

NOTA TÉCNICA Nº 02/2019

1. INTRODUÇÃO

A presente Nota Técnica tem por objetivo demonstrar fatos e aspectos jurídicos caracterizadores de omissão regulatória praticada pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ, circunstância que para além de configurar desvio da sua finalidade legal e institucional, vem acarretando incalculáveis prejuízos aos usuários dos portos públicos brasileiros.

Nessa oportunidade serão apontadas objetivamente as omissões regulatórias de abrangência nacional, assim como aquelas de natureza fiscalizatória circunscritas ao contexto da concessão pública em curso no Estado da Bahia para exploração do terminal de contêineres no porto público de Salvador

2. BREVE ESCOPO DO ARCABOUÇO NORMATIVO ORIENTADOR DAS AGÊNCIAS REGULATÓRIAS.

A partir da Constituição Federal de 1988, com espeque no seu art. 37, parágrafo 6º, houve o fomento do modelo de Estado Regulador em detrimento do modelo de Estado Prestacional/Gestor de Serviços Públicos, por meio do qual serviços públicos passaram a ser prestados preferencialmente por particulares em regime de colaboração com o Poder Público, sendo a este reservado o poder, o direito e o dever de exercer sobre tais pessoas uma efetiva regulação, que ora vem se implantando discricionariamente por meio das Agências Reguladoras de serviços públicos e atividades econômicas, entidades públicas dotadas de independência e com características eminentemente técnicas.

No que concerne a extensão das reformas administrativas do Estado brasileiro ao setor portuário, convém ressaltar que assim como em quase

todos os setores de infraestrutura, a criação da agência reguladora não ocorreu *pari passu* à transferência da exploração dos portos públicos à iniciativa privada, com o novo regime jurídico decretado pela Lei de nº 8.630 de 1993, a chamada Lei de Modernização dos Portos.

Tão somente após um hiato de oito anos, ciente da importância estratégica do transporte aquaviário de cargas para o desenvolvimento econômico do País, o legislador brasileiro, ao determinar uma série de princípios, diretrizes, objetivos e atribuições legais, concebeu em 05 de junho de 2001, através da Lei nº 10.233, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários.

O instrumento normativo, além de instituir a ANTAQ, dispõe ainda sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, concebe a Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT, o Conselho Nacional de Integração de Política de Transporte e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes, entre outras providências.

Os **princípios** norteadores da atuação estatal no setor estão insculpidos no art. 11 da referida lei, sendo relevante destacar, neste capítulo, em razão da pertinência com a matéria tratada, o seu dever de:

I – “preservar o interesse nacional e promover o desenvolvimento econômico e social”;

III – “proteger os interesses dos usuários quanto à qualidade e oferta de serviços de transporte e dos consumidores finais quanto à incidência dos fretes nos preços dos produtos transportados”;

IV – “assegurar, sempre que possível, que os usuários paguem pelos custos dos serviços prestados em regime de eficiência”;

VIII –“assegurar aos usuários liberdade de escolha da forma de locomoção e dos meios de transporte mais adequado às suas necessidades”;

XI –“ampliar a competitividade do País no mercado internacional”.

A Lei nº 10.233/2001 cuidou não apenas de elencar princípios norteadores da atuação da ANTAQ, mas, indo além, estabeleceu **diretrizes gerais** do gerenciamento da infraestrutura e da operação de transporte aquaviário e terrestre, na medida em que, através do seu art. 12, expressamente, determinou ser dever da Agência Regulatória:

VII- “reprimir fatos e ações que configurem ou possam configurar competição imperfeita ou infrações da ordem econômica”.

Os **objetivos** a serem perseguidos pela ANTAQ estão cristalizados no art. 20, asseverando no inciso II que a agência deve:

II – “regular ou supervisionar, em suas respectivas esferas e atribuições, as atividades de prestação de serviços e de exploração da infra-estrutura de transportes, exercidas por terceiros, com vistas a:

a) garantir a movimentação de pessoas e bens, em cumprimento a padrões de eficiência, segurança, conforto, regularidade, pontualidade e modicidade nos fretes e tarifas;

b) harmonizar, preservado o interesse público, os objetivos dos usuários, das empresas concessionárias, permissionárias, autorizadas e arrendatárias, e de entidades delegadas, arbitrando conflitos de interesses e impedindo situações que configurem competição imperfeita ou infração da ordem econômica”.

Por fim, com o propósito de que reste incontestado a responsabilidade legal da ANTAQ quanto à regulação das atividades e serviços prestados no âmbito

das áreas públicas portuárias, o art. 27 da supracitada lei, estabelece que cabe à ANTAQ, em sua esfera de atuação, as seguintes **atribuições**:

II- "promover estudos aplicados às definições de tarifas, preços e fretes, em confronto com os estudos e os benefícios econômicos transferidos aos usuários pelos investimentos realizados";

IV- "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".

Realizada esta breve exposição quanto o arcabouço normativo de regência das atividades das Agências Regulatórias, a **USUPORT** passa a expor os fatos ensejadores da presente Nota Técnica.

Vejamos, a propósito.

3. BREVE ESCOPO SOBRE A MOVIMENTAÇÃO DE CARGAS CONTENEIRIZADAS NO PORTO DE SALVADOR

A despeito do caráter generalista de maior parte dos fatos a serem elencados na presente Nota Técnica, importa realizar algumas considerações sobre o Porto de Salvador, tendo em vista o escopo de atuação da Usuport e a maior expertise nos assuntos portuários locais.

A exploração do terminal de contêineres do Porto de Salvador está a cargo da empresa Tecon Salvador S.A, controlada do grupo Wilson Sons, desde 14 de março de 2000 quando fora tombado o contrato nº 012/2000 entre a arrendatária e Companhia Docas do Estado da Bahia - CODEBA.

O objeto de exploração original abrangia uma área de 73.443,65m² do Terminal de Contêineres (PS-3) e Terminal para Cargas Pesadas e Unitizadas

(Cais de Ligação PS-4), localizados no porto público de Salvador, em sítio denominado PROAP-BA Nº PS-3/PS-4, sendo o prazo (contratual e originário) de arrendamento de 25 (vinte e cinco) anos, prorrogável por igual período.

No ano de 2010, firmou-se o primeiro Termo Aditivo ao referido contrato com o acréscimo de 44.471,32 m², totalizando 117.914,97 m² de área total arrendada.

Após tramitação sigilosa dos processos administrativos de números 00045.003584/2014-62 e 50300.002437/2013-02 na então Secretaria Especial de Portos da Presidência da República – SEP/PR e na ANTAQ, respectivamente, que culminaram na Portaria SEP nº 609-A e na Resolução 4.877/2016-ANTAQ, foram aprovados, reconhecendo a possibilidade de prorrogação antecipada do contrato de arrendamento, nessa ordem

- a) O Plano de Investimentos subjacente ao pedido renovação antecipada com acréscimo de área apresentado pelo Tecon Salvador ao Poder Concedente, à luz do art. 57 da Lei 12.815/2013;
- b) O Estudo de Viabilidade Técnica, Econômica e Ambiental – EVTEA.

