítimo regular de contêineres nas quais foi verificada possibilidade de exercício de poder de mercado por parte das Requerentes, a apreciação da rivalidade no mercado, de forma individualizada rota a rota, e sob a perspectiva global, afastou a probabilidade de exercício de poder de mercado por parte da Maersk após a operação”. Significa dizer que, embora houvesse um risco abstrato de exercício de poder de mercado, a análise individualizada conduzida pelo CADE afastou tal possibilidade.

Além disso, a análise do Parecer nº 26/2017/CGAA3/SGA1/SG afastou a probabilidade de haver fechamento dos mercados a montante e a jusante devido às integrações verticais envolvendo os serviços de movimentação de cargas em terminais de contêineres e manutenção e reparo de contêineres. Isso porque a integração vertical não seria capaz de “incentivar as Requerentes a assumirem condutas anticompetitivas, nem tão pouco lhes conferiria poder de

---

<sup>58</sup> Um caso concreto demonstra que não há cobrança de preços supracompetitivos por amadores que exploram infraestruturas portuárias. O terminal explorado pelo grupo filipino ICTSI em Pernambuco, o Tecon Suape, não é vinculado a qualquer armador, mas cobra uma das maiores tarifas para movimentação de contêineres do Brasil. O Relatório Final sobre o estudo comparativo dos valores de THC nos terminais de contêineres no Brasil e no mundo, elaborado pela ANTAQ, aponta que o terminal se destaca como o de maior valor de THC, considerando todas os armadores e tipos de contêineres, apresentando valores acima dos praticados no Porto de Santos. Há notícias no sentido de que a CMA CGM indicou que paga, por contêiner, uma tarifa de US\$ 185, no Porto de Santos, de US\$ 195, em Pecém, e de US\$ 308, em Suape (ANTAQ – Agência Nacional de Transportes Aquaviários. Relatório Final – Estudo comparativo dos valores de THC (Terminal Handling Charge/Taxa de Movimentação no Terminal) nos terminais de contêineres no Brasil e no mundo, 2019, p. 47). Ver, também: <https://movimentoeconomico.com.br/economia/portos/2022/06/01/entenda-porque-em-suape-as-tarifas-para-conteiner-sao-mais-altas-do-brasil/>. Acesso em: 25 jun. 2024.



mercado suficiente para fazê-lo infligindo reais danos à concorrência, sem sujeitá-las, ao mesmo tempo, a proporcionais prejuízos”.

Ainda no âmbito da análise dos primeiros atos de concentração no mercado de transporte de contêineres, por intermédio do Voto do conselheiro Mércio Felski no Ato de Concentração nº 08012.007405/1998-47, o CADE se manifestou no sentido de que o transporte de contêineres interno do porto ao serviço de movimentação era mais eficiente do que o sistema anteriormente praticado, onde os importadores podiam receber a carga e levá-la diretamente dos navios para os veículos das transportadoras autorizadas, nos termos do Voto e do Voto-Vista proferidos pelos então conselheiros Afonso Arinos de Mello Franco Neto e Celso Campilongo, respectivamente.

Nesse caso, o CADE discutiu eventuais restrições a serem impostas ao Terminal de Vila Velha (TVV), como condição para aprovação de ato de concentração. Uma das restrições dizia respeito à eliminação de exclusividade mantida entre o TVV e a empresa que lhe prestava os serviços de transporte interno de contêineres. Inicialmente, o plenário do CADE admitiu a possibilidade de que o TVV, com base no poder de mercado local, poderia impor aos usuários um aumento do custo para o serviço de movimentação de contêineres por meio de integração vertical, por vínculo exclusivo, com a etapa de movimentação interna de contêineres, componente do transporte rodoviário que antes era prestado competitivamente. Essa possibilidade foi o fator determinante para que o Conselho, durante a primeira análise do ato de concentração, impusesse medidas restritivas à operação.

Contudo, o Conselheiro Afonso Arinos de Mello Franco Neto, ao apreciar o pedido de reapreciação, afastou a possibilidade de haver aumentos de custo em razão da integração. De acordo com o Voto, o “sistema operacional empregado pelo TVV na movimentação de contêineres tem a única finalidade de proporcionar ao navio o menor tempo possível de atracação”. A operação pretendida possibilitaria o armazenamento provisório dos contêineres nas pilhas, de modo a permitir que se carregue ou descarregue os contêineres na ordem definida pela sua posição nos porões, “garantindo-se eficiência para a operação ao evitar que os caminhões transportadores de contêineres tenham que ser organizados em filas rigorosamente ordenadas em função da sequência pré-definida para o embarque ou desembarque”.

No mesmo sentido, o Voto-Vista do Conselheiro Celso Campilongo destacou que a racionalidade da restrição imposta pelo ato de concentração – que suprimia a etapa do transporte interno e eliminava a exclusividade da empresa que o realizava – era a de eliminar

eventual integração vertical entre a atividade portuária e o transporte externo. Nada obstante, a solução restritiva adotada inicialmente pelo CADE não induzia nenhum benefício concreto para a concorrência.

Na visão do Conselheiro Celso Campilongo, a restrição imposta ao ato de concentração não se afigurava razoável e, portanto, não beneficiaria a concorrência<sup>59</sup>, tendo em vista que “comparando-se o sistema de movimentação portuária de contêineres que vigorava sob a administração da CODESA com o novo sistema empregado pelo TVV, verifica-se que este último é justificável por razões de eficiência e não implica integração vertical entre as atividades portuárias do TVV e o transporte externo - rodoviário ou ferroviário - de contêineres”.<sup>60</sup>

Mais que isso, os casos de integração vertical que levaram o CADE a aplicar restrições para a sua aprovação não dizem respeito à integração terminal portuário/armador, mas, sim, à integração terminal portuário/operador de infraestruturas ferroviárias. E isso tem uma razão fundamental de ser: os contornos desses arranjos é absolutamente distinto. A entrada numa nova rota de transporte marítimo pode ser feita de forma imediata, por um armador atuante em qualquer lugar do mundo, ao passo que, para a ferrovia, essa lógica não se sustenta. Para ferrovias, há elevados investimentos a serem realizados previamente, dispendo a infraestrutura necessária à prestação do transporte sobre trilhos. E isso, por si, configura elevada barreira à entrada.

Assim, por exemplo, cite-se o Ato de Concentração nº 08012.005747/2006-21, que teve por objeto a análise da aquisição pela América Latina Logística (ALL) de malhas ferroviárias que ligam a região central do Brasil ao Porto de Santos/SP. Com esta operação, a ALL se tornaria sócia de empresas exportadoras de soja em dois terminais localizados no Porto de Santos.

Na oportunidade, duas preocupações restaram ventiladas: (i) a possibilidade de a ALL favorecer o acesso à ferrovia para os seus associados nos terminais portuários, em prejuízo de exportadores que não fizessem parte da composição societária dos terminais, a qual restou

---

<sup>59</sup> Conforme exposto pelo Voto-Vista: “Com efeito, examinando-se a restrição atacada pelas Requerentes, isto é, a consistente no dever de eliminação da relação de exclusividade mantida entre o TVV e a empresa que lhe presta os serviços de transporte interno de contêineres, conclui-se que a mesma não se afigura razoável e, portanto, não pode beneficiar a concorrência”.

<sup>60</sup> O Voto-Vista destacou, ainda: “Note-se que essa eficiência, de caráter operacional, decorrente da exclusividade na movimentação interna de contêineres, não traz, por si só, prejuízos à concorrência. De fato, esta etapa interna de movimentação sequer existia anteriormente ao início da operação do terminal pelo TVV, como bem salientado no voto do ilustre Conselheiro-Relator. Assim, não há que se falar em prejuízos à concorrência numa etapa operacional que sequer existia”.

refutada, sob o argumento de que o interesse maior da ALL seria maximizar o lucro da ferrovia, atraindo o maior volume de cargas possível; e (ii) uma possível discriminação por parte da ALL em desfavor de transportadores independentes (notadamente transportadores rodoviários que levam cargas até a ferrovia para posteriormente chegar ao porto) e em benefício de empresas de logística intermodal do seu próprio grupo econômico.

O Voto do Conselheiro-Relator do caso, Luís Fernando Schuartz, observou que a aprovação do ato de concentração gerava preocupações concorrenciais em razão da relação vertical existente entre o transporte ferroviário e as atividades dos operadores logísticos portuários.

Tais preocupações levaram ao estabelecimento de condições para a aprovação do ato, por intermédio do chamado Termo de Compromisso de Desempenho, no sentido de garantir a não discriminação de usuários e transportadores de carga, juntamente com outras obrigações relativas à obtenção de eficiências. Em específico, foram impostas as seguintes restrições comportamentais: (i) divulgação de relatório periódico contendo os indicadores médios de desempenho por tipo de carga, como tempo de espera, de carga/descarga, atendimento de prioridades de embarque, dentre outros, com nível de detalhamento hábil a identificar a ocorrência ou não de discriminação a clientes específicos; (ii) publicidade dos preços praticados para as operações acessórias à prestação do serviço ferroviário; e (iii) publicidade da política de descontos praticada na atividade ferroviária, com o detalhamento dos critérios adotados para a composição dos descontos aplicados.

O segundo precedente, materializado no AC nº 08700.005719/2014-65, teve por objeto a análise concorrencial da fusão entre ALL e Rumo, empresa de logística multimodal pertencente ao Grupo Cosan, que, dentre outras atividades, atua na produção e distribuição de açúcar e etanol nos mercados interno e externo. Vislumbrando possíveis impactos à concorrência, tal operação fora aprovada, mediante as seguintes condicionantes: (i) garantia de tratamento isonômico a todos os usuários da ferrovia, que deveria ser comprovado pelas requerentes através da divulgação de indicadores de desempenho por tipo de carga; (ii) publicidade da média trimestral dos preços praticados para as operações acessórias à prestação do serviço ferroviário; e (iii) publicidade da política de descontos praticada na atividade ferroviária tanto no mercado *spot* quanto no mercado contratualizado.

Ainda para os fins da presente investida, é de destacar, no que tange à análise de condutas anticompetitivas, o PA nº 08012.005660/2003-19, de relatoria do então conselheiro Abraham Benzaquen Sicsú. Em tal oportunidade, o CADE arquivou o processo considerando que o terminal, localizado no porto de Itaguaí/RJ, era classificado como de uso privativo misto e,

portanto, destinado preferencialmente à movimentação de carga do operador arrendatário, sendo a movimentação residual de cargas de terceiros facultativa. Além disso, constatou-se que o operador ofertava a capacidade disponível de forma igualitária e impessoal, por meio de licitações e critérios de seleção objetivos. Nesse caso, o CADE se manifestou no sentido que, justamente, a integração vertical que era privilegiada pela Lei nº 8.630/1993, por intermédio dos transportes de cargas próprias, era mais eficiente e não limitava a concorrência.

Nesse sentido, fica evidenciado que a operação integrada pode proporcionar ganhos de eficiência a todos os elos da cadeia, como denotam os casos de operação vertical para movimentar carga própria, sob a égide do modelo da Lei nº 8.630/1993.

Isso posto, no modelo de movimentação de carga própria, as dificuldades concorrenciais que poderiam advir diziam respeito ao acesso à infraestrutura, dados os baixos incentivos para que seu operador, também dono da carga, viesse a movimentar cargas de terceiros.

Pois bem. Em um modelo integrativo, que permita que operadores logísticos não proprietários de carga atuem em mais de um elo da cadeia, como é o caso dos armadores/terminais portuários, as eficiências percebidas no modelo de movimentação de carga própria podem também se fazer presentes, dada a integração vertical, com o relevante adendo de que o incentivo para impedir a movimentação de outras cargas, ou mesmo para se valer de outras infraestruturas portuárias, não se fazem presentes, pelo simples fato de que a carga movimentada pelos armadores não é própria, e que o poder de escolha, em última instância, está nas mãos dos donos da carga.

Armadores são operadores logísticos por excelência. Bandeira branca. Integrados ou não, essa integração se dá no plano da logística em si, apenas. E, portanto, por si, isso já seria menos concentrador do que hipóteses nas quais terminais são operados para movimentação de carga própria, sem franquearem acesso a terceiros.

