XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

TRANSFORMAÇÕES NA ORDEM SOCIAL E ECONÔMICA E REGULAÇÃO

GABRIELA OLIVEIRA FREITAS

HERENA NEVES MAUÉS CORRÊA DE MELO

OSVALDO AGRIPINO DE CASTRO JUNIOR

Copyright © 2022 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

T772

Transformações na ordem social e econômica e regulação [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Gabriela Oliveira Freitas; Herena Neves Maués Corrêa de Melo; Osvaldo Agripino de Castro Junior. – Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-602-4
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Transformações na ordem social e econômica. 3. Regulação. XXIX Congresso Nacional do CONPEDI Balneário Camboriu - SC (3: 2022: Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

TRANSFORMAÇÕES NA ORDEM SOCIAL E ECONÔMICA E REGULAÇÃO

Apresentação

Nos dias 7, 8 e 9 de dezembro de 2022, ocorreu o XXIX Congresso Nacional do Conpedi, na cidade de Balneário Camboriú, com o tema "Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities".

É com satisfação que apresentamos a toda comunidade jurídica os artigos que compuseram o Grupo de Trabalho de "Transformação na Ordem Social e Econômica e Regulação", que demonstram que o estudo jurídico não pode se desvencilhar das transformações na sócio-econômicas, indicando, ainda, a necessária compatibilização das evoluções, principalmente tecnológicas, com o desenvolvimento sustentável.

O artigo "A (DES)REGULAÇÃO DA PLATAFORMA DE TECNOLOGIA UBER NO BRASIL", elaborado por Karla Vaz Fernandes, Denise Pineli Chaveiro e Maria Izabel de Melo Oliveira dos Santos, apresenta uma análise crítica do mercado de consumo disruptivo, que viabiliza, por meio da tecnologia, novos serviços. A partir desta análise, apresentam a discussão acerca de uma necessidade ou não de intervenção do Estado nesses novos mercados, com enfoque, especificamente, na plataforma Uber.

No artigo intitulado "MUDANÇAS CLIMÁTICAS E O DESAFIO DE CONSERVAR AS FLORESTAS", desenvolvido por Marcus Luiz Dias Coelho, Danyelle Avila Borges e Edna Márcia Lopes Caetano, aborda-se a a questão das mudanças climáticas, a partir de estudos da COP26, com o objetivo de demonstrar a relevância das florestas, para além da questão ambiental, abrangendo também sua relação com a saúde humana e aspectos socioeconômicos.

Em "O CONSUMISMO E SUSTENTABILIDADE NO CONTEXTO DA SOCIEDADE 5.0", Marcus Luiz Dias Coelho, Danyelle Avila Borges e Maraluce Maria Custódio discorrem sobre a sociedade pós-moderna, a partir dos estudos desenvolvidos por Gilles Lipovetsky, demonstrando a necessária conversão do consumismo desmedido em um consumismo consciente, a fim de construir uma possibilidade de coexistência do consumismo e da sustentabilidade.

A pesquisa desenvolvida por Ainna Vilares Ramos, no artigo “BLOCKCHAIN FISCAL: DESAFIOS DA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS DOS CONTRIBUINTES”, trabalha a questão da blockchain fiscal, a partir do fenômeno de aversão ao risco e de sua capacidade de ocasionar a detração do desenvolvimento econômico. Analisa a compatibilidade entre a LGPD e o tratamento de dados pessoais pela Administração Pública, demonstrando que ferramentas tecnológicas como a blockchain podem facilitar a cobrança de obrigações tributárias e reduzir a sonegação de tributos em razão da confiabilidade e da criptografia.

Com o artigo “POSSIBILIDADES DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO NA REGULAÇÃO DO TRANSPORTE MARÍTIMO E DA ATIVIDADE PORTUÁRIA”, Osvaldo Agripino de Castro Junior aponta a necessidade de maior efetividade da regulação econômica da atividade portuária, visando um equilíbrio entre o retorno ao investidor privado e a adequada prestação de serviços ao usuário. Para atingir tal objetivo, o autor se vale da Análise Econômica do Direito, que apresenta como forma de contribuir para a efetividade da modicidade nos preços e tarifas no setor, para a condição do serviço adequado e, ainda, para a redução das externalidades negativas.