Em 16 de novembro de 2016, foi assinado o segundo Termo Aditivo com a prorrogação antecipada, a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro e a expansão de área do contrato, que passa a reger o “arrendamento de área de 216.546 m² (duzentos e dezesseis mil, quinhentos e quarenta e seis metros quadrados), condicionado à realização dos investimentos novos propostos pela arrendatária, necessários à ampliação e modernização das estruturas físicas do terminal, com vistas à prestação de serviços de movimentação e armazenagem para contêineres e carga geral.

Nesse ínterim, cumpre explicitar a existência de Ação Civil Pública nº 1004160-84.2017.4.01.3300 proposta pelo Ministério Público Federal, por intermédio dos membros do Núcleo de Tutela Coletiva da Procuradoria Regional da Bahia, através da qual apuram “**suposta violação ao princípio da livre concorrência**” pela CODEBA e omissão regulatória da ANTAQ, em decorrência de ter havido a prorrogação antecipada da vigência do contrato de arrendamento de nº 012/2000, com sucessivos adensamentos de área, prescindindo de processo licitatório.

De acordo com o disposto na Ação Civil Pública, busca o MPF:

- 1) “a invalidação do Segundo Termo Aditivo ao Contrato de Arrendamento n 012/2000, que resultou na prorrogação antecipada do contrato, bem como no adensamento de área adicional a ser aterrada e construída, acarretando um incremento de cerca de 295% em relação à área originalmente arrendada, passando de 73.443,65 m² para 216.546,00m²;
- 2) “a condenação dos acionados na obrigação de se absterem de prorrogar o contrato nº 012/2000, devendo os órgãos da Administração Pública deixarem o prazo contratual transcorrer até a data da vigência originalmente estipulada, uma vez que, conforme será explanado, os motivos ensejadores da prorrogação antecipada da vigência contratual encontram-se vinculados ao volume de investimentos planejados em virtude da expansão retromencionada, que ora se questiona”;
- 3) “Por fim, embora não concorde com a assinatura do 1º termo aditivo ao contrato de nº 012/2000, o qual promoveu a primeira expansão de área arrendada ao Tecon Salvador SA., sobretudo em

razão de ter servido de mecanismo para concretizar a assinatura do 2º termo aditivo, associado ao fato de ter sido firmado sob a condição de que um novo terminal de contêineres fosse licitado, o que não ocorreu, o MPF não pretende veicular pedido específico visando à sua invalidação, por entender que o pedido tendente a invalidar o último aditivo contratual, bem como o pedido de obrigação de não fazer acima descrito, já atendem ao objetivo da presente ação, permitindo que o Tecon Salvador continue a explorar a área atualmente arrendada pelo tempo contratual remanescente, sem qualquer tipo de prorrogação antecipada”;

4) “Pleiteia-se, também, a concessão da tutela provisória, **na modalidade de urgência**, para ver sobrestada toda e qualquer obra tendente à ampliação do terminal de contêineres do Porto de Salvador na área objeto do segundo termo aditivo ao Contrato de Arrendamento n 012/2000, em favor da Tecon Salvador S.A.”.

*

Há que se mencionar que, desde a assinatura do contrato nº 012/2000, a conduta da arrendatária Tecon Salvador S.A caracteriza-se por abusos e ilegalidades perpetrados contra usuários e donos de carga como consequência da estrutura monopolística do mercado portuário local (concorrência intraportuária), da inexistência de terminais especializados na movimentação de contêineres num raio de aproximadamente 1.000 km (concorrência interportuária), mas, sobretudo, da omissão da agência reguladora ante questões de regulação e fiscalização.

As autoridades regulatórias competentes, quando não inertes e totalmente omissas, acirram ainda mais os conflitos de interesse em desfavor do interesse público e dos Usuários, como será exposto a seguir.

4. DA CIÊNCIA INEQUÍVOCA DA ANTAQ QUANTO AOS ABUSOS E ÀS ILEGALIDADES PERPRETADAS NO SEGMENTO DE CONTÊINERES NO BRASIL E, SOBRETUDO, NA BAHIA

Com o fim de que a ANTAQ tivesse mais uma vez inequívoco conhecimento dos problemas do setor na concepção dos usuários e donos de carga, durante encontro, em 29/06/2018, foi entregue pela USUPORT ao Diretor-Geral, Mário Povia, assim como ao Superintendente de Regulação, Bruno Pinheiro, ao Gerente de Regulação Portuária, Sérgio Oliveira e ao Gerente de Fiscalização de Portos e Instalações Portuárias, Neirimar Brito – todos da ANTAQ –, memorial descritivo e explicativo sobre as barreiras à competitividade do país no comércio internacional sob a perspectiva das ineficiências de natureza local e/ou nacional que resultam do exercício de posição dominante, bem como as respectivas omissões regulatórias, no segmento de movimentação e transporte de cargas contêinerizadas.

Ainda que não se limitassem à realidade baiana, os assuntos tratados durante a reunião, no entendimento da diretoria-geral, mereceram a execução de Ação Fiscalizadora Extraordinária na empresa arrendatária do terminal de contêineres do Porto de Salvador, ao qualificar o conteúdo como denúncia da USUPORT. Com isso, foi instaurado o Processo Administrativo nº 50300.011897/2018-28 (anexo I) no âmbito da Unidade Regional de Salvador – URESV da ANTAQ.

Nas correspondências trocadas no contexto do processo supramencionado, após provocação da unidade fiscalizadora, foi pormenorizada a conduta

abusiva do Tecon Salvador, assim como as lacunas e omissões regulatórias da ANTAQ perante cada uma das arbitrariedades.

Para todos os itens pontuados, houve resistência intransponível do ente regulador para reconhecer os procedimentos denunciados como abusos e ilegalidades típicos de um mercado – e no caso de Salvador, de um monopólio – não regulado adequadamente, o que confirma o entendimento de que há omissão regulatória.

5. PODER DE MERCADO E OMISSÃO REGULATÓRIA

Pelas peculiaridades do mercado portuário, o Usuário/dono de carga se encontra em desvantagem na relação comercial estabelecida com os agentes econômicos prestadores dos serviços de movimentação e transporte de cargas – transportadores marítimos e terminais/operadores. Estes podem, simplesmente, não embarcar, entregar ou receber a mercadoria, em tempo certo, no caso de descumprimento dos termos unilaterais que impõem à contraparte em função do poder econômico de que dispõem – tendência que se acentua segundo o grau de concentração da hinterlândia ou do mercado geográfico.

O poder de mercado que resulta da coexistência de um universo considerável de consumidores atendidos por uma parcela diminuta de firmas ofertantes, como preconizado pela literatura econômica, tende a favorecer um cenário propício à ineficiência sob a forma de distorção dos preços e quantidade ótima ofertada.

Há, dessa forma, uma tendência ao desequilíbrio nas relações comerciais que precisa ser administrado pelo Estado, por meio da regulação, com a finalidade de coibir situações que configurem ou venham configurar infração à ordem econômica.

Todavia, a atuação da ANTAQ no tocante às relações assimétricas de mercado estabelecidas entre as partes apresenta lacunas que sinalizam a pouca efetividade da regulação enquanto instrumento de harmonização de interesses e promoção de eficiência competitiva.