Como denota o funcionamento do mercado de contêineres, o armador não escolhe, ele próprio, o terminal no qual será movimentada a carga de propriedade de seu cliente. A decisão é do cliente, e pode envolver inúmeras circunstâncias atinentes aos negócios deste em concreto, como destino da carga, meios de armazenagem, modais subsequentes disponíveis, dentre tantos outros.<sup>61</sup> Razão por que, sendo os armadores agentes econômicos dedicados ao

---

<sup>61</sup> Um exemplo ilustra o ponto. O Ministério de Portos e Aeroportos anunciou, no dia 15/05/2024, que a Seara Alimentos vai operar cargas containerizadas no Porto de Itajaí, na área arrendada dos berços 01 e 02, com expectativa de movimentação de 44 mil TEUs por mês, a partir do segundo semestre de 2024. É plausível supor que a Seara Alimentos, verticalizando a produção alimentícia e a operação portuária, irá escolher (ou exigir) que os

transporte em geral, não atender a esses clientes porque as cargas viriam a ser movimentadas em terminais portuários não integrados, por exemplo, seria perder mercado, o que, naturalmente, não faria sentido, revelando os desincentivos para que armadores com participação em terminais portuários restrinjam sua atuação a estes terminais.

Para além das manifestações do CADE, a inadequação de uma regulação de banimento de entrada aos armadores, em procedimentos licitatórios, se mostra intrusiva e desnecessária, na medida em que o próprio funcionamento da operação dos armadores já interditaria o seu exercício de poder de mercado.

Em primeiro lugar, porque não cabe aos armadores – mas sim aos clientes - escolherem o terminal portuário ao qual será destinada a carga importada ou exportada. De fato, ao escolherem um porto, os clientes donos das cargas levam em consideração diversos fatores, tais como: grau de integração dos portos a outros modais de transporte (como o férreo ou o rodoviário), a proximidade do destino/origem das cargas, a disponibilidade e a qualidade e valor do serviço prestado por terminais.

Assim é que, ao lançar mão de tal escolha, os clientes procuram uma linha de navegação que ofereça serviços na rota desejada, comparando preços e efetuando a compra imediata (*spot*) ou negociando um acordo recorrente (contrato). Cuida-se de um procedimento negocial complexo, que é capitaneado pelo cliente (importador/exportador), a quem competirá a escolha do terminal portuário, a depender do custo, do perfil da carga e da estrutura logística, e não ao armador. Em termos simples, quem cria a demanda do armador é o cliente, e não o contrário. Daí já se pode inferir que a presunção apriorística de que o armador, ao explorar um terminal portuário, exercerá o poder de mercado, não se coaduna com a própria dinâmica mercadológica do setor.

Para além, a presunção segundo a qual os armadores que fazem parte de alianças operacionais atuam em regime de concertação e de pouca rivalidade denota uma incompreensão desses arranjos, não se coadunando com o regime jurídico instituído por tais instrumentos. E isso por alguns fatores.

O primeiro deles é que não é dado ao regulador presumir o acordo horizontal entre concorrentes. Como exposto no primeiro item, tal modalidade de acordos ostenta natureza

---

seus contêineres sejam carregados ou descarregados no Porto de Itajaí. (ITAJAÍ. Seara vai assumir as operações de contêineres do Porto de Itajaí, 16/05/2024. Disponível em: <https://itajai.sc.gov.br/noticia/32102/seara-vai-assumir-as-operacoes-de-containeres-no-porto-de-itajai>. Acesso em: 25 jun. 2024).

operacional, e não veiculadora de um acordo prejudicial à concorrência. À medida que a escolha do terminal é atribuída ao cliente (importador e exportador), os armadores continuam a concorrer entre si e com os demais operadores que transportam os contêineres por determinada rota. Tais premissas não restaram superadas mesmo em se tratando de operação que guarda uma horizontalidade de operação a jusante.

Não é por outra razão que o CADE, ao apreciar o Ato de Concentração nº 08700.002724/2020-64, por intermédio de Voto do então Relator Conselheiro Sérgio Costa Ravagnani deixou assentado que “os acordos desse tipo possuem claras limitações sobre o nível de informação compartilhada, de modo que cada empresa possui “(...) canais de vendas, políticas de precificação, e que não possuem acesso às informações de preços praticados pela outra parte”.

Motivo pelo qual tais restrições regulatórias à concorrência em procedimentos licitatórios se mostram intrusivas e desproporcionais. Como bem apontado por Floriano de Azevedo Marques Neto,<sup>62</sup> a função reguladora deve ser orientada por dois limites: o horizontal e o vertical. O primeiro (horizontal) está relacionado à existência de limites aos setores, ou campos da atividade econômica, que podem ser objeto de incidência regulatória direta, em razão do princípio da subsidiariedade. Isto porque, na concepção do referido autor, o Estado só deverá intervir no domínio econômico quando a iniciativa privada não possuir interesse, ou capacidade<sup>63</sup>.

O segundo (vertical) tem por fim analisar quais os limites constitucionais para o exercício das competências regulatórias à luz do princípio da proporcionalidade<sup>64</sup>. Em prosseguimento,

---

<sup>62</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Limites à abrangência e à intensidade da regulação estatal. *Revista de Direito Público da Economia – RDE*, n.1, v. 1, p. 69-93, 2003, mar. 2003.

<sup>63</sup> Silvia Faber Torres, em trabalho específico sobre o tema, traça as implicações da subsidiariedade na intervenção do Estado na ordem econômica: “Embora a subsidiariedade não seja um princípio estritamente diretivo da ordem econômica, ela a tem como um de seus objetos precípuos, orientando, nesse âmbito, a atuação estatal e informando a relação entre o Estado e o particular, de modo a harmonizar a coexistência do poder público e da liberdade de que goza a iniciativa privada. A subsidiariedade, portanto, regula a intervenção estatal na economia, cabendo-lhe fixar pautas que orientem uma relação harmônica entre a ordem econômica espontânea e a ação do Estado, a qual, saliente-se, não é por ela vedada, mas limitada à correção de distorções em nome do bem comum e da promoção da justiça”. (TORRES, Silvia Faber. *O Princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 152).

<sup>64</sup> Esse parece ser o entendimento de Alexandre Santos de Aragão: “O grande desafio é coordenar sem tirar a independência. Temos o princípio da proporcionalidade atuando aqui, pelo qual se deve escolher um meio adequado para realizar o fim visado, no nosso tema, o meio adequado para realizar a necessidade de coordenação. Dentre esses meios adequados - e aí vem o elemento necessidade da proporcionalidade -, tem que se escolher o meio menos restritivo à autonomia da agência. Do ponto de vista da adequação, o objetivo a ser visado é a necessidade de coordenação, não a substituição da instância regulatória; e mesmo sendo só para a coordenação, o instrumento a ser adotado tem de ser a forma menos restritiva à independência. O segundo pressuposto, que é paradoxal em relação ao primeiro, é de manter ao máximo possível a independência das agências reguladoras que

Marques Neto, ao comentar a aplicação do princípio da proporcionalidade nas diversas formas de exercício da função regulatória, leciona que o regulador manejará suas competências regulatórias em excesso, quer editando norma que não observe parâmetros justificáveis de adequação e necessidade das restrições, quer “atuando, em concreto, sem atenção à devida ponderação entre os ônus impostos ao regulado e os bônus que, potencialmente, este venha a obter com a observância das pautas regulatórias”.

É, justamente, o que aqui se passa. Como é de conhecimento convencional, a atuação da autoridade antitruste na defesa da concorrência é regida por dois padrões de regulação: regulação de conduta e regulação de estrutura. No campo da regulação das condutas, há regras de comportamento que, se não observadas, podem gerar punições ao agente. De outro lado, as condutas podem ser punidas *per se* ou a partir de uma avaliação das implicações das ações dos agentes sobre a concorrência e o bem-estar dos consumidores. Neste caso, aplica-se o critério da razoabilidade que conjuga a análise das condicionantes, motivações e impactos da conduta sobre o mercado<sup>65</sup>.

Não se está, por evidente, apregoando que o setor portuário gozaria de qualquer modalidade de isenção antitruste (albergada pela aplicação de alguma das teorias da *Primary jurisdiction doctrine*, *Filed rate doctrine*, *State action doctrine*, *implied antitrust immunities doctrine*). Mas isso não importa dizer que a entidade reguladora está autorizada a criar presunções sequer aplicáveis pela entidade de defesa da concorrência.

Explica-se. O art. 36, da Lei nº12.529/2011, adota o conceito de razoabilidade lastreado na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, extraída do “Sherman Act”. O § 3º, do art. 36, prescreve que tais condutas resultarão em violação à ordem econômica se importarem em: (i) condutas de colusão, que consistem naquelas em que os agentes coordenam sua atuação em um determinado mercado (e.g. incisos I, II e VIII); (ii) restrições de entrada, na forma das quais a conduta impede que concorrentes efetivos ou potenciais tenham acesso a insumos ou canais de distribuição necessários para a produção de um determinado bem ou serviços (e.g. incisos III, IV, V, VI, XIX); (iii) restrições verticais, quando a conduta restringe a concorrência na cadeia de produção e distribuição de um bem ou serviço (e.g. incisos IX, X, XII, e XVIII); (iv) recusa de contratar, quando um agente econômico recusa a negociar determinado bem ou

---

já forem especialmente autônomas. Dar ou não independência não vai ser uma decisão do órgão responsável pela AIR. Trata-se de decisão legislativa já tomada”. (ARAGÃO, Alexandre Santos de. Análise de impacto regulatório - AIR. Revista de Direito Público da Economia - RDPE, Belo Horizonte, ano 8, n. 32, p.13 out./dez. 2010).

<sup>65</sup> SALGADO, Lucia Helena. Política de concorrência: Tendências recentes e o estado da arte no Brasil. Brasília: IPEA, 1995. p. 5. Disponível em: <https://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/1725>. Acesso em: 1º.06.2024.

serviço que é necessário para as atividades de outro agente (e.g. incisos V, XI); e (v) práticas predatórias, que visam retirar um concorrente do mercado (e.g. inciso XV).

Do exame do referido dispositivo é possível se depreender que uma infração unilateral da ordem econômica é definida em função dos efeitos econômicos que potencialmente pode produzir no mercado, e não a partir da descrição da conduta. Nesse quadrante, e para o que aqui importa, o exemplo mais saliente é o das restrições verticais, tais como exclusividade de distribuição ou fixação de preços de revenda.

De fato, quando um produtor estabelece que seus distribuidores somente podem comercializar o produto por um preço mínimo, por um lado, isso gera um preço superior ao que poderia ser cobrado na ausência do ajuste; mas, por outro lado, estimula os distribuidores a se destacarem, ofertando ao cliente um melhor atendimento, e não apenas o menor preço, como melhor demonstração do produto, melhor entrega, melhores serviços pós-venda etc. Dependendo do bem ou serviço que está sendo comercializado, a atuação destacada do distribuidor pode agregar valor ao bem e serviço comercializado. No mesmo sentido, um acordo de exclusividade na venda de um insumo, que preveja valores mínimos a serem adquiridos, por um lado pode vedar o acesso de concorrentes a tal insumo, mas por outro lado pode dar ao produtor do insumo as condições necessárias para fazer investimentos no aumento da produção para atender ao cliente exclusivo que não seriam feitos na ausência do ajuste.

Isso importa dizer que, diversamente dos denominados cartéis *hard core*<sup>66</sup>, as eventuais condutas que podem resultar de integrações verticais não se configuram como um ilícito concorrencial *per se*<sup>67</sup>, pois que predicam de uma análise das eficiências líquidas produzidas *vis-à-vis* eventuais restrições à concorrência.

---

<sup>66</sup> “Cartel hard-core [aqueles cartéis voltados única e exclusivamente à determinação de preço/quantidade e demais variáveis competitivas] são os vilões por excelência do direito da concorrência. Eles são considerados não apenas por toda parte como ilícitos antitruste, mas em vários ordenamentos, também como criminosos. SCHUARTZ, L. F. Ilícito antitruste e acordos entre concorrentes”. In: POSSAS, M. L. (Org.). Ensaio sobre Economia e Direito da Concorrência. São Paulo: Singular, 2002. p. 120.

