



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

Parecer Analítico sobre Regras Regulatórias n.º 07 COGTL/SEAE/MF

Brasília, 11 de maio de 2009.

Assunto: Manifestação da Secretaria de Acompanhamento Econômico - SEAE sobre a Proposta de Norma para outorga de autorização para construção, exploração e ampliação de terminal portuário de uso privativo de turismo.

1. Introdução

1. O presente Parecer apresenta contribuições da Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) à Audiência Pública nº 06/2009 da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ) sobre a proposta de norma que regulamenta a outorga de autorização para construção, exploração e ampliação de terminal portuário uso privativo de turismo, aprovada pela Resolução nº 1.315-ANTAQ, de 10 de março de 2009. A participação da SEAE se dá sob a égide da busca pela eficiência regulatória e da defesa e promoção da concorrência, consoante com suas atribuições legais.¹

¹ Anexo I do Decreto 6.764 de 10 de fevereiro de 2009:

Art. 23. À Secretaria de Acompanhamento Econômico compete:

I - propor, coordenar e executar as ações do Ministério, relativas à gestão das políticas de regulação de mercados, de concorrência e de defesa da ordem econômica;

(...)

III - acompanhar a implantação dos modelos de regulação e gestão desenvolvidos pelas agências reguladoras, pelos ministérios setoriais e pelos demais órgãos afins, manifestando-se, dentre outros aspectos, acerca:

(...)

2. Contribuições da SEAE

2. A proposta de norma regulatória de que trata este Parecer, quando adotada em definitivo, representará avanço em relação à regulamentação atual da matéria. 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 20 da proposta de resolução

3. O capítulo VI da proposta trata das penalidades e infrações. Na seção I (Das Disposições Gerais), o artigo 20 determina que:

Art. 20. A multa estabelecida no art. 18 poderá ser aplicada isolada ou cumulativamente com as demais penalidades de que tratam os incisos I, III, IV e V do mesmo artigo e em sua aplicação será considerado o princípio da proporcionalidade entre a gravidade da infração e a gradação da penalidade.

4. O artigo também suscita a possibilidade de aplicação, pela ANTAQ, de multa nos casos de infração da ordem econômica:

Parágrafo único. A aplicação, pela ANTAQ, 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 o limite máximo previsto na legislação específica.

5. Desta forma, é possível interpretar que a ANTAQ aplicará multas às empresas do setor 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 (SBDC)²; ou (ii) ocorrência de *bis in idem*.

c) da evolução dos mercados, especialmente no caso de serviços públicos sujeitos aos processos de desestatização e de descentralização administrativa;

VII - promover o funcionamento adequado do mercado, e para tanto:

(...)

e) avaliar e manifestar-se acerca dos atos normativos e instrumentos legais que afetem as condições de concorrência e eficiência na prestação de serviços, produção e distribuição de bens; e

(...)

VIII - formular representação perante o órgão competente, quando identificada norma ilegal e/ou inconstitucional que tenha caráter anticompetitivo;

(...)

XI - promover a articulação com órgãos públicos, setor privado e entidades não-governamentais também envolvidos nas atribuições mencionadas nos incisos I a VIII deste artigo.

² O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) é 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).

6. 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.

7. Diante desta constatação, esta Secretaria entende que, se mantida a redação proposta 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.

8. A interpretação de que a ANTAQ estaria avocando 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.

9. 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*.³ Este fato traz, desde já, insegurança jurídica aos agentes econômicos. Trata-se da aplicação, pelo Estado-Administração, de duas sanções sob o mesmo fundamento jurídico (infração à ordem econômica), mesmo fato e mesmo sujeito.

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 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)

10. É importante ressaltar que não se discute a possibilidade de aplicação 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

11. 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.

12. Dessa forma, esta Secretaria sugere a exclusão do parágrafo único do Art. 20 da minuta de resolução em tela.

2.2 Artigo 27 da proposta de resolução

13. A Lei 10.233/2001, que criou a ANTAQ e ANTT, utilizou a expressão “competição imperfeita”, que desde então se fez presente em diversos normativos, como no artigo 27 da proposta de norma em análise, *in verbis*:

Art. 27. Caso a exploração do terminal possa configurar situação de concentração de mercado, competição imperfeita ou infração à ordem econômica, a ANTAQ comunicará aos órgãos de defesa da concorrência, sem contudo interromper o exame do processo até a manifestação dos mesmos.

14. Ainda assim, observa-se a ausência de uma definição ou de uma metodologia clara e com critérios objetivos para a avaliação da referida situação. A falta dessa definição dificulta uma atuação mais efetiva por parte da agência reguladora em situações que poderiam ser classificadas como de competição imperfeita.

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.

15. Na prática, situações de competição imperfeita podem ser observadas na ocorrência de elevada concentração econômica, como é o caso de monopólios ou oligopólios na prestação de serviços de operação portuária, ou na ocorrência de condutas anticompetitivas. Contudo, a concentração econômica não configura, por si só, uma infração, ficando a aprovação ou não desse tipo de operação sujeita à análise dos potenciais danos e benefícios econômicos decorrentes, segundo estabelece a Lei nº 8.884/94. Esta Lei também pune as infrações à ordem econômica decorrentes de condutas anticompetitivas por parte dos agentes.

16. A importância de se estabelecer critério para se definir o que seria entendido como concorrência imperfeita pode ser verificada também, por exemplo, no disposto pelo art. 29 do Anexo à Resolução ANTAQ n.º 55, de 16 de dezembro de 2002, que prevê a fixação de preços máximos para a prestação dos serviços pelas arrendatárias sob tal configuração de mercado⁶. A ausência da definição clara e objetiva do que seria entendido como competição imperfeita pode dificultar a efetiva aplicação desse dispositivo, comprometendo a adoção de medidas regulatórias pela agência no tratamento de situações danosas à concorrência. Isso pode causar também insegurança regulatória ao administrado.

17. Do exposto, sugere-se que ANTAQ, em parceria com os órgãos do SBDC, elabore uma metodologia que permita caracterizar e identificar objetivamente as situações de “competição imperfeita”, regulamentando o disposto no artigo 12, VII e no artigo 20, II-b da Lei 10.233/2001, proporcionando-se assim maior efetividade às normas e regulamentos da Agência que utilizam o conceito.

3. Conclusão

18. 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 :

19. excluir a redação do parágrafo único do art. 20, de modo a dirimir dúvidas quanto ao eventual conflito de competências do SBDC ou de ocorrência de *bis in idem*.

⁶ “Art. 29 Além das cláusulas essenciais mencionadas no art. 28, o contrato conterá disposições relativas à obrigação da arrendatária de:

(....)

XXII - oferecer aos usuários todos os serviços básicos ou essenciais a serem prestados, cuja descrição detalhada constará do contrato, podendo incluir, quando condições de competição imperfeita tornarem recomendável, a fixação de preços máximos para sua prestação”.

20. a elaboração, em parceria com os órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC, de metodologia que permita caracterizar e identificar objetivamente as situações de “competição imperfeita”, regulamentando o disposto no artigo 12, VII e no artigo 20, II-b da Lei 10.233/2001;

À consideração superior,

João Guilherme Assafim
Assistente

Renato Alves Morato
Assistente

Celso Barbosa de Almeida
Assessor Técnico

Dorothy Huguenev Romero
Assessora Técnica

Christiane Maranhão de Oliveira Barbosa
Coordenadora-Geral de Transportes e Logística

De acordo,

Rutelly Marques da Silva
Secretário-Adjunto

Pricilla Maria Santana
Secretária de Acompanhamento Econômico, Substituta