Liciane André Francisco da Silva e Marisa Rossignoli, com o artigo “A CONCESSÃO DE INCENTIVOS FISCAIS PARA A ZONA FRANCA DE MANAUS SOB A PERSPECTIVA KEYNESIANA: UMA ANÁLISE CRÍTICA”, apresentam uma análise crítica dos incentivos fiscais para a Zona Franca de Manaus, denunciando que, contemporaneamente, verifica-se uma redução da arrecadação fiscal, sem que haja um aumento significativo das empresas ali instaladas, levantando a reflexão acerca da necessidade de remodelar os incentivos fiscais.

No artigo “DIREITOS HUMANOS E A PANDEMIA PELA COVID 19 NO BRASIL: TEMPOS DE CRISE E IMPLICAÇÕES SOBRE OS DIREITOS SOCIAIS”, Maria Carolina Negrini, Ricardo Hasson Sayeg e Carolina Caran Duque apresentam uma análise crítica da realidade social brasileira quanto à efetivação dos direitos humanos, a partir do viés do capitalismo humanista. A partir da teoria da reserva do possível e da proibição do retrocesso em matéria de direitos humanos, discorrem sobre direitos humanos em tempos de crise, abordando especificamente o contexto pandêmico.

Gabrielle Kolling, Cristina Aguiar Ferreira da Silva e Gernardes Silva Andrade, com o artigo “REGULAÇÃO DE ORGÂNICOS E AGROECOLÓGICOS: A RELEVÂNCIA DAS RELAÇÕES SOCIAIS CAMPESINAS E DO CONTROLE SOCIAL DA PRODUÇÃO”, abordam a regulação de orgânicos e agroecológicos, tendo como foco o Direito

Transnacional, demonstrando que esta regulação pode se traduzir como mecanismo de preservação dos direitos sociais, em que se inclui o direito à alimentação adequada e de qualidade.

No artigo "OIT E ESTADO SOCIAL DEMOCRÁTICO DE DIREITO NA SOCIEDADE DE INFORMAÇÃO: O AGIR COMUNICATIVO PARA A CONSCIENTIZAÇÃO EMPRESARIAL E A REORGANIZAÇÃO OTIMIZADA DO TRABALHO E DA PRODUTIVIDADE", Thábata Biazzuz Veronese apresenta instigante análise sobre as mudanças nas relações de trabalho na sociedade da informação, destacando a necessidade de orientações da OIT para equilibrar a busca pela lucratividade empresarial e a flexibilização do trabalho, de modo a buscar a emancipação do trabalhador.

Ricardo Raí Guaragni , Kerlyn Larissa Grando Castaldello e Cassio Marocco, em "OS DESAFIOS DA SUSTENTABILIDADE PARA O DESENVOLVIMENTO DE CIDADES NO ÂMBITO RURAL: UMA ANÁLISE A PARTIR DAS TECNOLOGIAS DE INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO E DO GUIA GPS" abordam, a partir da análise das smarts cities, a necessidade de que a tecnologia da informação e da comunicação também abranja o âmbito rural, buscando o desenvolvimento sustentável.

Com o artigo "USUCAPIÃO FAMILIAR E O PROTAGONISMO FEMININO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO", Luiza Andreza Camargo de Almeida , Francis Pignatti Do Nascimento e Carla Bertoncini questionam a justiça da usucapião familiar em favor das mulheres, demonstrando que, a partir do histórico das mulheres na sociedade e sua relação com o direito de propriedade

Antônio Carlos Diniz Murta, Carlos Victor Muzzi Filho e Nathália Rodrigues Generoso fazem uma análise de como a tecnologia, que, em razão da pandemia de COVID 19, foi essencial para a continuidade do ensino, pode, por outro lado, prejudicar e mercantilizar a educação superior. Os autores, em dois artigos apresentados neste Grupo de Trabalho, "REGULAÇÃO DO ENSINO SUPERIOR NO PÓS-PANDEMIA" e "TRANSFORMAÇÕES NA EDUCAÇÃO E NO DIREITO PRIVADO NO CENÁRIO PÓS PANDEMIA", questionam a transformação da educação em uma mercadoria.