O que resulta da coexistência de posição dominante com omissão regulatória são ineficiências que se manifestam sob a forma de **relações potestativas ilegais** – a raiz de todos os abusos que acometem os usuários– com a imposição de **serviços fictícios e sem contratualidade; modalidades irrealistas e ultrapassadas de cobranças e práticas anticompetitivas**.

5.1 DAS RELAÇÕES POTESTATIVAS ILEGAIS

Diz-se que um ato é potestativo quando seu cumprimento depende da vontade exclusiva de uma das partes contratuais. A relação contratual puramente potestativa é ilegal, quando ocorre a caracterização do abuso de posição dominante do vendedor, e o comprador (de serviço ou mercadoria) não tem alternativa ou qualquer tipo de prerrogativa. Fere a boa fé objetiva e do equilíbrio contratual.

“Potestativas são as que decorrem da vontade de uma das partes, dividindo-se em puramente potestativas e simplesmente potestativas. Somente as primeiras são consideradas ilícitas pelo artigo 122 do Código Civil, que as inclui entre as condições defesas por sujeitarem todo o efeito do ato ‘a puro arbítrio de uma das partes’, sem a influência de qualquer fator externo.” Professor Carlos Roberto Gonçalves Direito Civil – Parte Geral – Vol. 1 - Editora Saraiva – 2005 – pág. 120.21

Portanto, **o contrato de compra e venda do serviço é nulo**, quando se deixa ao arbítrio exclusivo de uma das partes a fixação do preço (Código Civil, Art.

489 CC - “Nulo é o contrato de compra e venda, quando se deixa ao arbítrio exclusivo de uma das partes a fixação do preço”).

No setor portuário, as relações potestativas podem ser visualizadas na imodicidade de preços e reajustes, bem como numa gama de cobranças e modalidades de cobranças ilegais realizadas pelos terminais.

5.2 INSPEÇÃO NÃO INVASIVA (ESCANEAMENTO)

A cobrança

A tarifa de inspeção não invasiva ou escaneamento de contêineres é uma cobrança indevida e ilegal realizada nos principais portos brasileiros. Trata-se da transferência de um ônus decorrente da implantação do escâner exigida pela Receita Federal do Brasil (RFB) **através de via transversa e ilegal** de assunção dos custos.

A nova cobrança teve início com a edição da **Portaria nº 3.518/11 da RFB**, cumprindo determinação das alfândegas nos portos, subordinadas à Coordenação Geral de Administração Aduaneira – COANA, da Receita Federal, a qual exige, em seu art. 14, a implantação do sistema de escaneamento de cargas nos terminais dos portos, como medida de segurança.

Nesse ínterim, cumpre destacar os procedimentos que levaram à cobrança sistemática pelo escaneamento de contêineres no Porto de Salvador.

Dando impulsionamento à exigência acima, a Receita editou a Portaria ALF/SDR nº 18, de 03 de junho de 2014, regulamentando a utilização do referido aparelho de scanner:

Art. 1º Os recintos alfandegados jurisdicionados pela Alfândega da Receita Federal do Brasil do Porto de Salvador – ALF/SDR, obrigados

ao atendimento do disposto no art. 14 da Portaria RFB nº 3.518, de 30 de setembro de 2011, deverão observar o disposto nesta Portaria.

Art. 2º **O procedimento de inspeção não invasiva é de responsabilidade e encargo do recinto alfandegado depositário da carga, ou vinculado ao operador portuário, independente da presença da fiscalização aduaneira.**

Art. 3º Deverão ser escaneadas **todas** as unidades de carga:

I - no fluxo da importação, **inclusive vazias**;

II - contendo mercadorias submetidas a trânsito aduaneiro cujo local de origem ou de destino não seja jurisdicionado pela ALF/SDR; e

III - indicadas expressamente pela fiscalização aduaneira, inclusive aquelas a bordo de embarcação, **ainda que não destinadas ao Porto de Salvador**.

(Grifamos).

A implantação do novo sistema tem por base o Decreto nº 6.869/09, que aprovou a implantação do “ISPS Code” – Código Internacional para a Proteção de Navios e Instalações Portuárias, no Brasil.

Com base na Instrução Normativa acima, a Alfândega determinou que o Tecon, na condição de operador portuário arrendatário das áreas e instalações do Porto de Salvador, instalasse “scanners” para a verificação de contêineres, visando à fiscalização aduaneira através do procedimento de inspeção não invasiva, entretanto, em nenhum momento regulamentou a transferência do ônus financeiro para os usuários.

Passo seguinte, a partir de 15 de maio de 2017, no Porto de Salvador, a Alfândega determinou que 100% das cargas de exportação com baldeação ou destinadas à Europa fossem escaneadas, conforme

COMUNICADO SAVIG nº 001/2017. Posteriormente, em atenção à Portaria expedida pela Receita Federal anteriormente referenciada, o terminal de contêineres, explorado pela empresa arrendatária Tecon Salvador S.A, passou a realizar obrigatória e indiscriminadamente o escaneamento de TODO E QUALQUER contêiner destinado à exportação e sob importação.

Em suma, o escaneamento de contêineres decorre de uma regra imposta desde 2014 pela Receita Federal, que impôs aos terminais portuários a obrigatoriedade de que eles estejam equipados para o fim de fazer a leitura automática de cada um dos contêineres que entram e saem do país, seja com carga ou vazio. Os portos atenderam à determinação, todavia, iniciaram uma cobrança aos importadores e exportadores. O monitoramento eletrônico, que era esporádico.

Não obstante a importância da fiscalização aduaneira – responsabilidade inerente à rotina dos terminais portuários para coibir contrabandos, descaminhos, armas, drogas e ameaças de terrorismo, em favor do interesse público – o escaneamento de contêineres não se trata, a bem da verdade, de um serviço ofertado aos usuários dos portos, mas, ao revés disso, de uma condição imposta pela Receita Federal inerente à rotina dos Terminais Portuários, revelando-se, portanto, ilegal e abusiva referida cobrança pelos seguintes aspectos:

1. **CONTRATUALIDADE - Não existe a contratualidade entre o terminal de contêiner e o Usuário. Este não pede para escanear a sua carga nem o terminal de contêiner lhe entrega qualquer serviço.** Portanto, sob este aspecto, a cobrança de escaneamento é uma fraude.
2. **RECINTO ALFANDEGADO, QUALIFICAÇÃO** - A aquisição do escâner pelo terminal de contêiner é apenas um dos **requisitos** da Alfândega, como

muros, balança, câmeras, vigilância, instalações, sistemas etc., indispensáveis para a **qualificação do terminal de contêiner** tornando-o apto a operar como um **recinto alfandegado**. A Alfândega é o agente que recebe a imagem gerada pelo escaneamento, de modo exclusivo, representando o Estado brasileiro, que tem o poder de polícia e a obrigação de coibir contrabandos, descaminhos, armas, drogas e ameaças de terrorismo, **em favor do interesse público**. Independentemente do viés que queira dar à necessidade de escâner, a premissa é que o recinto para ter autorização de funcionamento já teria de dispor do escâner. E mais, arcar com o custo operacional. O principal serviço existente no terminal é o de movimentação de cargas containerizadas; para executar esta tarefa, objetivando o comércio internacional, o terminal deve estar qualificado como um recinto alfandegado provido do equipamento escâner. Se o terminal não instalar o escâner, somente poderá operar com a cabotagem e não o longo curso. Portanto, **os requisitos da alfândega fazem parte do negócio do terminal**. A Nota Técnica nº 30/2017/GPR/SRG aprofundou esta mesma argumentação na análise, item 3.1.2 - ao citar o Art. 23 da Lei 12.815/2013, e a reforçou nas Conclusões, item 4.4, os normativos da RFB. Importante destacar também o item 3.4.33 desta Nota Técnica, sobre a não cobrança de posicionamento de contêiner para o escâner.

