



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Secretaria de Acompanhamento Econômico
Coordenação-Geral de Transportes e Logística

Parecer Analítico sobre Regras Regulatórias n.º 03COGTL/SEAE/MF

Brasília, 07 de abril de 2009.

Assunto: Manifestação da Secretaria de Acompanhamento Econômico-SEAE sobre a Proposta de Norma para a Outorga de Autorização para Construção, Exploração e Ampliação de Estação de Transbordo de Cargas

1. Introdução

O presente Parecer apresenta contribuições da Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) à Audiência Pública n° 01/2009 da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ) sobre a proposta de norma que regulamenta a outorga de autorização para a construção, exploração e ampliação de Estação de Transbordo de Cargas, aprovada pela Resolução n° 1281-ANTAQ, de 03 de fevereiro de 2009.

2. Das Contribuições da SEAE

A proposta de norma regulatória de que trata este Parecer, quando adotada em definitivo, representará avanço significativo em matéria que até o presente momento abarca certa insegurança regulatória. Não obstante, esta SEAE observa a possibilidade de aprimoramento do texto de acordo com as considerações abaixo, alocadas de acordo com os dispositivos da norma a que referem.

2.1 Artigo 2º

O art. 2º, constante no Capítulo II – Disposições Preliminares, apresenta as definições utilizadas no âmbito da norma objeto deste Parecer, entre as quais destaca-se o inciso IV que trata da conceituação da operação transbordo de cargas, *in verbis*:

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

(...)

IV – operação de transbordo de cargas: a movimentação de cargas realizada entre o modal aquaviário e outros modais de transporte;

Sugere-se explicitar a totalidade da abrangência do conceito adotado, incluindo na definição a movimentação de cargas realizada no âmbito do próprio modal aquaviário (Por exemplo, transferência de carga de uma barcaça para um navio ou vice-versa). Nesse sentido, propõe-se a seguinte redação:

*IV – operação de transbordo de cargas: a movimentação de cargas realizada entre **distintas embarcações do modal aquaviário ou** entre o modal aquaviário e outros modais de transporte; (acréscimos à redação original em negrito)*

2.2 Artigo 14

O capítulo V da proposta trata das penalidades e infrações. Na seção I (Das Penalidades), o artigo 14 determina que:

as multas estabelecidas na seção II deste Capítulo poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente com as demais penalidades de que tratam os incisos I, II, IV e V do art. 11 e em sua aplicação será considerado o princípio da proporcionalidade entre a gravidade da infração e a gradação da penalidade.

O artigo também suscita a possibilidade de aplicação de multa nos casos de infração da ordem econômica:

A aplicação de multa decorrente de infração à ordem econômica, na conformidade do disposto no § 2º do art. 78-F da Lei nº 10.233, de 2001, independentemente das penalidades aplicadas pelos órgãos competentes, observará os limites máximos previstos em legislação específica.¹

Desta forma, é possível interpretar que a ANTAQ aplicará multas às empresas do setor aquaviário que cometerem infrações à ordem econômica. Conforme poderá ser observado, essa previsão pode dar margem a conflitos jurídicos, quais sejam: (i) avocação, por meio de Resolução, de competência defina em lei dos órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC²; ou (ii) ocorrência de *bis in idem*.

¹ Redação do parágrafo 1º do mesmo artigo.

² Composto pela Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE-MJ), Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE-MF) e Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Autarquia Federal vinculada ao Ministério da Justiça (CADE).

Inicialmente, deve ser mencionado que a Lei nº 10.233/2001 estabelece no § 2º do art. 78-F a imposição ao prestador de transporte de multa decorrente de infração à ordem econômica. Observe-se, contudo, que este dispositivo não conferiu à ANTAQ a competência para investigar e julgar condutas com tal potencial. Apenas definiu os limites da punição pecuniária. Portanto, na Lei nº 10.233/2001 não há qualquer dispositivo retirando a competência órgãos do SBDC na investigação e julgamento das condutas anticompetitivas no setor de transporte, estabelecidos por meio da Lei nº 8.884/94.

Diante desta constatação, esta Secretaria entende que, se mantida a redação proposta pela da ANTAQ, é possível o surgimento de indagações acerca de eventual avocação de competências do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Isso porque a Lei nº 8.884/94 confere ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE a competência absoluta para julgar processos administrativos de infração à ordem econômica, com efeitos em todo território nacional. Ressalta-se que tal órgão, em seus julgamentos, é subsidiado por pareceres da SEAE e Secretaria de Direito Econômico (SDE) do Ministério da Justiça, órgãos responsáveis pela análise econômica e instrução processual administrativa nos casos de conduta anticompetitiva, segundo a Lei nº 8.884/94. O único setor em que a instrução é feita por Agência Reguladora é o setor de telecomunicações, nos termos da Lei Geral de Telecomunicações. Observe-se que, mesmo neste caso, não é afastada a competência do CADE de julgamento em caráter final no âmbito administrativo.

Para tornar mais clara a origem da preocupação desta SEAE, basta considerar a possibilidade de interpretações de que a Agência estaria condicionando aplicação de penalidades sem considerar o fato de que ao CADE cabe, conforme a Lei nº 8.884/94, a aplicação de multa decorrente de infração da ordem econômica.