<sup>67</sup> Como se depreende do voto do Conselheiro-Relator do CADE no Processo Administrativo do cartel da pedra britada também aborda o tema: Mesmo abandonando-se a premissa de concorrência perfeita, os efeitos negativos para o bem-estar dos consumidores de cartéis são determinados de forma conclusiva por economistas das várias correntes de pensamento econômico. Quando bem-sucedidos os cartéis elevam preços acima do que seria possível na ausência de coordenação das decisões alocativas. Os consumidores, inclusive empresas ou governo, são compelidos a pagar preços mais elevados ou não consumir esses produtos. Em muitos casos, portanto, os cartéis reduzem o nível de produção para viabilizar seus níveis de preços: esses se apropriam dos excedentes econômicos e da renda dos setores que consomem seus produtos. Finalmente, ao ficarem protegidas da competição e da rivalidade, as empresas cartelizadas são desestimuladas a controlar seus custos ou inovar. Dessa forma pode-se afirmar que cartéis são sempre (e sem qualquer exceção) nocivos à eficiência de uma economia de mercado. (Voto



Não é por outra razão que o CADE<sup>68</sup>, ao analisar os efeitos de eventuais práticas restritivas verticais entre operadores *upstream* e *downstream* já se manifestou no sentido de que “os acordos de exclusividade podem também gerar efeitos pró-competitivos, tais como: (i) maior alinhamento dos interesses do fabricante e do distribuidor, acirrando a competição intermarcas, ao encorajar ao distribuidor para que eleve as vendas daquele determinado fabricante; (ii) incentivos para que fabricantes auxiliem os distribuidores, por meio de investimentos de capacitação, fornecimento de serviços e informações; (iii) mitigação de problemas decorrentes do ‘efeito carona’ (*free riding*) incentivando investimentos do fabricante no distribuidor; (iv) viabilidade de investimentos para atendimento de consumidores específicos; e (v) maior controle de qualidade da distribuição pelo fabricante e redução de custos de transação”.

Tanto é verdade que a Superintendência Geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“SG/CADE”) emitiu, em caráter de advocacia da concorrência, a Nota Técnica nº 10/2022/CGAA3/SGA1/SG/CADE (“Nota Técnica nº CADE 10/2022”), cujo objeto era analisar os aspectos concorrenciais impostos na licitação do arrendamento do STS-10.

Ao analisar o tema, a SG se manifestou no sentido de que: (i) a exclusão de competidores vai contra as melhores práticas internacionais e certamente é uma decisão drástica e irreversível. Essa solução deve ser utilizada somente quando existir certeza de que o competidor necessariamente prejudicará o mercado e que não existem outras soluções para a contenção do problema; (ii) a solução mais eficiente seria permitir a participação dos agentes verticalmente integrados, desde que alterado o contrato de forma a inserir remédios comportamentais particulares; e (iii) a solução proposta harmonizaria adequadamente regulação discricionária e contratual, maximizando os princípios da liberdade econômica, sem desconsiderar os riscos apontados na audiência pública, e tampouco onerar demasiadamente a ANTAQ.

Daí a ausência de capacidade institucional da ANTAQ para veicular restrições à concorrência em procedimentos licitatórios se utilizando da regra *per se*, ao invés da regra da “razão”, para analisar as eficiências e os possíveis efeitos da operação verticalizada entre o transportador e o terminal portuário.

---

do Cons. Relator no Processo Administrativo nº 08012.002127/02-14, Representante: Secretaria de Direito Econômico ex officio Representados: Sindicato da Indústria de Mineração de Pedra Britada do Estado de São Paulo – SINDIPEDRAS e outros. Relator: Cons. Luiz Carlos Delorme Prado, p. 7).

<sup>68</sup> Processo Administrativo nº 08012.005009/2010-60

Segundo esta Teoria, que tem tomado parte importante do debate jurídico nacional, a análise das questões de interpretação jurídica, em geral, deve ser iniciada por uma análise das situações estruturais internas das instituições envolvidas, identificando e avaliando suas capacidades e aptidões, de modo a determinar qual é o *locus* mais apropriado à tomada de uma determinada decisão<sup>69</sup>. Isto é: antes mesmo de se debater sobre a legalidade, constitucionalidade ou até mesmo a melhor forma de interpretação de uma determinada norma, dever-se-ia fazer uma análise das capacidades das instituições envolvidas. Assim, seriam verificadas questões empíricas como: (i) a possibilidade de o agente levantar recursos e informações<sup>70</sup>; (ii) a sua especialização, representada por um conhecimento aprofundado em determinadas matérias; e (iii) a sua capacidade de avaliar os efeitos sistêmicos de sua decisão<sup>71</sup>.

O objetivo dessa análise consistiria em, por meio da determinação criteriosa da capacidade institucional dos agentes envolvidos, determinar qual entidade está mais habilitada a produzir a melhor decisão em determinada matéria<sup>72</sup>. Nessas hipóteses, os tribunais devem reconhecer

---

<sup>69</sup> Nesse sentido, lecionam Cass Sunstein e Adrian Vermeule que: “Temos visto que vozes influentes na doutrina constitucional argumentam em favor de estratégias interpretativas sem sintonia com a questão das capacidades institucionais. Aqueles que enfatizam argumentos filosóficos, ou a idéia de interpretações holísticas ou intratextuais, parecem, em nossa visão, terem dado muito pouca atenção às questões institucionais. Aqui, como em outros lugares, a nossa colocação [submission] mínima é a de que uma afirmação sobre a interpretação adequada é incompleta se não prestar atenção às considerações das capacidades administrativas [administrability], das capacidades judiciais e efeitos sistêmicos, além das colocações usuais sobre legitimidade e autoridade constitucional”. (SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper n. 156, 2002. Disponível em: [http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1279&context=law\\_and\\_economics](http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1279&context=law_and_economics). Acesso em: 12 mai. 2024.

<sup>70</sup> O levantamento de recursos e informações também serve, portanto, de parâmetro informativo a uma postura mais ou menos deferente do Poder Judiciário ao controlar a Administração Pública. Segundo Adrian Vermeule, há um papel apropriado para os tribunais no sentido de assegurar que as agências tenham adequadamente investido recursos na coleta de informações que podem resolver a incerteza, seja transformando-a em risco, ou mesmo em certeza. Assim, quanto mais tempo e recursos o regulador tiver investido na busca de informações, mais justificada será a deferência do Judiciário às escolhas de primeira ordem tomadas pelas agências em um ambiente de incerteza. Cf.: VERMEULE, Adrian. Rationally Arbitrary Decisions (in Administrative Law). Harvard Public Law Working Paper n. 13-24. Disponível em: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2239155](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2239155). Acesso em: 12 mai. 2024.

<sup>71</sup> Nesse sentido, Carlos Bolonha, José Eisenberg e Henrique Rangel anotam: “Em se tratando de capacidades institucionais, pode-se compreender que existe a necessidade de serem firmados parâmetros para definir o nível de interpretação que deve ser empregado sobre o caso concreto. Como exemplos de fatores indispensáveis para o aprofundamento da discussão decisional, pode-se apontar o fato de a instituição ser plenamente capaz de levantar recursos e informações que balizem sua decisão, bem como ela estar inserida em debates teóricos e empíricos sobre os fatos conexos àquela matéria. No que tange aos efeitos sistêmicos, preocupa-se com os resultados que podem recair sobre pessoas, instituições públicas e instituições privadas; o que exige do processo de deliberação um rigor maior na interpretação, discussão e decisão do caso concreto” (BOLONHA, Carlos; EISENBERG, José; RANGEL, Henrique. Problemas Institucionais no Constitucionalismo Contemporâneo. Direitos Fundamentais e Justiça. Revista do Programa de Pós-Graduação Mestrado e Doutorado em Direito da PUC-RS, ano 5, n. 17, out./dez. 2011).

<sup>72</sup> De acordo com Alexandre Santos de Aragão, “o controle jurisdicional está avançando para um nível de discussão muito mais sofisticado do que a divisão binária (e muitas vezes ad hoc) entre discricionariedade e vinculação, que

que o Poder Executivo tem aptidão especial, que o torna mais bem equipado para decidir determinadas questões de fato, o que se aproxima da própria ideia de deferência.

A doutrina da deferência advém da construção da Suprema Corte Americana, segundo a qual, se houve um processo administrativo e uma fundamentação adequada para a Administração escolher uma, entre várias interpretações plausíveis do ato normativo, o Judiciário não deve substituir a interpretação plausível da Administração pela sua própria, salvo se aquela não for razoável<sup>73</sup>. Essa premissa se baseia no fato de que existem atos administrativos de natureza técnica, cuja competência é privativa da Administração Pública, a qual não pode ser substituída nessa tarefa por outra entidade detentora de poder.

Tudo isso levando em conta a premissa de que, como as entidades técnicas seriam capazes de alcançar uma profundidade técnica maior do que a possível em sede judicial, estariam elas em melhor posição para tomar decisões regulatórias que assim demandassem. Por consequência, o Poder Judiciário deveria adotar uma postura de *judicial deference* (deferência jurisdicional) à atuação da Administração Pública.

O dever de deferência, pois, limita a atuação do julgador, nos casos em que este é provocado a alterar os juízos de ponderação (técnicos, econômicos, sociais e jurídicos) realizados pela autoridade administrativa, que dispõe de formação adequada para tanto<sup>74</sup>. Nessas hipóteses,

---

está sendo gradualmente substituída pelo conceito de índices de capacidade institucional do órgão administrativo que emitiu a decisão comparativamente à capacidade institucional que o Judiciário tem para decidi-la” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. Controle jurisdicional de políticas públicas. A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 10, nº 42, out./dez. 2010).

<sup>73</sup> Cass R. Sunstein e Adrian Vermeule: “Temos argumentado que as questões de interpretação jurídica não podem ser adequadamente resolvidas sem atenção às questões institucionais. Uma extraordinária variedade de pessoas ilustres tem explorado estratégias interpretativas sem atentar para o fato de que tais estratégias, inevitavelmente, serão usadas por pessoas falíveis e com prováveis efeitos dinâmicos que vão muito além do caso em questão. Dois mecanismos parecem principalmente responsáveis por esta cegueira institucional. Um deles é uma armadilha relacionada a quem desempenha o papel [role-related trap]: os teóricos interpretativos se perguntam ‘como eu decidiria o caso, se eu fosse um juiz?’ – Uma pergunta cuja forma muito suprime a questão fundamental de que as regras interpretativas relevantes serão utilizadas por juízes, em vez de teóricos. Outra é uma armadilha cognitiva: especialistas, como professores de Direito, criticam opiniões monocromáticas [insufficiently nuanced opinions] emitidas por juízes generalistas em casos particulares, desconsiderando que os mesmos juízes poderiam muito bem ter feito muito pior, ao longo de uma série de casos, na tentativa de emular a abordagem dos especialistas. No geral, a questão-chave parece ser, ‘como juízes perfeitos decidem os casos?’ ao invés de “como juízes falíveis devem proceder, à luz de sua falibilidade e de seu lugar em um sistema complexo de ordem privada e pública?”. (SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. John M. Olin Program. Law and Economics Working Paper n. 156, 2002. Disponível em: [http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1279&context=law\\_and\\_economics](http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1279&context=law_and_economics). Acesso em: 12 mai. 2024).

<sup>74</sup> Chevron USA Inc. v. Natural Resources Defense Council. 467 U.S. 837 (1984). Destaca-se que o precedente está sendo revisitado, como demonstra a decisão da Suprema Corte, datada de 28/06/2024. Os impactos da referida decisão, em termos teóricos e práticos, ainda não podem ser apontados. Cf.: Loper Bright Enterprises et. al. v. Raimondo, Secretary of Commerce, et al. 22-451 U.S. (2024).

a sindicabilidade do ato envolve o exame limitado aos aspectos de legalidade – em especial, o atendimento dos elementos do ato administrativo, mediante a aferição da regularidade do procedimento pelo qual foi cunhado. O racional da deferência já foi reconhecido, expressamente, pelo STF, por ocasião do julgamento da ADI nº 4874/DF<sup>75</sup> e do RE nº 1.083.955/DF.<sup>76</sup>

No julgamento da ADI nº 4874/DF, o Supremo Tribunal apontou que, uma vez definidos na legislação de regência as políticas a serem perseguidas, os objetivos a serem implementados e os objetos de tutela, “ainda que ausente pronunciamento direto, preciso e não ambíguo do legislador sobre as medidas específicas a adotar, não cabe ao Poder Judiciário, no exercício do controle jurisdicional da exegese conferida por uma Agência ao seu próprio estatuto legal, simplesmente substituí-la pela sua própria interpretação da lei”.