3. **INSTITUIÇÃO ILEGAL DE TAXA (TRIBUTO) PARA FINS DE PODER DE POLÍCIA** – Com as indiscutíveis finalidades da inspeção não invasiva, descritas no item anterior, os terminais de contêiner têm cobrado, sob a máscara de novo serviço, uma “taxa” para remunerar o poder de polícia da Alfândega, que tão somente o Congresso Nacional, o Poder Legislativo, tem competência para instituir. Por sua natureza fiscal, isto se reveste de ilegalidade intransponível. Neste ponto, há ainda de se registrar que existe

o Fundo Especial de Desenvolvimento e Aperfeiçoamento das Atividades de Fiscalização - FUNDAF¹ e em pleno funcionamento². A sua principal finalidade é exatamente fornecer recursos, oriundos dos Usuários e terminais, para financiar o reaparelhamento e reequipamento da RFB no sentido de intensificar a repressão às infrações relativas a mercadorias estrangeiras, de acordo com a legislação. A aquisição de escâneres está perfeitamente enquadrada no objetivo deste fundo.

4. PREVISÕES CONTRATUAIS – Em geral, nos contratos de arrendamento há previsão explícita ou implícita a respeito das obrigações para a qualificação do terminal como recinto alfandegado. No Porto de Salvador, por exemplo, o Contrato de Arrendamento nº 012/2000 traz na Cláusula 24ª DOS DIREITOS E OBRIGAÇÕES DA ARRENDATÁRIA – inciso V, a seguinte obrigação: “adotar e cumprir, rigorosamente, as medidas necessárias à fiscalização aduaneira de mercadorias, veículos e pessoas, inclusive as recomendações das respectivas autoridades.” Portanto, a instalação e operação do escâner é um dever da arrendatária para cumprir as medidas fixadas pela Alfândega, conforme o Contrato firmado

¹**Decreto-Lei nº 1.437/1975** –

Art. 6º Fica instituído, no Ministério da Fazenda, o Fundo Especial de Desenvolvimento e Aperfeiçoamento das Atividades de Fiscalização - FUNDAF, destinado a fornecer recursos para financiar o reaparelhamento e reequipamento da Secretaria da Receita Federal, a atender aos demais encargos específicos inerentes ao desenvolvimento e aperfeiçoamento das atividades de fiscalização dos tributos federais e, especialmente, a intensificar a repressão às infrações relativas a mercadorias estrangeiras e a outras modalidades de fraude fiscal ou cambial, inclusive mediante a instituição de sistemas especiais de controle do valor externo de mercadorias e de exames laboratoriais.

²RFB – Plano de Aplicação 2018: R\$2.314.995.135,00

em 15 de março de 2000 e reafirmado por aditivo³ em 10/9/2010, com cláusula de idêntico texto. Quando a ARRENDATÁRIA procede a cobrança ao Usuário de uma obrigação contratual firmada com o objetivo de manter o alfandegamento da área, em forma de novo serviço, **está fraudando o Contrato de Arrendamento.**

Dessa forma, a inspeção não invasiva possui natureza jurídica de obrigação tributária acessória. O sujeito passivo do custo do escaneamento é o próprio terminal de contêiner, cuja justificativa é a obtenção de autorização contratual para movimentar as cargas do comércio internacional, na qualidade de um recinto alfandegado.

A imposição da cobrança de escaneamento, como ocorre sistematicamente nos principais portos brasileiros, retira a competitividade dos exportadores e importadores, aumentando ainda mais o famigerado "custo Brasil", em prejuízo de toda a sociedade civil. Com o custo adicional decorrente do procedimento fiscal, os produtos nacionais estão a perder espaço no exterior em favor da lucratividade do terminal operador, inclusive se **consumando o enriquecimento ilícito.**

A omissão regulatória

Tudo isso decorre da posição dominante dos terminais, do nítido desequilíbrio na relação comercial – mesmo naqueles mercados onde há concorrência intra ou interportuária –, mas também da omissão regulatória da ANTAQ perante a problemática.

³ 1º aditivo do Contrato de Arrendamento 012/2000, de 10/9/2010

Cláusula 15ª ref. 24ª do contrato

VIII - adotar e cumprir, rigorosamente, as medidas necessárias à fiscalização aduaneira de mercadorias, veículos e pessoas, inclusive as recomendações das respectivas autoridades;

No âmbito da agência reguladora, a inspeção não invasiva ganhou destaque tão somente quando a Confederação Nacional da Indústria – CNI peticionou, em junho de 2016, manifestação contrária à cobrança, requerendo a análise do tema pela ANTAQ⁴.

A partir da provocação da CNI, segundo a Nota Técnica nº 103/2018/GRP/SRG, foram juntadas aos autos outras manifestações de usuários e, inclusive, terminais; houve debates com a Receita Federal do Brasil, por intermédio da Coordenação-Geral de Administração Aduaneira, em mais de uma oportunidade; e, por fim, posicionamentos técnicos dissonantes na própria agência.

Inicialmente, a Gerência de Regulação Portuária – GRP se manifestou por meio da Nota Técnica nº 52/2016/GRP/SRG (SEI 0141023) recomendando que o assunto deveria ser tratado em conjunto com a Receita Federal, dada a sua competência para estabelecer os requisitos técnicos e operacionais para o alfandegamento, para que fossem tomadas as providências sistematicamente necessárias, a fim de equalizar o entendimento da questão em todos os portos brasileiros.

Posteriormente, o Gerente de Regulação Portuária emitiu o Despacho SEI 0175825, concluindo pela impossibilidade de cobrança autônoma a título de inspeção não invasiva de contêineres, visto que decorrem de obrigação legal e de risco inerente à atividade pública, e recomendou a remessa dos autos à Procuradoria Federal junto à ANTAQ – PFANTAQ e à Diretoria Colegiada para aplicação desse entendimento, de forma geral e abstrata, a todos os terminais portuários.

⁴ Processo Administrativo nº 50300.007611/2016-48.

Por sua vez, no Despacho SEI 0176543, a Superintendência de Regulação – SRG fez ressalvas ao entendimento anterior da GRP ao citar que a regulamentação constante na Resolução ANTAQ nº 2.389/2012⁵ alcança apenas terminais arrendados e que, por conta disso, estaria autorizada a cobrança de escaneamento em terminais de contêineres localizados fora dos portos públicos.