No artigo "A EMPREGABILIDADE DAS MULHERES NEGRAS SOB A ÓTICA DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS – RACISMO SOB A ÓTICA INTERSECCIONAL", Marcelo Benacchio, Fernando Antônio de Lima e Mikaele dos Santos

apresentam a existência de normativas que são capazes de resolver o problema da empregabilidade das mulheres negras, apontando que existem questões que passam pelos problemas de gênero, raça e classe, exigindo soluções para a mudança na estrutura social.

Em “ASPECTOS HUMANISTAS DA ORDEM ECONÔMICA E O ACESSO AO TRATAMENTO DA AME” Marcelo Benacchio e Mikaele dos Santos, a partir da inclusão do humanismo na ordem econômica, propõe necessária discussão acerca da relação entre Estado e iniciativa privada na disponibilidade do tratamento para a Atrofia Muscular Espinhal no SUS.

Marisa Karla Vieira Leite, Gabriela Oliveira Freitas e Renata Apolinário de Castro Lima, com o artigo “À LUZ DO CONCEITO DE ESFERA PÚBLICA DE JÜNGER HABERMAS: UMA ABORDAGEM DE CONTROLE DE LICITAÇÃO PELO TRIBUNAL DE CONTAS”, questionam o afastamento do Tribunal de Contas para a terceira linha de defesa no controle da atividade licitatória, em razão da promulgação da Lei nº 14.133, de 01 de abril de 2021, mas apontam, em contraponto, que tais órgãos passaram a ter diversa função na nova legislação, quando contribui com a formação dos gestores

Em “ANÁLISE SOBRE A INEFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA PRESENTE NO FILME SANEAMENTO BÁSICO: UMA ABORDAGEM SOBRE A REALIDADE BRASILEIRA”, Lailson Braga Baeta Neves, Marisa Karla Vieira Leite e Fabiola Sayonara Araújo Baeta Neves discorrem acerca da ineficiência administrativa, a partir da análise da obra cinematográfica “Saneamento Básico” e do conceito habermasiano de esfera pública, apontando a necessidade de coibir irregularidades e malversação de verbas públicas é responsabilidade de toda a sociedade.

No artigo, “O CONSTITUCIONALISMO DO FUTURO E A EFETIVAÇÃO DAS GARANTIAS E DIREITOS FUNDAMENTAIS: PROBLEMAS E SOLUÇÕES SOBRE A (IN)EXISTÊNCIA DE CRISE NO FEDERALISMO NO BRASIL”, Frederico Thales de Araújo Martos , Henrique Alves Pereira Furlan e Marina Bonissato Frattari abordam chamado “Constitucionalismo do Futuro”, inovadora doutrina constitucionalista apresentada pelo jurista argentino, José Roberto Dromi e sua possível aplicação junto a realidade constitucional brasileira.

Frederico Thales de Araújo Martos, Marina Bonissato Frattari e Henrique Alves Pereira Furlan, com o artigo “DANO EXISTENCIAL NO TRABALHO INTERMITENTE: DA REFORMA TRABALHISTA AO CENÁRIO PÓS-PANDÊMICO”, apresentam como as relações de trabalho se fragilizaram durante o período pandêmico e pós-pandêmico,

destacando os danos causados à dignidade e à saúde mental do trabalhador intermitente, notadamente após a Lei 13.467/2017.

No artigo “COMPLIANCE E LEI ANTICORRUPÇÃO BRASILEIRA, SOB A PERSPECTIVA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO” Bruno Oliveira Fortes e Renata Apolinário de Castro Lima abordam a relevância do compliance como mecanismo de conter a corrupção, demonstrando que, para além das questões éticas, a luta anticorrupção pode contribuir para um desenvolvimento econômico.

Por fim, o artigo “O DESENVOLVIMENTO NA AMAZÔNIA NA CONCEPÇÃO NEOLIBERAL: ANÁLISE TEÓRICA DE CONTRADIÇÕES E CONFLITOS SOCIOAMBIENTAIS A PARTIR DO CONTEXTO HISTÓRICO-JURÍDICO-POLÍTICO”, desenvolvido por Herena Neves Maués Corrêa de Melo, apresenta, a partir dos estudos de Foucault, uma instigante análise dos conflitos amazônicos e como eles são influenciados a partir da lógica neoliberal global.