Por sua vez, no âmbito do Recurso Extraordinário nº 1.083.955/DF, o STF consignou que o dever de deferência do Judiciário às decisões técnicas adotadas por entidades reguladoras repousa na: (i) falta de expertise e capacidade institucional de tribunais para decidir sobre intervenções regulatórias, que envolvem questões policêntricas e prognósticos especializados; e (ii) possibilidade de a revisão judicial ensejar efeitos sistêmicos nocivos à coerência e dinâmica regulatória administrativa. De acordo com o Supremo Tribunal, “em perspectiva pragmática, a invasão judicial ao mérito administrativo pode comprometer a unidade e coerência da política regulatória, desaguando em uma paralisia de efeitos sistêmicos acentuadamente negativos”.

Para além disso, ao instituir restrições regulatórias à concorrência em procedimentos licitatórios, presumindo-se o eventual exercício de poder de mercado pelos armadores na exploração de infraestruturas portuárias, o regulador se utiliza de metodologia mais rigorosa do que a do próprio CADE, e viola o princípio da proporcionalidade, criando um ônus para o poder público, que terá reduzido o universo de competidores e, na ponta, para os usuários da infraestrutura portuária que, entre outras coisas, serão privados das eficiências que poderiam resultar da integração.

---

<sup>75</sup> “Deferência da jurisdição constitucional à interpretação empreendida pelo ente administrativo acerca do diploma definidor das suas próprias competências e atribuições, desde que a solução a que chegou à agência seja devidamente fundamentada e tenha lastro em uma interpretação da lei razoável e compatível com a Constituição. Aplicação da doutrina da deferência administrativa (Chevron U.S.A. v. Natural Res. Def. Council)” (STF – ADI nº 4.874/DF – Plenário – Rel. Min. Rosa Weber – J. 01/02/2018).

<sup>76</sup> STF – AgR no RE nº 1.083.955/DF – Primeira Turma – Rel. Min. Luiz Fux, J. 28/05/2019.

A título exemplificativo, o CADE concluiu, em análise de caso concreto, que não havia riscos concorrenciais caso ocorresse integração vertical no âmbito da licitação do Porto de Itajaí. Na visão da área técnica do Conselho, o exercício do poder de fechamento de mercado não se mostrava crível por três principais fatores: (i) a necessidade de amortizar os investimentos realizados com as licitações e com o desenvolvimento do Terminal de Itajaí<sup>77</sup>; (ii) o aumento de capacidade ociosa<sup>78</sup>; e (iii) a não alteração do atual cenário de transporte de cargas<sup>79</sup>.

A manifestação do CADE<sup>80</sup> apontou, após análise dos cenários intraporto e interportos com sobreposições horizontais ou verticais, que todos os cenários “não apresentam riscos concorrenciais após o leilão, considerando-se a inexistência de incentivos para fechamento de mercado tanto a montante, quanto a jusante decorrente de possíveis reforços de integrações verticais entre armadores e operadores portuários, bem como pela baixa probabilidade de exercício do poder de mercado decorrente da combinação dos ativos de empresas incumbentes no mercado de movimentação de cargas containerizadas ao se sagrarem vencedoras do certame”. Ressaltou-se, ainda, que a ANTAQ dispõe de ferramentas que podem ser usadas caso se identifiquem eventuais condutas anticoncorrenciais do futuro arrendatário do Porto Organizado de Itajaí.

Disso decorre que as restrições regulatórias à concorrência em procedimentos licitatórios viola, pois, o art. 3º, V, da Lei nº 12.815/2023, segundo o qual a exploração da infraestrutura portuária deve restar orientada pelo “**estímulo à concorrência, por meio do incentivo à participação do setor privado e da garantia de amplo acesso aos portos organizados, às instalações e às atividades portuárias**”. E, na mesma medida, ao art.

---

<sup>77</sup> “Sabe-se que os aportes financeiros estimados para a validação da concessão do Terminal de Itajaí flutuam na casa dos R\$ 2,1 bilhões. Despesas de tamanho calibre tendem a serem amortizadas ao longo de anos, fazendo-as perquirir pelos meios mais eficientes de influxo de caixa. Nesse sentido, um fechamento de mercado acabaria por reduzir esse influxo, prejudicando a empresa concessionária”.

<sup>78</sup> “Em relação ao mercado à montante, a capacidade da nova estrutura conjunta dos terminais operados pelo grupo econômico da MSC seria de aproximadamente 2.700 mil TEUs, superando amplamente os 470.000 TEUs movimentados pela armadora no ano de 2022. A manutenção das instalações ociosas não é uma opção viável economicamente e contratualmente, tendo em vistas as diversas obrigações previstas em contrato, em especial a Movimentação Mínima Contratual (MME), bem como os colossais investimentos a serem aportados, impedindo a prática de fechamento”.

<sup>79</sup> “No âmbito do mercado à jusante, com o transporte de cargas marítimas promovido pelas armadoras, também não se observa um racional para um fechamento de mercado. Caso o Operador Portuário do grupo MSC se sagraisse campeão da licitação, não haveria sequer possibilidade de a armadora desviar o curso de suas rotas para preferenciar o Terminal de Itajaí, visto que atualmente, 30-40% [ACESSO RESTRITO AO CADE E À ANTAQ] da carga recepcionada pela Portonave é proveniente da MSC, ambos verticalizados entre si”.

<sup>80</sup> CADE – Superintendência Geral. Nota Técnica nº 5/2023/CGAA3/SGA1/SG/CADE. Disponível em: [https://sei.CADE.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?HJ7F4wnIPj2Y8B7Bj8oh1lskj7ohC8yMfhLoDBLddautRF-pPj-nLLXuLxSYm93ElcgXkKgUQhtKxIojNXPK\\_dDoX7xiNfVwrMGUE6WC7\\_-opXLq8sn7mQVffdfH3BK](https://sei.CADE.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?HJ7F4wnIPj2Y8B7Bj8oh1lskj7ohC8yMfhLoDBLddautRF-pPj-nLLXuLxSYm93ElcgXkKgUQhtKxIojNXPK_dDoX7xiNfVwrMGUE6WC7_-opXLq8sn7mQVffdfH3BK). Acesso em: 03 mai. 2024.

27, IV, segundo o qual compete à ANTAQ “elaborar e editar normas e regulamentos relativos à prestação de serviços de transporte e à exploração da infra-estrutura aquaviária e portuária, garantindo isonomia no seu acesso e uso, assegurando os direitos dos usuários e **fomentando a competição entre os operadores**”, bem como ao art. 28, II, da Lei nº10.233/2021, o qual preceitua que “os instrumentos de concessão ou permissão **sejam precedidos de licitação pública** e celebrados em cumprimento ao princípio da **livre concorrência entre os capacitados para o exercício das outorgas**”.

Daí se pode inferir que estabelecer restrições licitatórias a operadores verticalizados, de forma apriorística, ao invés de tutelar a concorrência no mercado, está a restringir uma concorrência pelo mercado de exploração da infraestrutura portuária, em violação aos limites verticais e horizontais da regulação, subvertendo os lindes da competência da entidade reguladora prescritos nas leis que delimitam a sua competência.

## 5. A eficiência como um dos vetores da regulação portuária e sua incompatibilidade com as restrições à concorrência pelo mercado nas licitações portuárias

Como visto, a regulação tem por fim corrigir, por meio de um processo reflexivo de interesses<sup>81</sup>, “falhas de mercado” (*market failures*) e “falhas de governo” (*government failures*). Para Tony Prosser<sup>82</sup>, “a regulação é um conjunto de atos de controle e direção de acordo com uma regra, princípio ou sistema, que se desenvolve por intermédio de normas legais e outras medidas de comando e controle, caracterizadores da intervenção pública que afeta a operação de mercados e as decisões econômicas das empresas, normalmente pela restrição de mercados”. Daí a complexidade atual da regulação.

De fato, o exercício da função regulatória se desenvolve por meio da ponderação dos múltiplos interesses setoriais. Portanto, se estes interesses não se manifestam, não há regulação – e viola-se o “princípio da legitimidade”. Mais que isso, essa pretensa regulação não será eficiente e violará o “princípio da eficiência”, por não ter alcançado o “ponto ótimo”, de equilíbrio entre custos e benefícios da regulação. A regulação representa, assim, um método que possibilita pronta atuação do Poder Público, em apoio e reforço às forças espontâneas da sociedade, para restabelecer o equilíbrio comprometido, sem afastá-las. Deve, pois, na medida do possível, produzir, sinergicamente, o máximo de eficiência na solução dos problemas, aliando, na dosagem necessária para cada hipótese, as vantagens da flexibilidade negocial privada e do rigor da coercitividade estatal decorrente do exercício do poder extroverso.

Trata-se de uma tendência que inova fórmulas, funcionais e orgânicas, para desenvolver uma administração pública especializada, em setores críticos de interesses, o que se opera por intermédio da deslegalização de matérias e se caracteriza, ainda: pela separação entre a formulação de política pública (*policy*) e a administração pública (*administration*); pela visibilidade (ou, como vem passando ao português na voz “transparência”, como tradução literal de *transparency*, implícita no princípio da publicidade e também conhecida nos sistema anglo-saxões como *sunshine policy*); pela responsividade (*accountability*), que é a satisfação da legitimidade da ação administrativa em termos de eficiência, mas, sobretudo, tem como característica a intensa processualização administrativa, inclusive com ampla participação de todos os agentes dos setores interessados.

---

<sup>81</sup> GUERRA, Sérgio. Discricionariiedade, regulação e reflexividade - uma nova teoria sobre as escolhas administrativas. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

<sup>82</sup> PROSSER, Tony. *Law and the Regulators*. Oxford: Claredon Press, 1997. p. 3 a 7.

Nesse quadrante, a finalidade dessa função administrativa é a de estabilização de subsistemas, para a qual os reguladores se utilizam de diversas competências (cada qual com suas estruturas particularizantes, apartadas por suas finalidades e por diferentes graus de *enforcement*).

No que tange ao exercício de suas funções, é de curial notoriedade que tais entidades exercem funções normativas, executivas e judicantes, que realizam uma harmonização setorial de interesses complexos, por meio de uma intervenção branda na economia, visando a calcar um equilíbrio no setor objeto da deslegalização. A intervenção regulatória, no entanto, deve possuir caráter excepcional, como leciona Juan Carlos Cassagne<sup>83</sup>, para quem “uma regra contrária implicaria na ruptura do Estado de Direito, que assenta no princípio fundamental da liberdade face aos poderes públicos, e subverteria a regra de que as restrições à liberdade são a exceção no sistema de direitos e de garantias constitucionais”.

Assim é que a regulação não define qualquer interesse público geral – o que cabe ao poder concedente –, nem, muito menos, impõe um determinado comportamento, exigível das partes, senão que prescreve uma situação de equilíbrio, a ser alcançada ou mantida, entre interesses e valores concorrentes. O interesse público é considerado, assim, ponderadamente, ou seja, em conjunto com vários outros interesses convergentes protegidos pela ordem jurídica, pois o que visa, com sua atuação, é a realização harmônica de valores protegidos. De fato, foi a partir do reconhecimento da diferença entre as matérias que exigem escolhas político-administrativas e as matérias em que devam predominar as escolhas técnicas, que surgiram as técnicas de regulação.

Nesse quadrante, como bem observam Robert Baldwin e Martin Cave<sup>84</sup>: “certas funções da regulação podem exigir o exercício de um juízo de valor por parte dos especialistas. É provável que tal aconteça quando o decisor tem de considerar uma série de opções ou valores concorrentes e chegar a um juízo equilibrado com base em informações incompletas e variáveis”. Tal especialidade se justifica para endereçar temas de alta complexidade técnica, para os quais o Poder Legislativo não se revela a entidade mais adequada, seja pela morosidade do processo legislativo, seja pela incapacidade de tratar, na arena política, de temas técnicos.

---

<sup>83</sup> CASSAGNE, Juan Carlos. Derecho administrativo II. 6. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998. p. 501. Tradução livre.

<sup>84</sup> BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice. New York: Oxford University Press, 2013. p. 157. Tradução livre.



No início da década de 90, as principais questões sobre a juridicidade do exercício da função regulatória no Brasil<sup>85</sup> estavam relacionadas: (i) à legitimidade do exercício da função normativa pelas agências reguladoras; (ii) à constitucionalidade da atribuição de mandatos fixos e não coincidentes com o do Chefe do Poder Executivo para os seus diretores; (iii) à sua autonomia frente o Chefe do Poder Executivo; e (iv) ao cabimento de recurso hierárquico impróprio em face de suas decisões.