A interpretação de que a ANTAQ estaria invocando para si competência que seria do SBDC também poderia surgir a partir do momento que a Agência condicionasse medidas preventivas, termos de ajustamento de conduta e multas, dependendo apenas de sua decisão. Ressalta-se que à luz da Lei nº 8.884/94, caberia ao CADE a adoção de remédios antitrustes para impedir efeitos indesejáveis em um determinado mercado. Além disso, eventuais decisões efetuadas pelo órgão regulador podem diferir daquelas que seriam impostas pelo órgão competente de defesa da concorrência, uma vez que a ótica do regulador não é necessariamente a mesma do órgão antitruste. Isso causaria insegurança jurídica ao regulado.

Não obstante a essa possível interpretação de avocação, por meio de Resolução, de competência estabelecida em Lei dos órgãos do SBDC, há outra leitura do dispositivo em análise é que a Agência também poderia aplicar multa em razão de infrações à ordem econômica. Isso levaria, potencialmente, em um caso concreto, à ocorrência de *bis in idem*. Este fato traz, desde já, insegurança jurídica aos agentes econômicos.³ Trata-se da

³ Em referência ao princípio do *non bis in idem*, Fábio Medina Osório diz que:

“A segurança jurídica entra em cena, na medida em que punições múltiplas, para fatos unitários, costumam ensejar altos níveis de perplexidade e imprevisibilidade de condutas proibidas ou sancionáveis. Os riscos de contradições e incoerências também ganham vulto, assumindo dimensões incompatíveis com o Estado

aplicação, pelo Estado-Administração, de duas sanções sob o mesmo fundamento jurídico (infração à ordem econômica), mesmo fato e mesmo sujeito.

É importante ressaltar que não se discute a possibilidade de sanções cumulativas nas esferas cível, criminal e administrativa em razão do mesmo fato. Tal questão já está pacificada no sentido de sua admissibilidade, dada a independência das instâncias. Nem sequer se discute se é possível que duas sanções administrativas surjam de um mesmo fato, sendo obviamente exemplo o caso em que uma mesma conduta contraria dispositivo afeto à defesa da concorrência e à obrigação de natureza regulatória.⁴ O que ocorre, no caso, é questão mais sofisticada, em que há mais de uma sanção administrativa, porém com o mesmo fundamento jurídico. É preciso ter em mente que, segundo Hely Lopes Meirelles, *convém observar que o mesmo fato, juridicamente, pode gerar pluralidade de ilícitos e de sanções administrativas*, é necessário, para tanto, que haja *pluralidade de ilícitos*, sendo impossível que em sendo uma só a contrariedade jurídica, ela gere pluralidade de sanções na mesma instância.⁵

Tal proposta pode hoje gerar conflitos judiciais e causar insegurança jurídica, aspectos que contribuiriam negativamente para o mercado aquaviário no Brasil. Além disso, deve-se ressaltar que os órgãos do SBDC, sem que haja decisão em contrário, não podem deixar de analisar os casos de conduta anticompetitiva, sob pena de não cumprirem as atribuições que a Lei nº 8.884/94 lhes conferiu. A norma cria assim um ambiente de insegurança, na medida em que o administrado não teria regras claras por conta de legislações diversas tratarem de pontos de mesmo teor.

Dessa forma, esta Secretaria sugere exclusão do §1º do Art. 14 da minuta em resolução ou a seguinte redação:

§ 1º A aplicação de multa decorrente de infração à ordem econômica, na conformidade do disposto no § 2º do art. 78-F da Lei nº 10.233, de 2001, observará os limites máximos previstos em legislação específica.

Democrático de Direito, que pressupõe compromissos com os direitos fundamentais e com a boa fé objetiva dos acusadores e julgadores, não importa a origem de suas Instituições.” (Osório, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*, 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 338)

⁴ “Menciono instâncias como o Banco Central, o Conselho de Contribuintes, o CADE, e outras similares, inclusive com a expansão das autoridades independentes. Não posso ignorar que tais órgãos convivem com outros dentro do mesmo Poder de Estado, competentes para avaliar, ainda que por ângulos supostamente distintos, fatos unitários, e que duplicidade de processos punitivos poderiam ocorrer, como efetivamente ocorre. (Osório, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*, 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 386, grifo nosso)

⁵ Meirelles, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 22ª edição. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 124.

3. Conclusão

Diante da análise efetuada no presente parecer, estritamente sob a ótica da advocacia da concorrência e da defesa das melhores práticas regulatórias, resumidamente, sugere-se à ANTAQ a adoção dos seguintes ajustes:

- alterar a definição de operação de transbordo de cargas, incluindo a movimentação de cargas realizada no âmbito do próprio modal aquaviário, deixando explícita a totalidade da abrangência do conceito adotado;
- excluir ou alterar a redação do §1º do art.14, de modo a dirimir dúvidas quanto ao eventual conflito de competências do SBDC ou de ocorrência de *bis in idem*.

À consideração superior,

João Guilherme Assafim
Assistente

Renato Alves Morato
Assistente

Dorothy Huguenev Romero
Assessora Técnica

Celso Barbosa de Almeida
Coordenador-Geral de Transportes e Logística, substituto

De acordo,

Rutelly Marques da Silva
Secretário-Adjunto

Antônio Henrique Pinheiro Silveira
Secretario de Acompanhamento Econômico