Certos de que o material aqui disponibilizado proporciona à reflexão jurídica nacional, convidamos à leitura.

Prof.ª Dra. Gabriela Oliveira Freitas

Universidade FUMEC

Prof. Dr. Oswaldo Agripino de Castro Júnior

Universidade do Vale do Itajaí - Programa de Mestrado e Doutorado em Ciência Jurídica

Profª Dra. Herena Neves Maués Corrêa de Melo

UFPA – Universidade Federal do Pará /UNAMA/ MPPA

POSSIBILIDADES DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO NA REGULAÇÃO DO TRANSPORTE MARÍTIMO E DA ATIVIDADE PORTUÁRIA

POSSIBILITIES OF THE ECONOMIC ANALYSIS OF LAW ON THE REGULATION OF MARITIME TRANSPORT AND PORT ACTIVITY

Osvaldo Agripino de Castro Junior [1]

Resumo

O objetivo desse artigo é contribuir para o uso da Análise Econômica do Direito (AED) na regulação do transporte marítimo de contêineres e na atividade portuária, que é da competência da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq). O tema se justifica porque, no caso brasileiro, é necessário dar efetividade à regulação econômica no referido setor, visando proporcionar retorno ao investidor privado, de um lado, e garantir o serviço adequado ao usuário dos serviços, de outro lado. Sustenta-se que a AED poderá contribuir para a efetividade da modicidade nos preços e tarifas no referido setor, condição do serviço adequado, reduzindo as externalidades negativas, comi a perda da competitividade dos produtos brasileiros na cabotagem e no comércio exterior. Nesse sentido, o texto é dividido em dois capítulos. O Capítulo 1 trata dos conceitos de AED, regulação econômica, falhas de mercado e de governo e o Capítulo 2 discorre sobre a possibilidade do uso da AED no transporte marítimo de contêiner e nos serviços portuários. Ao final, será feita uma conclusão, seguida das referências.

Palavras-chave: Direito constitucional, Direito marítimo, Direito portuário, Análise econômica do direito, Serviço adequado

Abstract/Resumen/Résumé

This legal paper aims to contribute to the use of the Economic Analysis of Law (EAL) on the sectorial regulation of the Brazilian maritime transport and port activities, whose responsibility is from National Agency of Waterways and Ports (Agência Nacional de Transportes Aquaviários – Antaq). The theme is justified since in this sector it is necessary to guarantee the rule of law to attract investments from private investors, on one side, and to guarantee a proper service to user, on the other hand. The EAL may contribute to the reasonable prices and tariffs, and also reducing the negative externalities that burdens the competitiveness of the Brazilian products carried on the cabotage and in the international trade. The paper is divided in two chapters. Chapter I deals with the concepts of the EAL, economic regulation, market failures and government failures and the Chapter II is about the possibility of the use of EAL on the shipping and port sectors. At the end, a final conclusion will be made, followed by the references.

---

[1] Professor do Mestrado e Doutorado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí, Advogado sócio do Agripino & Ferreira, Pós-Doutorado em Regulação de Transportes e Portos na Harvard University

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitutional law, Maritime law, Port law, Economic analysis of law, Proper service

INTRODUÇÃO

O tema se justifica pela necessidade de contribuir para a transformação na ordem social e econômica do setor regulado pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq), em face das externalidades negativas decorrentes da inexistência de critérios para evitar a abusividade nos preços e tarifas regulados pela citada agência, tais como na sobre-estadia de contêiner e serviços portuários, o que permite preços que violam a modicidade e, por sua vez, criam óbice para a efetividade do serviço adequado.