Em que pese remanescer polêmicas sobre as referidas questões, atualmente, a doutrina do denominado “Direito Regulatório”<sup>86</sup> passa a voltar suas luzes para a forma como a atividade regulatória estatal vem sendo exercida. Dito em outros termos, o debate não está, apenas, centrado na natureza dessa função – notadamente se regulamentar ou normativa –, mas se tal modalidade de intervenção indireta do Estado no Domínio Econômico, prevista, de forma ampla, no art. 174 da CRFB, vem sendo exercida de modo necessário, adequado e proporcional.<sup>87</sup>

Como bem observado por Gustavo Binenbojm<sup>88</sup>: “assentada a premissa segundo a qual a noção de regulação envolve uma atividade de interferência no exercício da liberdade privada, por meio de coerções ou de induções, a definição do meio (instrumento regulatório) deve ser objeto de meticulosa justificação que seja capaz de demonstrar a adequação da medida ao

---

<sup>85</sup> De acordo com Floriano de Azevedo Marques Neto, “a regulação é uma atividade estatal pela qual o Estado usa o seu poder extroverso para intervir e modelar comportamentos privados. Porém, o faz a não a partir de comandos binários proibido-permitido, vedado-autorizado, conduta-sanção, ordem-sujeição, mas, sim, perseguindo objetivos públicos pautados no ordenamento jurídico em concertação com os atores econômicos e sociais. Sendo assim, podemos concluir a função reguladora como sendo a modalidade de intervenção estatal indireta no domínio econômico ou social destinada à busca do equilíbrio de interesses aos sistemas regulados e à satisfação de finalidades públicas, condicionada aos limites e parâmetros determinados pelo ordenamento jurídico”. KLEIN, Aline; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Título. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). Tratado de direito administrativo. V. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 512.

<sup>86</sup> Essa questão foi examinada de forma pioneira em tese de doutorado defendida por Marcos Juruena, posteriormente publicada: SOUTO, Marcos Juruena Villela. Direito Administrativo regulatório. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

<sup>87</sup> OCDE. Building an institutional framework for regulatory impact analysis. Version 1.1 Regulatory Policy Division Directorate for Public Governance and Territorial Development. Paris, 2008; RODRIGO, Délia. Regulatory Impact Analysis in OECD Countries Challenges for Developing Countries: South Asian Third High level Investment Roundtable, 2005; BECK, Leland E. Judicial Review & EO 12866 Regulatory Impact Analysis, on August 29th, 2012. Posted in Executive - OMB Review, Judicial Review & Remedies, Regulatory Flexibility & Small Business, Regulatory Process. No Brasil, V. SALGADO, Lucia Helena; HOLPERIN, Michelle Moretzsonh. Análise de Impacto: Ferramenta e Processo de Aperfeiçoamento da Regulação, p. 3. Disponível em: <<http://www.agersa.es.gov.br/arquivos/relatorios/Analise%20do%20Impacto%20Regulatorio%20Ferramenta%20e%20Processo%20de%20Aperfeiçoamento%20da%20Regulacao.pdf>>. Já se teve a oportunidade de abordar o tema em FREITAS, Rafael Vêras de. A Análise de Impacto Regulatório (AIR) no setor de energia elétrica. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 12, n. 46, pp. 177-200, jul./set. 2014.

<sup>88</sup> BINENBOJM, Gustavo. Aspectos institucionais da transformação: desestatização e desterritorialização do poder de polícia. In: BINENBOJM, Gustavo. Poder de Polícia Ordenação Regulação: Transformações Político-jurídicas, Econômicas e Institucionais do Direito Administrativo Ordenador. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

objetivo regulatório previamente definido”. Esse juízo acerca da qualidade e da necessidade do exercício da função reguladora tem lugar, sobretudo, nas hipóteses em que a norma regulatória estabelece limites a direitos dos administrados, malgrado se trate de atividades qualificadas como serviços públicos.

Nesse quadrante, a regulação tem por propósito, justamente, a partir deste processo de ponderação de interesses, garantir o atendimento do ponto ótimo de eficiências (alocativas e produtivas) nos setores regulados.

Não é por outra razão que à ANTAQ foi conferido um plexo de competências que orientam o exercício de sua regulação sobre a exploração das infraestruturas portuárias à eficiência.

Assim, por exemplo, cite-se o art. 11, IV, da Lei nº 10.233/2001, o qual prescreve que gestão da infraestrutura portuária deve “assegurar, sempre que possível, que os usuários paguem pelos custos dos serviços prestados em regime de eficiência”. Na mesma direção, no art. 20, II, ‘a’, atribui à ANTAQ regular a exploração da infraestrutura portuária com vistas a “garantir a movimentação de pessoas e bens, em cumprimento a padrões de eficiência, segurança, conforto, regularidade, pontualidade e modicidade nos fretes e tarifas”.

O normativo dispõe, ainda, que a ANTAQ deverá “promover estudos aplicados às definições de tarifas, preços e fretes, em confronto com os custos e os benefícios econômicos transferidos aos usuários pelos investimentos realizados”. Na mesma direção, o art. 3º, III, da Lei nº 12.815/2013, prescreve que a exploração da infraestrutura portuária deve observar “estímulo à modernização e ao aprimoramento da gestão dos portos organizados e instalações portuárias, à valorização e à qualificação da mão de obra portuária e à eficiência das atividades prestadas”.

É sob tal mirada que se deve analisar as restrições regulatórias à concorrência estipuladas pela ANTAQ, interditando ou mitigando a participação de armadores em licitações de arrendamentos portuários para movimentação de contêineres.

Cuida-se de restrição que desconsidera, *ex ante*, e em desconformidade com o arcabouço regulatório do setor portuário, as eficiências que podem ser experimentadas pela integração vertical de elos da cadeia logística portuária, notadamente em razão da redução dos custos de transação – o que, na ponta, beneficiará o usuário de um serviço público (nos termos do que dispõe o art. 21, XII, ‘f’, da CRFB). Explica-se.

Ronald Coase, em dois textos seminais, o primeiro, publicado em 1937, denominado “*The Nature of The Firm*”, e o segundo, em 1960, cujo título é “*The Problem of Social Cost*”,

desenvolveu a Teoria dos Custos de Transação. Em breves palavras, a teoria formulada pelo autor consagra o entendimento de acordo com o qual “quando os direitos de propriedade são bem definidos e o custo de transação é igual a zero, a solução final do processo de negociação entre as partes será eficiente, independentemente da parte a que se atribuam os direitos de propriedade”.

O núcleo desse teorema está no conceito de “custos de transação”. Tal conceito está atrelado à adequada (e realista) concepção de acordo com a qual o livre mercado é dotado de imperfeições, que justificam a intervenção do direito. Dito em outros termos, considera-se que conceitos como o de concorrência perfeita e de simetria de informações entre os agentes econômicos não têm lugar no mundo dos fatos (como outrora defendido pela Teoria Neoclássica).

Nesse contexto, Coase aponta que a estruturação hierárquica de uma firma, ao substituir a atuação isolada do agente econômico do mercado, reduzindo o plexo de relações jurídicas, tem o potencial de reduzir os custos de transação – substituindo a concepção então prevalente pela Teoria Neoclássica segundo a qual tal arranjo teria por fim responder às influências do preço sobre as relações comerciais. Dito em outras palavras, a partir da estruturação hierárquica de uma firma, os custos que eram suportados por cada relação empresarial esparsa, passam a ser mitigados e reduzidos. É que se incorpora, pois, diversas etapas produtivas de um mesmo mercado, de sorte a reduzir e internalizar decisões e conflitos que teriam lugar nas transações diretas no mercado, o que reduziria os custos de transação.

Como bem desenvolvido por Oliver Williamson<sup>89</sup>, lastreado na concepção Coaseana, no sentido de que as relações econômicas geram fricções que devem ser precificadas pelas partes, ao se veicular um sistema de incentivos, as relações econômicas devem ser analisadas sob perspectivas mercadológicas, hierárquicas e, para o aqui importa, contratuais.

De acordo com o autor, o ponto central da Nova Economia Institucional (NEI) diz com a produção de eficiências, por intermédio das relações contratuais e das operações de integração vertical. O racional do autor é no sentido de que os mecanismos de incentivos devem equilibrar a barganha entre os custos experimentados, *ex ante* e *ex post*. Nesse quadrante, Oliver Williamson<sup>90</sup> asseverou que os “custos de transação”, nos negócios jurídicos, têm lugar porque os agentes econômicos não adquirem bens, tão somente, por conta dos custos de produção,

---

<sup>89</sup> WILLIAMSON, O. E. Economics of Organization: The Transaction Cost Approach. American Journal of Sociology, Chicago, v. 87, n. 3, p. 548-577, 1981. p. 552.

<sup>90</sup> WILLIAMSON, O. E. The Economic Institutions of Capitalism. New York: The Free Press, 1985. p. 34.

mas porque a todos eles estão agregados os custos de negociação (barganha), que são aqueles necessários à formação e à manutenção dos ajustes. Ainda de acordo com o autor, estes custos podem se materializar, *ex ante*, na fase pré-contratual; ou, *ex post*, após a celebração do contrato.

Na fase pré-contratual, os custos de transação podem ser exemplificados: (i) pela redação do contrato; (ii) pelas negociações para obtenção de melhores condições e obrigações contratuais; e (iii) pelo estabelecimento de garantias para se mitigar os riscos da ocorrência de fatos supervenientes. Já na fase pós-contratual, os custos de transação terão lugar, por exemplo: (i) na fiscalização do contrato; (ii) na manutenção das condições originalmente acordadas; e (iii) na sua renegociação pela ocorrência de fatos supervenientes.

Assim é que, na qualidade de um instrumento de redução dos custos de transação, o autor – na esteira de Coase – ressalta a importância da integração vertical ou da governança unificada, notadamente nas relações de longo prazo que envolvem a necessidade da realização de investimentos em ativos específicos.

Chamamos de concessões verticais os serviços de infraestrutura que envolvem duas ou mais atividades integradas verticalmente. No setor de eletricidade, por exemplo, a energia é gerada em uma etapa, transmitida em alta tensão em uma segunda etapa, e depois levada em baixa tensão aos consumidores pelas redes de distribuição elétrica em uma terceira etapa. Há, portanto, uma relação dita vertical entre geração, transmissão e distribuição, em que o operador em uma etapa utiliza serviços ou bens gerados na etapa anterior.

Em um mundo sem custos de transação, o ideal seria comprar tudo fora (governança de mercado), pois que isso permitiria um elevado grau de especialização e escala, além de ganhos dinâmicos de aprendizagem, o que leva a níveis elevados de produtividade. Mas, no mundo real, há custos de transação<sup>91</sup>. E isso pode fazer com que a melhor solução seja realizar as atividades mais sensíveis dentro da firma. O grau em que é ótimo comprar fora ou fazer dentro da estrutura empresarial irá depender da natureza e do tamanho desses custos de transação, o que pode variar entre jurisdições e ao longo do tempo.

---

<sup>91</sup> “No contexto dos contratos, ‘custos de transação’ é um termo usado pelos economistas para cobrir tempo, esforço, problemas e outros custos incorridos pelas partes ao negociar um acordo sobre os termos de seu contrato, ou ao negociar a cessação de, ou litigar a adjudicação de uma disputa contratual. O economista assume que homens racionais tentarão evitar ou minimizar os custos de transação.” HARRIS, Donald & VELJANOVSKI, Cento. “The use of economics to elucidate legal concepts: The Law of Contract.” In: DAINTITH, Terence & TEUBNER, Gunter. Contract and organization – legal analysis in the light of economic and social theory. Berlin: Walter de Gruyter & Co., 1986. p. 111.

De fato, há uma série de fatores que podem levar uma empresa a querer operar verticalmente integrada. Assim, por exemplo, citem-se as possibilidades de pagar menos impostos; de explorar economias de escopo entre as várias etapas; de reduzir o risco de investimentos em ativos específicos, dentre outras.

Além disso, a atuação integrada permite que a operação funcione com uma governança hierárquica, de comando e controle, o que facilita a adaptação a contingências imprevistas e a solução de conflitos que venham a surgir entre os responsáveis pelas diversas etapas do processo de produção. Nesse sentido, como assevera M. K. Perry<sup>92</sup> “a integração vertical deve significar um aumento do controle do decisor sobre a produção ou a distribuição, ou um aumento da sua informação sobre os parâmetros de produção e distribuição? As duas coisas podem parecer inseparáveis”.