Concluiu-se, então, pela vedação da cobrança nos terminais arrendados, devendo a inspeção não invasiva estar inserida no *box rate* – a cesta de tarifas de movimentação portuária; pela possibilidade de cobrança específica nos terminais autorizados, ante a regulamentação existente; pela vedação da cobrança adicional, em face da necessidade de se realizado um segundo escaneamento a fim de garantir a integridade inicial da carga, nos terminais arrendados e autorizados; e pela determinação aos terminais arrendados quanto à exclusão das rubricas concernentes à “prestação desse tipo de serviço” das tabelas de preços, tendo os efeitos dessa decisão a natureza de não retroatividade (*ex nunc*).

A Gerência de Regulação Portuária voltou a se posicionar, através da Nota Técnica nº 30/2017/GRP/SRG (SEI 0289568) e do Despacho GRP (SEI 0301299) acerca de novas manifestações protocoladas aos autos do processo administrativo em tela. Fora emitido o entendimento de que o “serviço” de escaneamento deveria compor a *box rate*, todavia, estendendo a regulamentação às instalações privadas com vistas a garantir uma uniformidade de critérios regulatórios.

⁵ A Resolução ANTAQ nº 2.389/2018 aprova a norma que estabelece parâmetros regulatórios a serem observados na prestação dos serviços de movimentação e armazenagem de contêineres e volumes, em instalações de uso público, nos portos organizados.

Reafirmando as arestas de entendimento da questão no terreno regulatório, mais uma vez a Superintendência de Regulação Portuária, à qual a GRP está hierarquicamente subordinada, defendeu a regularidade da cobrança do “serviço” de escaneamento de contêineres pelos terminais brasileiros, sobretudo ao sustentar que num eventual rateio desses custos no *box rate*, partindo do pressuposto de que a inspeção não invasiva não constitui obrigação indistinta para todos, haveria um compartilhamento indevido do ônus entre os usuários ao sobrecarregar detentores de cargas não sujeitas à fiscalização e subsidiar aqueles que precisam passar por ela.

A PFANTAQ também se manifestou por meio do Parecer nº 00083/2017/NCA/PFANTAQ/PGF e do Despacho nº 00941/2017/NCA/PFANTAQ/PGF/AGU (SEI 0385777) ao defender (i) o alargamento do contraditório por meio de audiência pública ou notificação das partes interessadas para apresentação de alegações finais; (ii) e que a inspeção não invasiva afigura-se obrigação tributária acessória, cujo sujeito passivo é a instalação portuária alfandegada, e, em razão disso, seus custos devem integrar o *box rate*.

Por aproximadamente quatro anos, a problemática do escaneamento passou ao largo da agenda de normatização e regulamentação da agência reguladora, tendo esta, inclusive, indeferido pedido de limitar para suspensão da cobrança, enquanto os usuários assumiam mais uma sobrecarga a seus custos logísticos.

Finalmente, em 19 de abril de 2018, a Diretoria Colegiada da ANTAQ, por ocasião de sua 441ª Reunião Ordinária, determinou a abertura de Audiência Pública, visando regular instrução acerca da matéria de mérito da cobrança pela inspeção não invasiva de contêineres no âmbito das instalações portuárias.

As contribuições dos interessados à Audiência Pública nº 08/2018 tinham de ser enquadradas a um conjunto de tópicos e questionamentos temáticos propostos, numa espécie de antecipação do entendimento de que há um serviço prestado ao importador e ao exportador e de que estes se beneficiam do mesmo, como pode ser extraído das indagações feitas pela ANTAQ:

Objetivo: Obter contribuições, subsídios e sugestões acerca da forma de regulação da prestação do serviço de escaneamento de contêineres nos terminais portuários brasileiros.

As contribuições dos interessados que queiram se manifestar acerca do tema deverão se enquadrar aos seguintes tópicos e questionamentos propostos:

I. O escaneamento de contêineres deveria ser item incluso na "cesta de serviços" (*box rate*), prevista no art. 11 da Resolução nº 2.389-ANTAQ, ou deveria ser cobrada de forma individualizada? Apresente documentos e/ou estudos econômicos de forma a fundamentar os argumentos apresentados.

II. Quem deveria ser o sujeito passivo da tarifa/preço de inspeção não invasiva de contêineres? Justifique.

III. Aponte quais seriam os agentes mais beneficiados diretamente com a prestação da atividade de escaneamento de contêineres nos portos brasileiros e se houve ganhos de mercado dos produtos brasileiros decorrentes dessa atividade.

IV. Apresente informações e/ou estudos econômicos que fundamentem e demonstrem a pretensa exorbitância nas cobranças perpetradas, seus impactos ou a racionalidade de tais cobranças.

V. Considerando haver grandes discrepâncias entre os valores cobrados, como a ANTAQ poderia coibir eventuais abusividades? A regulação por *price-cap* seria oportuna e viável? Justifique.

VI. Apresente sugestões, documentos e/ou estudos, frente a necessidade de se obter maior clareza conceitual nas atividades realizadas nos portos brasileiros, dada a atividade de escaneamento de contêineres, no sentido de uma maior uniformidade de terminologias dos serviços prestados pelos terminais privados, aos moldes das nomenclaturas constantes das tabelas tarifárias dos portos brasileiros.

VII. Detalhe os serviços inerentes, acessórios ou complementares da atividade de escaneamento de contêineres e quais as rubricas da tabela tarifária ou de preços compõem esses serviços.

VIII. Apresente estudos com referenciais comparativos (*benchmarking*) pertinentes do setor portuário internacional, com relação à atividade de inspeção não invasiva de contêineres.

Apesar da flagrante ilegalidade da cobrança, a ANTAQ vem consolidando um entendimento no sentido de sua aceitabilidade e legalidade, contrariando normas aduaneiras; no caso específico do Porto de Salvador, as disposições contratuais da concessão do terminal de contêiner; e, finalmente, o interesse público, onerando ainda mais a cadeia logística do comércio exterior.

A cobrança da inspeção não invasiva fere o direito civil, o direito administrativo e o direito concorrencial, de acordo com as leis e a Constituição Federal. Sob esse aspecto, entende-se que a ANTAQ deve deliberar:

(1) a suspensão imediata da cobrança do escaneamento pelos terminais de contêiner aos Usuários;

(2) a devolução dos valores pagos indevidamente e;

(3) o encaminhamento ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE denunciando os abusos decorrentes de posição dominante de terminais.

5.3 TERMINAL HANDLING CHARGE 2 – THC 2

A cobrança

O THC2 é uma cobrança em duplicidade realizada por terminais e operadores aos usuários pela segregação e entrega de contêineres provenientes da importação cuja armazenagem e demais trâmites aduaneiros sejam realizados fora da zona primária. Trata-se da imposição de um custo adicional aos contêineres destinados aos portos secos por um serviço totalmente abrangido pela THC.

O serviço consagrado e denominado THC (*Terminal Handling Charge*) ou capatazia diz respeito a todos os serviços previsíveis, entre o portão e o navio e vice-versa. Essa é a taxa que remunera toda a despesa envolvida na movimentação do contêiner no terminal portuário⁶.