Trata-se de um problema que reduz a competitividade dos bens transportados pela via marítima e que afeta sobremaneira países em desenvolvimento como o Brasil. Assim, sustenta-se que a Análise Econômica do Direito poderá contribuir para garantir o equilíbrio de interesses no setor, por meio da efetividade do *serviço adequado*, especialmente com fundamento no inciso V, do art. 170; e artigos 174 e 175, parágrafo único, subseção IV, da Constituição Federal, da Resolução nº 75/2022 (infrações e penalidades no setor portuário) e da Resolução nº 62/2021 (direitos e deveres do transportador marítimo, agente intermediário e usuário), ambas da Antaq.[1]

1. ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

1.1. CONCEITOS RELEVANTES E ASPECTOS HISTÓRICOS

De acordo com José Everton da Silva (2016, p. 46):

> Uma relação entre Direito e Economia pode ser encontrada já no século XVIII nas discussões de Hobbes sobre propriedade, tanto David Hume quanto Adam Smith, ainda que de forma um tanto tímida, discutiram funções econômicas no Direito (sem esquecer suas preocupações com os monopólios e concorrência, sempre presentes).

O desenvolvimento da relação entre o Direito e a Economia (AED) se deu a partir do ensino como disciplina na Escola de Direito da Universidade de Chicago, com a indicação do economista

[1] Para maior aprofundamento dessa problemática: CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de; RODRIGUES, Maicon. Defesa da Concorrência e verticalização no setor portuário. **Revista de Defesa da concorrência, RDC**, vol. 8, nº 1, junho 2020, p. 107-133; CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. Regulation and Reasonable Prices in Brazilian´s Shipping and Port Sectors. **International Journal of Science and Research (IJSR)**, Volume 8, Issue 11, November 2019, p. 1183-1192.

Henry Simons, oriundo da Escola de Economia, onde tinha uma carreira desestimulante, pois não estava interessado em economia, mas em temas jurisprudenciais e políticos.[2]

O marco inicial da disciplina é o artigo *The Nature of the Firm* (COASE, 1937), através do desenvolvimento da "teoria dos custos de transação", que chamou a atenção para o fato que havia custos inerentes às operações no mercado, onde os custos na firma podem ser reduzidos ou aumentados pelo direito. Quando são elevados tendem aumentar o custo social de determinada atividade, criando obstáculos ao seu exercício. A empresa funciona como um feixe de contratos e redutor de tais custos.

Para precisar o objeto da AED, pode-se sustentar que se trata do estudo das condutas econômicas realizadas nas condições determinadas por normas jurídicas, todavia, esse é somente um dos aspectos ou possibilidades que, segundo Posner, são próprios da vertente positivista da análise econômica do direito (POSNER, 1979, p. 288).

A abordagem histórica da análise econômica, ainda que de forma resumida, segundo Steven Shavell (2004, p. 4), contribui para a compreensão da disciplina:

> The economic view may be said to have originated mainly with writings on crime by Becarria (1767) and, especially, Bentham (1789). Bentham developed in significant detail the idea that legal sanctions may discourage bad conduct and that sanctions should be employed when they will effectively deter but not when they will fail to do so (as with the insane). Curiously, however, after Bentham, the economic approach to law lay largerly dormant until the 1960s and 1970s. In that period, Coase (1960) wrote a provocative article on the incentives to reduce harms engendered by property rights assignements; Becker (1968) authored an influential article on crime, casting into modern terms and extending Bentham´s earlier contributions; Calabresi (1970) published and extended treatment of liability rules and the accident problem; and Posner (1972a) wrote a comprehensive textbook and a number of articles, as well as established the Journal of Legal Studies, in which scholarship in economic analysis of law could be regularly published. Since that time, economic analysis of law has grown fairly scholarship.

Aliás, segundo Posner (1979, p. 291), "um ramo separado da análise positiva do direito, no qual eu tenho estado particularmente interessado, está relacionado não somente ao comportamento dos indivíduos e empresas regulados pelo sistema jurídico, mas à própria estrutura do sistema."

[2] Sobre a segurança jurídica, a história da AED nos Estados Unidos e relevância do Direito Comparado para a reforma e o desenvolvimento das instituições, ver: CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. **Introdução ao Direito e Desenvolvimento – Estudo comparado para a reforma do sistema judicial.** Prefácio do Prof. Dr. Celso Campilongo. Brasília: Editora do Conselho Federal da OAB, 2004, p. 53-88.