Trata-se, pois, de uma estratégia empresarial que, ao disciplinar relações de longo prazo, visa prover incentivos para a realização de investimentos específicos, assim considerados como a condição determinada pelas limitações de remoção para torná-lo disponível a outras finalidades e a outros usuários, sobretudo em função dos custos irrecuperáveis (*sunk costs*).

São, portanto, investimentos que pressupõem: (i) a sua vocação ao atendimento de unidades de capital fixo especializadas; (ii) que a sua expansão seja direcionada e dimensionada para atender a uma demanda envolvendo um conjunto de transações; e (iii) um processo de aprendizagem, por intermédio do qual os contratantes, em razão da relação duradoura, poderão dele se valer para a celebração de outros negócios jurídicos.

De fato, como leciona Rachel Sztajn<sup>93</sup>, “para que os indivíduos façam investimentos e façam surgir o pleno potencial das trocas através da especialização, faz-se necessária a redução nos custos associados a riscos futuros de rupturas de promessa”.

A especificidade de ativos tem de ver com a impossibilidade (provocada pelo elevado custo de transação) de se utilizar os ativos empregados em determinada relação contratual em outras utilidades, que é experimentada pela especialização e pela sua localização. Razão pela qual a identidade específica das partes para uma transação, bem como o fato de que tais relações se protraem no tempo, claramente importam nestas circunstâncias. Diante disso, devem ser

---

<sup>92</sup> PERRY, M. K. Vertical Integration: Determinants and Effects. In: SCHEMALENSEE, R. & WILLIG, R. (org.). Handbook of Industrial Organization. New York: The MIT Press, 1989. p. 183-255. Tradução livre.

<sup>93</sup> SZTAJN, Rachel. Law and economics. In: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. Direito & economia: análise econômica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

constituídas salvaguardas contratuais e organizacionais em suporte a transações deste tipo, que venham a reduzir os custos de transação<sup>94</sup>.

Ainda de acordo com o autor, existem quatro modalidades de especificidade de ativos, a saber: (i) a especificidade local é uma condição decorrente da imobilidade de ativos, a qual importa em elevados custos de instalação e/ou realocação; (ii) a especificidade de ativos físicos, a seu turno, tem de ver com a especialização e a tecnicidade do bem, o que poderá gerar um sistema de disputa entre as partes, *ex post*; (iii) a especificidade de capital humano se materializa por intermédio do grau de aprendizado dos trabalhadores em determinada relação contratual; e (iv) a especificidade de ativos dedicados, relacionada com a destinação de determinado bem ao incremento de uma planta ou de determinada infraestrutura.

Acontece que, de acordo com o autor, “a especificidade de ativos só se reveste de importância em conjunto com a racionalidade limitada/oportunismo e na presença de incerteza”. Daí se pode depreender que, para Oliver Williamson, a contratação de longo prazo encerra, em si, um sistema de incentivos, que visa a reduzir os custos de transação, notadamente os despendidos para a realização de ativos específicos<sup>95</sup>.

Para o que aqui importa, a integração vertical tem o potencial de evitar o denominado problema do *hold-up*. O *hold-up* terá lugar quando um dos contratantes realiza um investimento irreversível em uma relação específica para outra firma, tal como um usuário em um ativo que é especializado (em termos de sua função, localização, ou expectativa de um certo nível de demanda)”<sup>96</sup>. Havendo alguma incerteza com relação ao grau da utilização do ativo pela outra firma, o investidor tende, então, a ser mais comedido em seus investimentos.

---

<sup>94</sup> WILLIAMSON, O. E. *The Economic Institutions of Capitalism*. New York: The Free Press, 1985. p. 46. Ao analisar os escritos, Vinicius Klein assevera que “A ECT identificou três dimensões-chaves das transações: especificidade de ativos (*asset specificity*), incerteza (*uncertainty*) e frequência (*frequency*). A especificidade dos ativos é a dimensão de maior relevância, sendo definida como o grau pelo qual um ativo pode ser realocado em usos alternativos sem o sacrifício do seu valor produtivo. De forma exemplificativa, o autor cita ao menos seis tipos de especificidade de ativos: física, humana, locacional, ativos dedicados, ativos relacionados a marcas e a especificidade temporária. A incerteza é incorporada à ECT como uma incerteza comportamental derivada do homem contratual e da sua principal consequência, que é a incompletude dos contratos. Essa situação é agravada quando adicionada à especificidade dos ativos, o que gera diversos riscos (*hazards*) para as transações. Afinal, se as partes não conseguem acordar todos os eventos e os agentes são oportunistas, tem-se necessariamente alguma incerteza comportamental. A terceira dimensão é a frequência, que diz respeito à quantidade de vezes que as transações ocorrem. A outra ponta do processo de alinhamento é a dos modos de governança, que são tratados como um continuum com dois extremos, ocupados pelos mercados de um lado e pela hierarquia do outro, havendo diversas formas híbridas no espaço intermediário. (KLEIN, Vinicius. *A economia dos contratos: uma análise microeconômica*. Curitiba: CRV, 2015. p. 145.)

<sup>95</sup> WILLIAMSON, O. E. *The Economic Institutions of Capitalism*. New York: The Free Press, 1985. p. 86.

<sup>96</sup> O efeito *hold up* se aplica, segundo Patrícia Sampaio e Thiago Araújo, “especialmente a contratos de longa duração e que requeiram investimentos em ativos específicos por uma das partes contratantes, gerando uma

Cuida-se de eficiências que são bastante salientes na operação armador/terminal portuário.

De fato, diante da complexidade da administração da oferta e demanda de serviços de transporte de contêineres, as empresas de navegação buscam realizar acordos operacionais para melhorar sua eficiência operacional, reduzindo custos e otimizando o uso de seus ativos. Outro fator relevante é que o setor de transporte marítimo regular de contêineres é caracterizado por ser de capital intensivo, sobretudo devido aos elevados custos associados à construção, aquisição, manutenção e operação das embarcações. Motivo pelo qual o porte crescente dos navios auxilia a redução dos custos de transporte, aumentando os ganhos associados às economias de escala, malgrado isso demande requisitos de capital para investimentos e certa infraestrutura (berços de atracação, capacidade do calado, entre outros) nos portos e terminais, para que possam atender aos seus clientes.

Para além de tais eficiências, a diluição dos custos fixos por meio de embarcações maiores resulta do maior volume de carga transportado por viagem. Neste sentido, considerando que uma embarcação tem um componente de custo fixo — por exemplo, aqueles oriundos de construção das embarcações e os custos regulatórios para a operação destas, bem como custos de logística de operação etc. —, um maior volume de carga movimentada por viagem implica a redução do custo fixo por unidade transportada.

Para além disso, embarcações maiores permitem uma redução do número de navios em circulação, reduzindo os custos variáveis por viagem (por exemplo, gastos com combustível), enquanto também geram uma expectativa de redução das emissões dos gases poluentes expelidos pelos motores das embarcações. Essa tendência contribui para um esforço de redução de emissões pelos armadores, que também inclui o uso de combustíveis menos poluentes, como é o caso do metanol, amônia, GLP (gás liquefeito de petróleo) e GNL (gás natural liquefeito).

Nada obstante, com o aumento do tamanho dos navios e do fluxo de comércio global, a capacidade portuária passa a ser um fator ainda mais determinante, demandando que as instalações portuárias sejam capazes de receber, acomodar e movimentar a carga de tais embarcações. Em muitos casos, faz-se necessário que as instalações portuárias sejam capazes de realizar uma série de adaptações, como investimentos em dragagem de canais de acesso,

---

situação de dependência econômica de um dos agentes com a relação contratual” (SAMPAIO, Patrícia; ARAÚJO, Thiago. Previsibilidade ou resiliência? Notas sobre a repartição de riscos em contratos administrativos. In: Revista de Direito da Procuradoria Geral, Rio de Janeiro, edição especial: Administração Pública, risco e segurança jurídica, p. 311-333, 2014).

atualização de estruturas de cais, aumento dos berços de atracação, capacidade de escoamento das cargas, expansão das áreas de armazenagem e melhorias na tecnologia e processos para planejamento e execução da movimentação de cargas e liberação das cargas a serem movimentadas por outros modais.

De fato, para garantir que as cadeias de suprimento consigam atender às expectativas dos clientes no que tange aos critérios ESG (*environmental, social and corporate governance*), é fundamental que os terminais também assumam compromissos desta natureza e desenvolvam modelos de negócio mais ambientalmente sustentáveis. Para que as vantagens atreladas ao aumento das embarcações beneficiem os consumidores finais, é essencial que as estruturas dos terminais portuários recebam mais investimentos, a fim de se adaptarem às novas exigências e tornarem-se propícias para o recebimento de tais embarcações, bem como capazes de movimentar adequadamente um maior volume de carga e obedecer às diversas regulações locais.

Dentre esses investimentos é possível mencionar, por exemplo, a implementação de tecnologia que permita que os navios sejam abastecidos por energia elétrica enquanto estão atracados, fazendo com que consumam menos combustível (o chamado *shore power*), e a implementação de equipamentos movidos a energia elétrica de fonte renovável também nas suas operações no âmbito do terminal.

Nesse cenário, uma das maneiras de garantir que tais investimentos tenham mais chances de sucesso, ao serem realizados no tempo, na quantidade e na qualidade necessários para atender a esses objetivos, consiste na integração das cadeias logísticas, em especial entre agentes do setor de transporte marítimo e terminais portuários.

Por meio de tal expediente, como ressalta a OCDE<sup>97</sup>, as linhas de navegação encontram “oportunidade de ter mais controle sobre os custos de mão de obra e investir em negócios correlatos”. Em alguns casos, a integração entre armador e terminal portuário pode ter como objetivo o uso de ativos e estruturas especializadas. Cita-se, por exemplo, o caso da aquisição da HSF Logistics (operadora portuária especializada em carga de temperatura controlada) pela DFSD, armadora do norte da Europa. Em casos de cargas que necessitam de condições

---

<sup>97</sup> OCDE. Relatórios de Avaliação Concorrencial da OCDE: Brasil. 2022. Disponível em: <https://www.oecd.org/competition/relatorios-de-avaliacao-concorrencial-da-ocde-brasil-283dc7c1-pt.htm>. Acesso em: 06 jun. 2024.



especiais, a integração permite que o armador possa melhor direcionar seus recursos para que os investimentos sejam bem implementados<sup>98</sup>.

Para além disso, a integração permite que os terminais integrados invistam e expandam a infraestrutura de forma proativa, ou seja, antes que o crescimento da demanda esteja realmente presente e os estrangulamentos de capacidade sejam alcançados, evitando assim congestionamentos e menor desempenho (eliminando o *hold-up problem*). Isto se aplica tanto para terminais *gateway* (próximos aos mercados consumidores e exportadores) como aos terminais que realizam transbordo (transferência de um navio para outro, incluindo também os *feeders*). As empresas integradas investem para modernizar as infraestruturas do país e para aumentar sua competitividade, o que, por sua vez, afeta positivamente o bem-estar de clientes, partes interessadas e comunidades.

Não é por outra razão que esta é uma das principais características da operação portuária no Brasil, tal qual exemplificam os diversos casos de integração vertical por interesse do exportador que, na condição de dono da carga, investiu diretamente na implantação de terminais portuários. Como destaca a OCDE<sup>99</sup>: “A integração vertical no Brasil tem raízes diferentes que variam de acordo com o tipo de carga. Antes de 2013, a regulamentação dos terminais privados estabelecia que eles precisavam priorizar a própria carga e não podiam movimentar apenas cargas de terceiros. Essa evolução regulatória é uma das razões pelas quais um número considerável de terminais privados ainda hoje faz parte de empresas integradas verticalmente no Brasil”.

São tão inequívocas as eficiências produzidas por uma operação integrada, que, no setor do agronegócio, por exemplo, é fomentada e disciplinada pelo ordenamento jurídico. Cite-se, nesse sentido, a Lei nº 13.288/2016, que dispõe sobre os contratos de integração, obrigações e responsabilidades nas relações contratuais entre produtores integrados e integradores, e dá outras providências. O art. 2º, IV, do referido diploma define contrato de integração vertical ou contrato de integração, como o negócio jurídico, firmado entre o produtor integrado e o integrador, que estabelece a sua finalidade, as respectivas atribuições no processo produtivo, os compromissos financeiros, os deveres sociais, os requisitos sanitários, as responsabilidades ambientais, entre outros, que regulem o relacionamento entre os sujeitos do contrato.