Na exportação, tem-se que o THC “inicia partir do momento em que o contêiner adentra o terminal portuário, e estende-se até a sua colocação ao lado do navio, pronto para ser içado pelos guindastes”. Por outro lado, na importação, “ocorre o movimento inverso, isto é, a THC refere-se à despesa com a movimentação da unidade de carga a partir de sua colocação ao

⁶ ALBAN, Marcus. **Os Avanços e as Limitações da Nova Regulação Portuária: uma Análise a partir do Contencioso TECON - EADIs no Porto de Salvador**. Dissertação (Núcleo de Pós-Graduação em Administração/Universidade Federal da Bahia - NPGA/UFBA). Salvador: 2004.

lado do navio, estendendo-se até o momento em que deixa o terminal portuário⁷".

Inexiste um sobretrabalho por parte do terminal para que este entregue o contêiner a quem quer que seja, assim como inexistem razões, que não inerentes à dinâmica própria do terminal, que leve à segregação dos contêineres. Este serviço, conforme expressa Alban, é, em sua essência, apenas uma movimentação interna do equipamento que não envolve nenhuma operação não prevista na cesta de serviços abrangidos pela THC.

Além de expor um serviço fictício concebido pelos terminais e operadores de contêineres ante usuários e donos de carga graças à sua posição dominante, a cobrança do THC2 demonstra a assimetria nas condições de concorrência entre as zonas primária e secundária configurando-se também como prática anticompetitiva.

A cobrança da tarifa em duplicidade constituiu uma séria ameaça à sustentabilidade financeira e econômica dos portos secos. Valendo-se de sua posição privilegiada, terminais e operadores têm em mãos um instrumento para expulsar seus concorrentes no ramo de recinto alfandegado.

Como pondera Alban (2004), "na medida em que as EADIs⁸ perdem rentabilidade, elas perdem, paralelamente, capacidade de expansão, podendo inclusive se tornar inviáveis". O THC2 exige a redução das margens

⁷ (KEEDI, 2001, apud ALBAN, 2004).

KEEDI, Samir. THC2. **Trade and Transport**. São Paulo, v. 4, nº 47, 2001.

⁸ Estações Aduaneiras do Interior. Funcionam, enquanto recinto alfandegado de uso público, como portos secos prestadores de serviços de movimentação, armazenagem e despacho aduaneiro de mercadorias e de bens de viajantes

de lucro da zona secundária, para evitar a perda de fatia de mercado, o que dificulta a atração de novos investimentos no mercado de armazenamento alfandegado. A tendência que se apresenta numa circunstância como essa é a formação de monopólio também neste segmento.

Inclusive, esse foi o primeiro caso de abuso de posição dominante e prática anticompetitiva no Porto de Salvador, após a concessão do terminal de contêineres à iniciativa privada. O Tecon Salvador deu prosseguimento à cobrança apesar de previsão explícita do serviço de entrega na THC do contrato:

CLÁUSULA VIGÉSIMA TERCEIRA - DOS PREÇOS DA ARRENDATÁRIA

Fica acrescida a seguinte cláusula ao Contrato na 12/2000: "CLÁUSULA QUINQUAGÉSIMA OITAVA - DOS PREÇOS MÁXIMOS - Os valores máximos a serem cobrados pela ARRENDATÁRIA serão de R\$216,18 por contêiner movimentado e R\$10,67 por tonelada de carga geral movimentada.

I - Estes valores compreendem os seguintes serviços:

- a) Utilização de infra-estrutura portuária de acesso ao terminal;
- b) Fornecimento de equipamentos para movimentação de contêiner e carga geral;
- c) Serviços prestados em terra;
- d) Transporte, recebimento ou entrega de contêiner e carga geral, da área de armazenagem do pátio do terminal para o navio ou no sentido inverso;
- e) Empilhamento/desempilhamento, cargas e descargas de mercadorias no terminal;

f) Vigilância do terminal

(Primeiro Termo Aditivo ao Contrato Arrendamento 012/2000, pág. 26).

A omissão regulatória

No contencioso ocorrido entre o Tecon Salvador e as EADIs, houve omissão pela Autoridade Portuária, à época responsável pela fiscalização do contrato de arrendamento segundo as competências conferidas pelo marco regulatório vigente – Lei 8.630/1993.

À época, a diretoria-presidência da CODEBA, que poderia ter resolvido o conflito rapidamente, seguiu na direção contrária à posição formal do Conselho da Autoridade Portuária (CAP⁹), ainda que este tivesse, em princípio, alguma influência sobre a tomada de decisões na companhia.

O CAP considerou que a segregação de contêineres, serviço este pelo qual o terminal desejava aplicar uma segunda cobrança, já estava contida na tarifa de movimentação prevista em contrato. Segundo Alban (2004), em deliberação formal, o Conselho “recomendou “que a CODEBA, na qualidade de Autoridade Portuária [procedesse] a fiscalização das

⁹ O marco regulatório proveniente da Lei de Modernização dos Portos de 1993 trouxe consigo um novo modelo institucional. Nele, articulam-se atores importantes, sob a regulação da Antaq, como Autoridade Portuária, Operadores Portuários e o Conselho da Autoridade Portuária, o CAP.

Enquanto organismo normatizador e regulador do porto, o CAP é constituído por conselheiros advindos de setores com interesse na atividade portuária como o Poder Público (representantes da União, Estado e Município), operadores, usuários e trabalhadores portuários (ALBAN. 2004).

condições contratuais pactuadas relativas à aplicação de tarifas na exploração do terminal pela arrendatária””.

O entendimento da Companhia, em parecer jurídico, no entanto, buscou legitimar a cobrança do THC2 argumentando que este “não integra o rol de serviços constantes do inciso XIV da cláusula vigésima quarta”, que trata dos serviços que compõe o THC. Indo além, a posição da Autoridade Portuária foi taxativa quanto à consideração de que se tratava de um “serviço extra, contratado pelas EADIs, e cujos preços deveriam ser “negociados livremente entre a TECON e seus clientes””.

Por causa da omissão dos entes públicos competentes, a Usuport recorreu à Justiça, impetrando mandato de segurança contra a cobrança; e ao CADE, para sanar o abuso de posição dominante e a infração à ordem econômica, no âmbito do mercado portuário baiano.

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica, no processo 08012.07443/1999-17, condenou **a prática por entender caracterizado o abuso por posição dominante**, diante da capacidade dos operadores portuários de aumentar os custos dos recintos alfandegados, que concorrem com aqueles no mercado de armazenagem alfandegada.

Dessa forma, conforme delibera no processo, quando o terminal realiza a cobrança de “tarifas adicionais”, age como se houvesse um “terceiro mercado” – o de liberação de contêineres:

Claro está que, ao cobrar a taxa de liberação de contêineres dos recintos alfandegados, **os terminais portuários agem como se houvesse um terceiro mercado: o de liberação de contêineres. Inexistindo esse mercado, não há formação regular de preços, que**

só ocorreria caso houvesse livre negociação entre as partes envolvidas. (Grifamos).

O CADE ainda deixou claro que a cobrança de valores a título de liberação de contêineres para recintos alfandegados viola a ordem econômica. Dada a relação de dependência entre os importadores e exportadores para com o terminal portuário, tem-se a coerção de tarifas em apartado da THC. A coerção é evidente quando se verifica que os terminais portuários são, de fato, monopolistas de um insumo essencial ou de um bem infungível, que não pode ser trocado por qualquer outro no momento em que recebem o contêiner, de cuja liberação dependem os recintos alfandegados para prestar o serviço de armazenagem.