De acordo com Steven Shavell (2004, p. 1), ao tratar da abordagem econômica da análise do direito, dois tipos básicos de questões acerca das normas jurídicas devem ser mencionados:

> The first type is *descriptive*, concerning the effects of legal rules. For example, what is the influence of our system of liability for automobile accidents on the number of these accidents, on the compensation of accidents victims, and on litigation expenses? The other type of question is *normative*, pertaining to the social desirability of legal rules. Thus, it might be asked whether our system of liability for automobile accidents in socially good, given its various consequences.

Em resposta aos dois tipos de questões sobre a abordagem econômica, a atenção da teoria é usualmente focada em modelos estilizados de comportamento individual e do sistema jurídico. A vantagem do estudo de modelos permite que questões descritivas e normativas sejam respondidas de forma ambígua, que podem esclarecer a influência das normas jurídicas no comportamento e ajudar na tomada de decisões jurídicas (SHAVELL, 2004, p. 1).

A cooperação entre o Direito e a Economia é ensinada por Antônio José Maristrello Porto (2021, p. 4):

> Direito e a Economia podem interagir de duas formas: (i) a interação dialógica complementar entre as ciências; e (ii) utilizando-se a Economia como método de investigação aplicado ao problema legal. As duas formas guardam grandes similitudes e grandes diferenças entre si. Na primeira interação, as ciências dialogam sem que haja hierarquização e busca-se a complementaridade: quando uma não consegue respostas, busca-se na outra o que se precisa para compreender o fenômeno. Diante de determinado fenômeno de difícil explicação, quer-se alcançar o próprio crescimento teórico de uma disciplina a partir da apropriação do instrumental da outra.

Nesse cenário, é evidente a interdependência entre o Direito, aqui compreendida como o conjunto de legislação, doutrina e jurisprudência, e a Economia, ciência que se preocupa com a escassez e consiste na análise da produção, distribuição e consumo de bens e serviços, ou seja, estuda as escolhas dos indivíduos e das empresas. A economia está dividida em dois grandes ramos: a microeconomia, que estuda os comportamentos individuais, e a macroeconomia, que estuda o resultado agregado dos vários comportamentos individuais.

Não há qualquer problema em buscar mais eficiência na justiça e uma economia com mais justiça. Há uma forte área de convergência entre os dois ramos do conhecimento, nessa zona de sobreposição existe um espaço de diálogo, com uma zona de congruência, e grande cooperação para a solução de problemas de justiça e de eficiência, não sendo incompatíveis.

Mas o que distingue a AED de outros tipos de análise do direito? De acordo com Steven Shavell, pode-se perguntar se há alguma diferença qualitativa entre AED, como já definido, e outras abordagens para sua mensuração. Não é do seu interesse que cada analista jurídico determine como as normas jurídicas afetam o comportamento para, então, avaliar as regras relacionadas a algum critério de bem social?

A resposta é sim, e dessa forma, numa acepção geral, pode-se distinguir a AED de outros tipos de análise do direito, o que pode ser feito através de três características:

> First, economic analysis emphasizes the use of stylized models and of statistical, empirical tests of theory, whereas other approaches usually do neither. Second, in describing behavior, economic analysis gives much greater weight than other approaches to the view that actors are rational, acting with a view toward the possible consequences of their choices. And third, in normative evaluation, economic analysis makes explicit the measure of social welfare considered, whereas other approaches often leave the criterion of the social good unclear or substantially implicit. (SHAVELL, 2004, p. 1)

No Brasil, país cujo direito se origina da tradição romano-germânica (*civil law tradition*), e com forte influência do direito francês no Direito Administrativo, ao contrário do direito norte-americano, de tradição anglo-saxônica (*common law tradition*), a aproximação entre o Direito e a Economia foi mais conflituosa, principalmente nos anos 1980.[3] Isso verifica, por exemplo, na edição de planos econômicos de combate à inflação, com grande judicialização, e sem sucesso. A Ciência Jurídica pouco dialogava com a Economia. Advogados e economistas não cooperavam.

Na lição de Antônio José Maristrello Porto (2021, p. 4):

> Parcimoniosamente, os discursos em favor de uma aproximação das áreas foram sendo construídos, na medida em que se demonstravam seus benefícios. Os aportes metodológicos da AED permitiam compreender muitos dos institutos constitucionais, sob a ótica da análise econômica do Direito. Exemplos interessantes são o contrato e a propriedade (PORTO e FRANCO, 2016), como conceitos eminentemente legais, e a eficiência, conceito central na economia. Em alguma medida, trazer definições atadas a outras ciências para o coração das constituições – como fez o Poder Constituinte derivado ao alterar o *caput* do art. 37 da CF e inserir a eficiência – pode trazer discórdia e animosidade sobre a operabilidade de seu conteúdo entre os juristas.