---

<sup>98</sup> EU – European Commission. Cases & Judgments (Transport & Tourism). Disponível em: [https://competition-policy.ec.europa.eu/sectors/transport-tourism/cases\\_en#maritime](https://competition-policy.ec.europa.eu/sectors/transport-tourism/cases_en#maritime). Acesso em: 06 jun. 2024.

<sup>99</sup> OCDE. Relatórios de Avaliação Concorrencial da OCDE: Brasil. 2022. Disponível em: <https://www.oecd.org/competition/relatorios-de-avaliacao-concorrencial-da-ocde-brasil-283dc7c1-pt.htm>. Acesso em: 06 jun. 2024.

Há, portanto, de se concluir esse item no sentido de que as restrições regulatórias à concorrência em licitações de ativos portuários vêm sendo praticadas sem evidências comportamentais que a recomendem, ao mesmo passo em que desconsideram as externalidades positivas que poderão ser experimentadas pela operação verticalmente integrada, violando o art. 11, IV, e o art. 20, II, 'a', da Lei nº 10.233/2001, bem como o art. 3º, III, da Lei nº 12.815/2013.

## 6. Conclusões

Ante o exposto, é possível sumariar as seguintes conclusões:

- (i) as experiências recentes de leilões, no âmbito do setor portuário, têm veiculado restrições à participação de determinados agentes em procedimentos licitatórios de arrendamentos portuários ou à livre operação dos ativos adjudicados, em razão de um especulado exercício futuro de poder de mercado, decorrente da atuação em mais de um dos elos da cadeia logística, sob a alegação de que isto deveria ser combatido por intermédio do procedimento licitatório;
- (ii) por diversas razões, essas restrições regulatórias não encontram razão de ser;
- (iii) para além de não se manejar a adequada variável regulatória (preço, qualidade ou informação), a regulação de banimento de participação de armadores em licitações para arrendamentos portuários ou a limitação na operação dos terminais por parte destes não encontra lastro na finalidade atribuída à “regulação de entrada” de projetos de infraestrutura, tampouco há potencial exercício de poder de mercado que justifique uma intervenção regulatória dessa ordem;
- (iv) sob o aspecto regulatório, o elo entre o armador e o operador da infraestrutura portuária na movimentação de cargas não se configura como uma *Essential Facility*. Tanto é verdade que, em análises concorrenciais, a entidade com maior capacidade institucional para avaliar a probabilidade do exercício do poder de mercado no segmento de transporte marítimo de contêineres (CADE) já se manifestou, em diversas oportunidades, no sentido de que não há indícios de fechamento de mercados ou de cobrança de preços supracompetitivos por armadores que exploram infraestruturas portuárias;
- (v) mais do que isso: os casos de integração vertical que levaram o CADE a aplicar restrições para a sua aprovação não dizem respeito à integração terminal portuário/armador, mas, sim, à integração terminal portuário/operador de infraestruturas ferroviárias;
- (vi) ao instituir restrições regulatórias à concorrência em procedimentos licitatórios, presumindo-se o eventual exercício futuro de poder de mercado pelos armadores na exploração de infraestruturas portuárias, o regulador incorre em intrusão no mercado mais rigorosa do que a realizada pela própria entidade de defesa da concorrência, o CADE. Ao fazê-lo, viola o princípio da proporcionalidade, criando um ônus para o poder público, que terá reduzido o seu universo de competidores e, na ponta, para os usuários da infraestrutura portuária;

- (vii) além das manifestações do CADE, a inadequação de uma regulação *ex-ante*, de banimento de entrada ou limitação à operação dos terminais, se mostra intrusiva e desnecessária, porquanto o próprio funcionamento da operação dos armadores já interditaria o seu exercício de poder de mercado;
- (viii) em primeiro lugar, porque não cabe exclusivamente aos armadores escolherem o terminal portuário ao qual será destinada a carga importada ou exportada. A escolha cabe ao cliente, considerando fatores como o grau de integração dos portos a outros modais de transporte, a proximidade do destino/origem das cargas, a disponibilidade e a qualidade e valor do serviço prestado por terminais. E é com base nas preferências manifestadas pelos clientes que a escolha do terminal pelo armador se dará;
- (ix) em segundo lugar, porquanto os armadores não são donos da carga transportada. Armadores são operadores logísticos por excelência. Bandeira branca. Integrados ou não, essa integração se dá no plano da logística em si. Dessa forma, não há incentivos para que os armadores verticalizados impeçam a movimentação de outras cargas;
- (x) ademais disso, a imposição de restrições regulatórias à entrada ou à operação dos terminais em livre concorrência com os demais viola o art. 3º, V, da Lei nº 12.815/2023, segundo o qual a exploração da infraestrutura portuária deve restar orientada pelo “estímulo à concorrência, por meio do incentivo à participação do setor privado e da garantia de amplo acesso aos portos organizados, às instalações e às atividades portuárias”. E, na mesma medida, ao art. 27, IV, segundo o qual compete à ANTAQ “elaborar e editar normas e regulamentos relativos à prestação de serviços de transporte e à exploração da infraestrutura aquaviária e portuária, garantindo isonomia no seu acesso e uso, assegurando os direitos dos usuários e fomentando a competição entre os operadores”, bem como ao art. 28, II, da Lei nº 10.233/2021, o qual preceitua que “os instrumentos de concessão ou permissão sejam precedidos de licitação pública e celebrados em cumprimento ao princípio da livre concorrência entre os capacitados para o exercício das outorgas”;
- (xi) não se pode desconsiderar, ainda, que a regulação tem por desiderato, justamente, a partir de um processo de ponderação de interesses, garantir o atendimento do ponto ótimo de eficiências (alocativas e produtivas) nos setores regulados;
- (xii) não é por outra razão que à ANTAQ foi conferido um plexo de competências que orientem o exercício de sua regulação sobre a exploração das infraestruturas portuárias à eficiência;

- (xiii) assim, por exemplo, cite-se o art. 11, IV, da Lei nº 10.233/2001, o qual prescreve que a gestão da infraestrutura portuária deve “assegurar, sempre que possível, que os usuários paguem pelos custos dos serviços prestados em regime de eficiência”. Na mesma direção, o art. 20, II, ‘a’, atribui à ANTAQ regular a exploração da infraestrutura portuária com vistas a “garantir a movimentação de pessoas e bens, em cumprimento a padrões de eficiência, segurança, conforto, regularidade, pontualidade e modicidade nos fretes e tarifas”;
- (xiv) o normativo dispõe, ainda, que a ANTAQ deverá “promover estudos aplicados às definições de tarifas, preços e fretes, em confronto com os custos e os benefícios econômicos transferidos aos usuários pelos investimentos realizados”. Na mesma direção, o art. 3º, III, da Lei nº 12.815/2013, prescreve que a exploração da infraestrutura portuária deve observar “estímulo à modernização e ao aprimoramento da gestão dos /portos organizados e instalações portuárias, à valorização e à qualificação da mão de obra portuária e à eficiência das atividades prestadas”;
- (xv) de fato, há uma série de fatores que podem levar uma empresa a querer operar verticalmente integrada. Citem-se as possibilidades de redução nos custos de transação, de explorar economias de escopo entre as várias etapas, de reduzir o risco de investimentos em ativos específicos, dentre outras;
- (xvi) é sob tal mirada que se deve analisar as restrições regulatórias à concorrência estipuladas pela ANTAQ para interditar ou embaraçar a participação de armadores nas licitações para arrendamentos portuários voltados à movimentação de contêineres, ou para estabelecer limitações operacionais aos terminais;
- (xvii) cuida-se de restrições que desconsideram, *ex ante* e em desconformidade com o arcabouço regulatório do setor portuário, as eficiências que podem ser experimentadas pela integração vertical de elos da cadeia logística portuária, notadamente em razão da redução dos custos de transação – o que, na ponta, beneficiará o usuário de um serviço público (nos termos do dispõe o art. 21, XII, ‘f’, da CRFB);
- (xviii) são tão inequívocas as eficiências produzidas por uma operação verticalmente integrada, que, no setor do agronegócio, tal operação é oficialmente fomentada e disciplinada pelo ordenamento jurídico. Cite-se, nesse sentido, a Lei nº 13.288/2016, que dispõe sobre os contratos de integração, obrigações e responsabilidades nas relações contratuais entre produtores integrados e integradores, e dá outras providências. O art. 2º, IV, do referido diploma, define

contrato de integração vertical, ou contrato de integração, como o negócio jurídico, firmado entre o produtor integrado e o integrador, que estabelece a sua finalidade, as respectivas atribuições no processo produtivo, os compromissos financeiros, os deveres sociais, os requisitos sanitários, as responsabilidades ambientais, entre outros que regulem o relacionamento entre os sujeitos do contrato;

- (xix) conclui-se, portanto, que as restrições regulatórias concorrenciais, à participação de armadores em licitações de ativos portuários, vêm sendo praticadas sem evidências comportamentais que a recomendem, ao mesmo passo em que desconSIDERAM as externalidades positivas que poderão ser experimentadas pela operação verticalmente integrada, violando o art. 11, IV, e o art. 20, II, 'a', da Lei nº 10.233/2001, bem como o art. 3º, III, da Lei nº 12.815/2013.

## 7. Referências

ANTAQ – Agência Nacional de Transportes Aquaviários. Relatório Final – Estudo comparativo dos valores de THC (Terminal Handling Charge/Taxa de Movimentação no Terminal) nos terminais de contêineres no Brasil e no mundo, 2019.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Análise de impacto regulatório - AIR. Revista de Direito Público da Economia - RDPE, Belo Horizonte, ano 8, n. 32, p.13 out./dez. 2010.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Controle jurisdicional de políticas públicas. A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 10, nº 42, out./dez. 2010.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Serviços públicos e concorrência. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, p. 59-123, abr./jun. 2003).  
FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Lei geral de telecomunicações e a regulação dos mercados. Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, v. XI, Rio de Janeiro, p. 264, 2002.

BAGATIN, Andreia Cristina. Captura das agências reguladoras independentes. São Paulo: Saraiva, 2013.

BALDWIN, R.; CAVE, M.; LODGE, M. Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice. New York: Oxford University Press, 2013.

BINENBOJM, Gustavo. Aspectos institucionais da transformação: desestatização e desterritorialização do poder de polícia. In: BINENBOJM, Gustavo. Poder de Polícia Ordenação Regulação: Transformações Político-jurídicas, Econômicas e Institucionais do Direito Administrativo Ordenador. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

BOLONHA, Carlos; EISENBERG, José; RANGEL, Henrique. Problemas Institucionais no Constitucionalismo Contemporâneo. Direitos Fundamentais e Justiça. Revista do Programa de Pós-Graduação Mestrado e Doutorado em Direito da PUC-RS, ano 5, n. 17, out./dez. 2011.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Da Administração Pública Burocrática à Gerencial. Reforma do Estado e administração pública gerencial. Rio de Janeiro: FGV, 2003.

BUCHANAN, James M. Politics without romance: a sketch of positive public choice theory and its normative implications. In: BUCHANAN, James M.; TOLLINSON, Robert D. (Orgs.). The theory of public choice. v. II. Ann Arbor: The University of Michigan Press, 1984.

CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Cartilha do CADE, 2016.

CADE – Departamento de Estudos Econômicos. Nota Técnica nº 35/2021/DEE/CADE. Disponível em: <http://web.antaq.gov.br/Sistemas/WebServiceLeilao/DocumentoUpload/Audiencia>

%20105/\_30\_ANEXO%20%20-Tratativas\_MInfra-CADE.pdf. Acesso em: 03 mai. 2024.

CADE – Superintendência Geral. Nota Técnica nº 10/2022/CGAA3/SGA1/SG/CADE. Disponível em: [https://sei.CADE.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?HJ7F4wnIPj2Y8B7Bj8Oh1lskjh7ohC8yMfhLoDBLddbtiSElrg\\_jFEUpyESh7N5J5pT5oJG7e5nwlomxBrdByAhiBz622W1mlNZfKbxoXYdcC6hIoLHR\\_Pzq7ClMt uKM](https://sei.CADE.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?HJ7F4wnIPj2Y8B7Bj8Oh1lskjh7ohC8yMfhLoDBLddbtiSElrg_jFEUpyESh7N5J5pT5oJG7e5nwlomxBrdByAhiBz622W1mlNZfKbxoXYdcC6hIoLHR_Pzq7ClMt uKM). Acesso em: 03 mai. 2024.