Em 2006, o mandado de segurança da Usuport obteve sucesso e suspendeu a cobrança, mas somente em 2018 a sentença transitou em julgado.

*

Nacionalmente, o serviço em duplicidade continuou sendo cobrado e obteve amparo expresso, primeiramente na Resolução-ANTAQ 2.389/2012, mas também em sua proposta de alteração (Resolução-ANTAQ nº 6.124/2018) a partir da distorção dos conceitos de THC e *Box Rate* nas disposições preliminares do referido instrumento normativo:

CAPÍTULO II - Das Disposições Preliminares Art. 2º Para os efeitos desta Norma, considera-se:

VI - Cesta de Serviços (Box Rate): preço cobrado pelo serviço de movimentação das cargas entre o portão do terminal portuário e o porão da embarcação, incluída a guarda transitória das cargas até o momento do embarque, no caso da exportação, ou entre o porão da embarcação e sua colocação na pilha do terminal portuário, no caso da importação, considerando-se, neste último caso, a

inexistência de cláusula contratual que determine a entrega no portão do terminal;

VII - Taxa de Movimentação no Terminal (Terminal Handling Charge - THC): preço cobrado pelo serviço de movimentação de cargas entre o portão do terminal portuário e o costado da embarcação, incluída a guarda transitória das cargas até o momento do embarque, no caso da exportação, ou entre o costado da embarcação e sua colocação na pilha do terminal portuário, no caso da importação, considerando-se, neste último caso, a inexistência de cláusula contratual que determine a entrega no portão do terminal;

Ressaltando que o THC deve ser pago à empresa de navegação diretamente pelo exportador, importador ou consignatário no dispositivo subsequente, a Resolução Normativa deliberadamente limita a THC, na importação, à movimentação do contêiner do costado do navio à pilha de armazenagem, para favorecer a cobrança em duplicidade pelo terminal/operador portuário, ainda que na modalidade de exportação o serviço previsível abranja todos os movimentos previstos desde a chegada da carga ao portão ao costado do navio.

Além de retirar a entrega de contêiner do THC e, por tabela, do *Box Rate*, fracionando-a em serviço acessório, a ANTAQ deixa o usuário dono de carga e os recintos alfandegados de zonas secundários a mercê da livre negociação com um agente econômico em posição de mercado privilegiada:

Art. 5º Os serviços não contemplados no *Box Rate*, quando demandados ou requisitados pelos clientes ou usuários do terminal sob a responsabilidade de operadores portuários, obedecerão condições de prestação e de remuneração livremente negociadas com o operador portuário ou divulgadas em tabelas de preços de

serviços, observados os tetos de preços fixados pela Autoridade Portuária e as condições comerciais estipuladas no contrato de arrendamento.

A edição da Resolução nº 2.389/2012 reforça a fragilidade na atuação da ANTAQ no tratamento de conflitos de interesse entre os agentes envolvidos no mercado portuário. Segundo auditoria operacional do Tribunal de Contas da União – TCU, no processo TC 024.768/2017-0, há pontos que frequentemente geram conflitos no normativo:

Resolução 2.389/2012 - pontos que frequentemente geram conflitos

155. Além da análise de processos da Antaq, os usuários e entidades representantes entrevistados relataram os seguintes problemas, que reforçam a opinião da fragilidade da atuação na Antaq no tratamento de conflitos de interesse e de falta de clareza no normativo vigente: i) surgimento de conflitos, após a edição da Resolução 2.389/2012, junto à Antaq, em que se discute a sobreposição dos 'serviços não contemplados no *Box Rate*', mas de prestação obrigatória, com aqueles já remunerados por meio do THC; ii) cobrança de serviços não contemplados no THC e *Box Rate* em valores maiores do que os praticados no THC; iii) cobrança de serviços não contemplados no THC e *Box Rate* por meio do faturamento de serviços fracionados, que deveriam constar do THC, com majoração da conta final cobrada do usuário (quando em comparação à condição anterior à edição da Resolução-Antaq 2.389/2012), em decorrência do abuso de posição dominante de mercado do terminal na relação econômica com o usuário dono da carga; e iv) cobrança dos valores do THC pelo armador ao usuário em valores consideravelmente superiores aos pagos pelo armador ao terminal, em oposição ao regramento da Resolução 2.389/2012, que determina que haja o ressarcimento dos valores, consoante já examinado no bojo do TC 004.662/2014-8.

Seis anos após a edição do normativo, a agência reguladora ainda não pacificou os pontos de conflitos catalisados pelo mesmo em detrimento, mais uma vez, dos usuários e donos de carga que arcam com os custos logísticos majorados pela posição dominante dos terminais e operadores portuários. É igualmente assim que entende o TCU:

168. A prática de cobrança pela prestação de serviços básicos de operação portuária e armazenagem, porém não incluídos no *Box Rate*, tem o condão de elevar os custos finais de importação de contêiner, ofendendo as diretrizes legais estabelecidas na Lei 12.815/2013, art. 3º, inciso II combinado com a Resolução 3.274/2014, art. 2º, inciso IV (efetividade dos direitos dos usuários); e na Lei 12.815/2013, art. 3º, inciso II combinado com a Resolução 3.274/2014, art.3º, inciso VII (garantia da modicidade).

169. Com a evidência de que outros serviços, e não só os representados pelo THC2, constituem os serviços não cobertos pelo *Box Rate*, considera-se oportuno que a Antaq defina os serviços incluídos no pacote de serviços prestados pelo terminal ao armador (*Box Rate*) e cobrado pelo armador ao usuário (THC). Lembra-se ainda que na Nota Técnica 48/2015/GRP há proposta de alteração do *Box Rate* para abranger todos os serviços necessários para a expedição do contêiner do terminal, relegando para os 'serviços não cobertos pelo *Box Rate*' apenas aqueles considerados acessórios e de contratação opcional por parte do usuário importador.

170. Sem ter a pretensão de esgotar a discussão econômica, lembra-se que, no caso da importação, o terminal portuário alfandegado, fiel depositário da carga importada, escolhido pelo armador, torna-se o monopolista da mercadoria do usuário do porto, além de a carga ser, em regra, um bem não fungível, o que torna mais ainda evidente a posição dominante do terminal frente ao importador. Nesta situação, o bem econômico cujo fornecimento é tutelado pela agência reguladora é o 'serviço portuário' de movimentação e

armazenagem da carga, uma vez que o terminal deve prestar tais serviços para entregar a carga ao usuário (demandante *lato sensu* dos serviços).

171. Pois bem, nestas condições de monopólio, a demanda pelo bem 'serviço portuário' é demasiada inelástica e, sendo assim, a teoria econômica aponta que todo e qualquer aumento de preço do serviço é repassado, em sua maioria, se não integralmente, ao consumidor (usuário importador). Se o aumento de preço não é decorrente de aumento de custo, verifica-se, a grosso modo, aumento da margem de lucro do terminal (lucro econômico positivo), situação que impõe a necessidade de regulação.