[3] Acerca da análise comparativa da história do *common law* e do *civil law*, e seus desdobramentos nos modelos jurídicos (direito) dos Estados Unidos e do Brasil, através de onze elementos determinantes dos sistemas judiciais dos referidos países, ver nossa Tese de Doutorado no CPGD da UFSC, defendida em agosto de 2001, com período de pesquisas (Doutorado Sanduíche) na *Stanford Law School*, ver: CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. **Introdução ao Direito e Desenvolvimento – Estudo comparado para a reforma do sistema judicial**, 854 p.

> Contudo, essa animosidade se acalma conforme o tempo passa e abre-se espaço para os benefícios que se apresentam. Resultado disso é o crescente interesse brasileiro em recorrer à AED para compreender diversos objetos do sistema jurídico (SAADI, 2014, p. 82).

Deve-se, ainda, destacar a difusão da AED no mundo,[4] especialmente a partir da segunda metade do século XX, e no Brasil, dos anos 1990, e a relevância da relação entre a Ciência Jurídica e a Ciência Econômica para o desenvolvimento dos países: A economia age sobre o direito de maneira mais ou menos forte segundo a especificidade do setor, acerca da constituição econômica e a concepção do que é feito de suas relações. Entretanto, como toda a explicação monocausal poderá ser reducionista, a interdisciplinaridade é fundamental para a compreensão das relações entre o direito e a economia.

Embora o que faça o direito não sejam os interesses, mas as demandas ajuizadas e/ou resolvidas pelo sistema judicial, a maior parte delas com interesse econômico, verifica-se o desconhecimento de grande parcela dos advogados acerca dos temas da economia, bem como dos economistas no que se refere aos assuntos jurídicos, ou seja, uma falta de articulação e interdisciplinaridade extremamente nociva ao desenvolvimento (CASTRO JUNIOR, 2004, p. 55).

1.2. FALHA DE MERCADO

Como se trata de tema que carece de intervenção do Estado regulador, que adotou a regulação setorial, via Antaq, criada pela Lei nº 10.233/2001, é relevante conceituar as figuras falha de mercado e falha de governo, cuja existência em determinado mercado, como os setores de transporte marítimo e de serviços portuário, justifica a criação de uma agência reguladora setorial independente.[5]

Para Mark Seidenfeld, o conceito de falha de mercado, dentro da teoria econômica, refere-se às circunstâncias específicas que levam um sistema de livre mercado à alocação ineficiente de bens e serviços. As imperfeições de mercado são os desvios das condições de mercado competitivo que levam indivíduos privados e organizações, que buscam maximizar seus interesses próprios, a fazerem

[4] Uma das obras pioneiras que demonstram esse vasto desenvolvimento e expansão da AED é a de Posner, juiz e acadêmico estadunidense: POSNER, Richard. **Economic Analysis of Law.** Aspen Law & Business.

[5] Acerca da análise comparativa de vinte e dois elementos determinantes da regulação setorial de transportes aéreo, marítimo e portos nos Estados Unidos e no Brasil, via *Federal Aviation Administration* (FAA) e Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), e através da *Federal Maritime Commission* (FMC), e Antaq, ver relatório de estágio Pós-Doutoral no *Center Mossavar-Rahmani for Business and Government*, da *Kennedy School of Goverment*, da Harvard University, com bolsa CAPES, em 2007-2008: CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. **Direito Regulatório e Inovação nos Transportes e Portos nos Estados Unidos e Brasil.** Prefácio Prof. Ashley Brown – Harvard University. Florianópolis: Conceito, 2009, 410 p.

coisas que não sejam de interesse social (SEIDENFELD, 1996, p. 61). Assim, na lição de Antônio José Maristrello Porto (2021, p. 13-14):