CADE – Superintendência Geral. Nota Técnica nº 33/2023/CGAA11/SGA1/SG/CADE. Disponível em: [https://sei.CADE.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?HJ7F4wnIPj2Y8B7Bj8Oh1lskjh7ohC8yMfhLoDBLddY\\_X9cUsOiZo-Yts3uZC\\_BQoG32xOmbb4JI-YXQ1fHyor\\_kWJ6kWm6VhlFtk9QIziguvo4VOIKyCL8XASUJFs-](https://sei.CADE.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?HJ7F4wnIPj2Y8B7Bj8Oh1lskjh7ohC8yMfhLoDBLddY_X9cUsOiZo-Yts3uZC_BQoG32xOmbb4JI-YXQ1fHyor_kWJ6kWm6VhlFtk9QIziguvo4VOIKyCL8XASUJFs-). Acesso em: 03 mai. 2024.

CADE – Superintendência Geral. Nota Técnica nº 5/2023/CGAA3/SGA1/SG/CADE. Disponível em: [https://sei.CADE.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?HJ7F4wnIPj2Y8B7Bj8Oh1lskjh7ohC8yMfhLoDBLddautRF-pPj-nLLXuLxSYm93ElcgXkKgUQhtKxIojNXPk\\_dDoX7xiNfVwrMGUE6WC7-opXLq8sn7mQVffdfH3BK](https://sei.CADE.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?HJ7F4wnIPj2Y8B7Bj8Oh1lskjh7ohC8yMfhLoDBLddautRF-pPj-nLLXuLxSYm93ElcgXkKgUQhtKxIojNXPk_dDoX7xiNfVwrMGUE6WC7-opXLq8sn7mQVffdfH3BK). Acesso em: 03 mai. 2024.

CADE – Superintendência Geral. Parecer nº 15/2020/CGAA3/SGA1/SG/CADE. Processo nº 08700.002724/2020-64. SEI nº 0814173, 07/10/2020).

CASSAGNE, JUAN CARLOS. Derecho administrativo II. 6. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.

COASE, Ronald. H. The problem of social cost. *The Journal of Law & Economics*, v. III, p. 1-44, 1960.

DEMSETZ, H. Why regulate utilities? *Journal of Law and Economics*, Chicago, v. 11, nº 1, p. 55-65, 1968.

DJANKOV, Simeon et al. The regulation of entry. *The Quarterly Journal of Economics*, v. 117, nº 1, 2002.

EU – European Commission. Cases & Judgments (Transport & Tourism). Disponível em: [https://competition-policy.ec.europa.eu/sectors/transport-tourism/cases\\_en#maritime](https://competition-policy.ec.europa.eu/sectors/transport-tourism/cases_en#maritime). Acesso em: 06 jun. 2024.

FONSECA, Eduardo G. Comportamento individual: alternativas ao homem econômico. *Revista Novos Estudos*. São Paulo: CEBRAP, 1989.



GALVÃO JUNIOR Alceu de Castro; PAGANINI, Wanderley da Silva. Aspectos conceituais da regulação dos serviços de água e esgoto no Brasil. *Engenharia Sanitária e Ambiental*, Rio de Janeiro, v. 14, n. 1, p. 79–88, 2009.

GAMA, Mariana Casati Nogueira da. O regime jurídico do contrato de transporte marítimo de mercadorias. Dissertação de Mestrado em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, São Paulo, 2005. p. 19.

GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade, regulação e reflexividade - uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade, regulação e reflexividade*. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

HARRIS, Donald & VELJANOVSKI, Cento. “The use of economics to elucidate legal concepts: The Law of Contract.” In: DAINTITH, Terence & TEUBNER, Gunter. *Contract and organization – legal analysis in the light of economic and social theory*. Berlin: Walter de Gruyter & Co., 1986.

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

KLEIN, Aline; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Título. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). *Tratado de direito administrativo*. V. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

KLEIN, Vinicius. *A economia dos contratos: uma análise microeconômica*. Curitiba: CRV, 2015.

LACERDA, Sander Magalhães. Navegação e portos no transporte de contêineres. *Revista do BNDES*, Rio de Janeiro, v. 11, nº 22, p. 215-243, 2004.

MAGALHÃES, Petrônio Sá Benevides. *Transporte marítimo: cargas, navios, portos e terminais*. São Paulo: Aduaneiras, 2010.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). *Direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Limites à abrangência e à intensidade da regulação estatal. *Revista de Direito Público da Economia – RDE*, n.1, v. 1, p. 69-93, 2003, mar. 2003.

MATTOS, César, ALLAIN, Marcelo, PINA, Fábio, SACCONATO, André. *Terminais portuários de contêineres no Brasil – verticalização, concentração, antitruste e regulação*. BR infra group. 2021.

MAYER, Giovanna. Notas sobre o regime dos portos brasileiros. In: MAYER, Giovanna. Portos E Seus Regimes Jurídicos. A Lei Nº 12.815/2013 E Seus Desafios. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

MSC Bill of Lading. Disponível em: <https://www.msc.com/-/media/files/legal-files/bill-of-lading.pdf>. Acesso em: 15 mai. 2024.

NESTER, Alexandre Wagner. Regulação e concorrência (compartilhamento de infraestruturas e redes). São Paulo: Dialética, 2006.

NORTH, Douglass C. Economic Performance Through Time. Nobelprize.org. Nobel Media AB 2014.

OCDE – Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico. Competition issues in liner shipping, 2015. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/competition-issues-in-liner-shipping.htm>. Acesso em: 15 mai. 2024.

OCDE. Building an institutional framework for regulatory impact analysis. Version 1.1 Regulatory Policy Division Directorate for Public Governance and Territorial Development. Paris, 2008.

OCDE. Relatórios de Avaliação Concorrencial da OCDE: Brasil. 2022. Disponível em: <https://www.oecd.org/competition/relatorios-de-avaliacao-concorrencial-da-ocde-brasil-283dc7c1-pt.htm>. Acesso em: 06 jun. 2024.

OCDE. Relatórios de Avaliação Concorrencial da OCDE: Brasil. 2022. Disponível em: <https://www.oecd.org/competition/relatorios-de-avaliacao-concorrencial-da-ocde-brasil-283dc7c1-pt.htm>. Acesso em: 06 jun. 2024.

OCDE. The Essential Facilities Concept. Paris: OECD, 1996.

OCDE. Working party nº 2 on competition and regulation: Competition issues in liner shipping, 2015. Disponível em: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP2\(2015\)3/En/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP2(2015)3/En/pdf). Acesso em: 24 mai. 2024.

OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. Direito e economia da concorrência. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

PELTZMAN, Sam. A teoria econômica da regulação depois de uma década de desregulação. In: MATTOS, Paulo Todescan Lessa (Coord.). Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano. São Paulo: Ed. 34, 2004; OGUS, A. I. Regulation: Legal Form and Economic Theory. Oxford: Hart Publishing, 2004.

PELTZMAN, Sam. Theory of regulation after a decade of deregulation. Political participation and government regulation. Chicago: University of Chicago Press, 1989/1998.

PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach. O Marco Regulatório do Setor Portuário brasileiro. In: PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coord.). Direito Portuário Brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

PERRY, M. K. Vertical Integration: Determinants and Effects. In: SCHEMALENSSEE, R. & WILLIG, R. (org.). Handbook of Industrial Organization. New York: The MIT Press, 1989.

PHILLIPS JR., C. F. The regulation of public utilities: theory and practice. Arlington, VA: Public Utilities Report Inc., 1993; DEMSETZ, H. Why regulate utilities? Journal of Law and Economics, Chicago, v. 11, nº 1, p. 55-65, 1968.

PINDYCK, Robert; RUBINFELD, Daniel. Microeconomia. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2013. p. 352.

POSNER, Richard. Teorias da regulação econômica. In: MATTOS, Paulo (Coord.). Regulação econômica e democracia: o debate norte americano. Tradução de Mariana Mota Prado. São Paulo: Ed. 34, 2004.

PROSSER, Tony. Law and the Regulators. Oxford: Clarendon Press, 1997.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo. A Regulação da Concorrência. In: A Regulação no Brasil: Enfoques Diversos. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

ROCHA, Nara Rejane Moraes da. Responsabilidade civil do operador portuário. São Paulo: Aduaneiras, 2014.

SALGADO, Lucia Helena. Política de concorrência: Tendências recentes e o estado da arte no Brasil. Brasília: IPEA, 1995. p. 5. Disponível em: <https://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/1725>. Acesso em: 1º.06.2024.

SALGADO, Lucia Helena; HOLPERIN, Michelle Moretzsonh. Análise de Impacto: Ferramenta e Processo de Aperfeiçoamento da Regulação Disponível em: <<http://www.agersa.es.gov.br/arquivos/relatorios/Analise%20do%20Impacto%20Regulatorio%20Ferramenta%20e%20Processo%20de%20Aperfeicoamento%20da%20Regulacao.pdf>>. Acesso em: 1º.06.2024.

SAMPAIO, Patrícia; ARAÚJO, Thiago. Previsibilidade ou resiliência? Notas sobre a repartição de riscos em contratos administrativos. In: Revista de Direito da Procuradoria Geral, Rio de Janeiro, edição especial: Administração Pública, risco e segurança jurídica, p. 311-333, 2014.

SCHUARTZ, L. F. Ilícito antitruste e acordos entre concorrentes”. In: POSSAS, M. L. (Org.). Ensaio sobre Economia e Direito da Concorrência. São Paulo: Singular, 2002.

SIMON, Herbert. El comportamiento administrativo: estudio de los procesos decisivos en la organización administrativa. Buenos Aires: Aguilar, 1988.

SMITH, Adam. A riqueza das nações: investigação sobre sua natureza e suas causas. Tradução de Luiz João Baraúna. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Direito Administrativo regulatório. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

STIGLER, G. J. The theory of economic regulation. In: STIGLER, G. J. (Org.). The citizen and the State: essays on regulation. Chicago; London: The University of Chicago Press, 1971.

STIGLITZ, Joseph; WALSH, Carl. Introdução à microeconomia. Rio de Janeiro: Campus, 2003.

SUNDFELD, Carlos Ari. Utilização Remunerada do Espaço Público pelas Concessionárias de Serviço. In Revista de Direito Municipal. Jan/Mar, 2003.

SUNSTEIN, C. As funções das normas reguladoras. Revista de Direito Público da Economia, Belo Horizonte, ano 1, nº 3, p. 33-65, 2003.

SUNSTEIN, C. Paradoxes of the Regulatory State. The University of Chicago Law Review, Administering the Administrative State, v. 57, nº 2, p. 407-441, Spring, 1990.

SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. John M. Olin Program. Law and Economics Working Paper n. 156, 2002. Disponível em: [http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1279&context=law\\_and\\_economics](http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1279&context=law_and_economics). Acesso em: 12 mai. 2024.

SZTAJN, Rachel. Law and economics. In: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. Direito & economia: análise econômica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

TORRES, Silvia Faber. O Princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

VERMEULE, Adrian. Rationally Arbitrary Decisions (in Administrative Law). Harvard Public Law Working Paper n. 13-24. Disponível em: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2239155](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2239155). Acesso em: 12 mai. 2024.

WALSH, Carl. Introdução à microeconomia. Rio de Janeiro: Campus, 2003; POSNER, Richard A. Teorias da regulação econômica. In: MATTOS, Paulo Todescan Lessa (Coord.). Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano. São Paulo: Ed. 34, 2004.

WILLIAMSON, O. E. Economics of Organization: The Transaction Cost Approach. American Journal of Sociology, Chicago, v. 87, n. 3, p. 548-577, 1981.

WILLIAMSON, O. E. The Economic Institutions of Capitalism. New York: The Free Press, 1985. p. 34.

The logo for PSP Hub features the letters 'PSP' in a bold, dark grey sans-serif font, followed by 'Hub' in a lighter green sans-serif font. The 'P' in 'PSP' has a green accent on its right side. The background of the page is white with a large green triangle in the bottom right corner and a smaller green triangle in the top right corner, both pointing towards the center. A dark grey triangle is also visible in the top right corner, partially overlapping the green one.

# PSP Hub

INFRASTRUCTURE AND URBANISM STUDIES