Vale ressaltar que a Resolução 2.389/2012 tornou recorrente o THC2, sob diversas denominações, nas tabelas públicas de preços de terminais que sequer praticavam a cobrança. Com o aval da ANTAQ, os terminais se sentem legitimados para majorar o custo final da importação e potencializar seus lucros sacrificando simultaneamente usuários e recintos alfandegados concorrentes.

5.4 PREÇOS E REAJUSTES NÃO MÓDICOS

Embora a modicidade tarifária esteja relacionada como um dos princípios que devem ser observados na prestação adequada de serviço público, seja ele oferecido diretamente pelo poder público ou sob regime de concessão ou permissão, conforme art. 6º, § 1º da lei 8.987/95¹⁰, em todo o Brasil,

¹⁰ Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§ 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

serviços essenciais para embarque ou desembarque de cargas têm sido objeto de fixação unilateral, sem qualquer lógica, com reajustes desproporcionais e exageradamente acima da inflação.

O conceito de modicidade tarifária se refere ao estabelecimento de preços razoáveis e competitivos a serem despendidos pelos usuários e consumidores quando do pagamento de contrapartida para o recebimento de determinado serviço público. Por outro lado, esse valor deve remunerar o prestador sem que haja lucros extraordinários.

A quem incumbe estabelecer as diretrizes e parâmetros do tabelamento dos preços dos serviços e sua anual atualização?

Dúvidas não há de que após a opção política do legislador constituinte de 1988 de desestimular o modelo de Estado Gestor de serviços públicos e de formatar o que restou denominado de Estado Regulador, inevitável foi a alteração do modelo de Administração Pública para a ele se ajustar, passando a adotar critérios e premissas para inauguração da chamada Administração Pública Gerencial, através da qual os serviços públicos são prestados preferencialmente por particulares em regime de colaboração com o Poder Público, a quem permaneceu reservado o direito de exercer a efetiva regulação sobre àqueles, através das Agências Reguladoras.

Inconteste, então, que a modicidade do preço dos serviços prestados pelos particulares em regime de colaboração com o Poder Público é uma imposição legal, cuja inobservância remete à imediata intervenção da Agência Reguladora, que não pode quedar-se inerte, sob pena da sua omissão ser caracterizadora de conluio com os terminais e atentado aos direitos dos consumidores, práticas que em conjunto ou isoladamente devem ser alvo de reprimenda do Poder Público.

É certo que o dever de fiscalização e regulação da **ANTAQ** jamais poderá vir a ser derogado em razão dos contratos firmados entre o Poder Concedente e os particulares. Importante destacar, ainda, que, nada obstante o Supremo Tribunal Federal tenha entendido, no início da década de 1990, que a intervenção do Estado no domínio econômico deva ocorrer por “via legislativa”, nada impede que a providência de controle de preço privado seja adotada por uma agência reguladora, na medida em que seus atos normativos possuem força de lei.

A propósito do tema, relevante citar a doutrina de Paulo César Melo da Cunha, que bem destacou a possibilidade de regulação do preço de prestações pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), ainda que tal intervenção ocorra no ordenamento social, *verbis*:

“Como prova de que a regulação da saúde não é apenas econômica, o que submeteria a matéria de reajuste e revisão a índices livremente negociados com base em fatores ditados pelo mercado, atribui-se à ANS fixar critérios, reconhecendo a incapacidade de o consumidor negociar em igualdade de condições com as operadoras. Afinal, conforme já asseverado, os componentes dos custos e fatores atuariais lhe são desconhecidos. Nesse papel, a ANS examina índices e cálculos e, não raro, está legitimada a impor uma internalização de custos pelas operadoras, para manter o equilíbrio contratual e particular ganhos de eficiência. Em outros setores da economia, tal interferência não deve ser aceita, posto que só o aumento arbitrário de lucros deve ser repudiado”.

Apesar de a Lei 10.233/2001, em seu art. 11, inciso IV, estabelecer que a ANTAQ deva assegurar que os usuários paguem pelos custos dos serviços em regime de eficiência – de modo que os preços não sejam livremente definidos pelo mercado, guardando correlação com os custos dos serviços prestados –, a agência não possui metodologia e/ou instrumentos

adequados para o tratamento de denúncias recebidas acerca de abusividade e de falta de modicidade de preços praticados por terminais de contêiner.

Segundo auditoria operacional do TCU, isso ocorre pela indisponibilidade de (i) procedimento formalmente definido e padronizado para avaliação da abusividade de preços impugnados por meio de denúncias; e (ii) acompanhamento sistemático dos custos de movimentação de contêiner, o que subsidiaria a análise de abusividade dos preços impugnados.

Com essa lacuna regulatória, a ANTAQ compromete sua principal razão de ser: a justificativa econômica da regulação perante falhas de mercado, evidenciando a desconformidade com o a norma jurídica que lhe antecede e o marco regulatório do setor portuário. Ficam, então, mais uma vez sujeitos a preços e reajustes abusivos os usuários donos de carga ante a omissão da agência com relação às arbitrariedades dos terminais.

6. CONCLUSÃO

O tema de proteção da concorrência não passou despercebido pelo legislador constituinte, razão pela qual o art. 173, § 4º da Constituição Federal determina como dever do Estado a repressão ao “... **abuso de poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário de lucros.**” Mas “livre concorrência” também é princípio constitucional (cf. art. 170, IV), o que significa uma diretriz geral que deve orientar todas as ações dos poderes públicos (tanto a produção legislativa quanto as ações de governo e as decisões judiciais).

Uma política de defesa da concorrência tem por finalidade garantir a existência de condições de competição, preservando e/ou estimulando a formação de ambientes competitivos com vistas a induzir, se possível, maior

eficiência econômica como resultado do funcionamento dos mercados. No Brasil existe um sistema legal voltado especificamente para essa finalidade, que é a chamada “lei de defesa da concorrência” nº 12.529/2011.

Portanto, uma *política de defesa da concorrência* não se resume apenas à lei de defesa da concorrência e ao arcabouço institucional voltado para sua aplicação, mas também a todas as ações do Estado direta ou indiretamente relacionadas a ela, o que envolve e vincula as Agências Reguladoras.

De tudo quanto até aqui exposto, dúvidas não há de que a “posição dominante” **É A MÃE DE TODAS AS OMISSÕES**, sendo causa de **nulidade**, sob a perspectiva contratual, decorrente de ato inequivocamente ilegal, porquanto violador de regras expressas de direito, a exemplo do art. 122 do Código Civil.

A ANTAQ, malgrado a sua função constitucional e legal, vem incorrendo em reiteradas omissões do seu dever de estabelecer parâmetros regulatórios para a prestação dos serviços de movimentação e de armazenagem alfandegada de contêineres e volumes em instalações de uso público, bem assim nos portos organizados, o que importa em graves e irreparáveis prejuízos econômicos aos usuários dos serviços concedidos.

Salvador, 31 de março de 2019.

Paulo Roberto Batista Villa (Diretor-Executivo – Usuport)

Adermes Pascoal de Araújo Oliveira Júnior (Assistente de Diretoria – Usuport)

Ana Patrícia Dantas Leão (OAB/BA 17.920)