> (...) falhas de mercado podem ser vistas como situações em que a atuação dos indivíduos em busca de seu puro autointeresse leva a resultados que não são eficientes do ponto de vista coletivo. Falhas de mercado são frequentemente associadas com assimetrias de informação, estruturas não competitivas dos mercados, problemas de monopólio natural, externalidades, ou bens públicos. A existência de uma falha de mercado é muitas vezes usada como justificativa para a intervenção governamental em um mercado particular. A microeconomia ocupa-se do estudo das causas de falhas de mercado, e dos possíveis meios para corrigi-las, quando ocorrem. Tal análise desempenha um papel importante em decisões sobre políticas públicas. No entanto, alguns tipos de intervenções e de políticas governamentais e legislação tributária, subsídios, controles de preços e salários, ao constituir tentativas públicas de corrigir falhas de mercado, também podem levar a alocações ineficientes de recursos (às vezes chamadas de falhas de governo). Nestes casos, há uma escolha entre resultados imperfeitos, isto é, os resultados do mercado imperfeito, com ou sem intervenções do governo. Em qualquer caso, por definição, se existe uma falha de mercado, o resultado não é Pareto eficiente.

1.3. FALHA DE GOVERNO

No setor de transporte marítimo de contêiner, com grande concentração horizontal e verticalização (o transportador é sócio do terminal onde opera), e de serviços portuários, regulado pela Antaq, em que pese o sua curva de aprendizado para proporcionar serviço adequado ao longo da última década, ainda não há registro e acompanhamento de preços de frete, cobranças extra-frete e de serviços portuários, em face do modelo de regulação *ex post* adotado, não recomendado para mercados relevantes com alta concentração, e não *ex ante*, o que seria ideal.

Nesse modelo, o regulador atua de forma mínima, mediante provocação do usuário prejudicado por eventual cobrança de preço abusivo. Por sua vez, a Antaq não tem critérios, ainda, para definir o que é um preço não abusivo, diante de denúncia, o que pode provocar insegurança para as partes, seja para o prestador de serviço, de um lado, seja para o usuário, de outro lado.

Destaca-se, nesse contexto, o conceito de falha de governo, como ensina Antônio José Maristrello Porto (2021, p. 19):

> (...) é importante destacar alguns aspectos relativos à complexidade da tarefa estatal de regulação das atividades econômicas em casos de existência de falhas de mercado. Como dito, alguns tipos de intervenções e de políticas governamentais, tais como impostos, subsídios, salvamentos, controles de preços e salários, que podem constituir tentativas públicas de corrigir falhas de mercado, também

> podem levar a alocações ineficientes de recursos (às vezes chamadas de falhas de governo).
> A analogia do setor público para falha de mercado ocorre quando uma intervenção do Estado acarreta uma alocação menos eficiente de bens e recursos em relação à alocação de mercado. Assim como ocorre com as falhas de mercado, existem muitos tipos diferentes de falhas de governo que descrevem as distorções correspondentes. (...) A ideia de falha de governo está associada com o argumento de que, mesmo quando o mercado não atender às condições de concorrência perfeita, a intervenção estatal pode gerar resultados ainda piores, em termos de eficiência, ao invés de melhores.

A falha de governo pode ser considerada quando, diante de determinada falha de mercado, há uma intervenção estatal, essa pode agravar o problema, em vez de buscar a efetividade do interesse público. Assim, assume relevância a regulação estatal adequada, bem como o uso de ferramentas como a AED e a análise de impacto regulatório (AIR),[6] por exemplo, trazida pelo art. 6º,[7] da Lei das Agências Reguladoras (Lei nº 13.848/2019), pelo art. 5º,[8] da Lei de Liberdade Econômica (Lei nº 13.874/2019), ambos regulamentados pelo Decreto nº 10.411/2020. O mesmo se dá em relação ao uso da AED e da microeconomia na defesa da concorrência, como ensina Luciana Yeung (2021, p. 16):

---

[6] Conceituado pelo Decreto nº 10.411/2020, da seguinte forma: "Art. 2º Para fins do disposto neste Decreto, considera-se: I - análise de impacto regulatório - AIR - procedimento, a partir da definição de problema regulatório, de avaliação prévia à edição dos atos normativos de que trata este Decreto, que conterá informações e dados sobre os seus prováveis efeitos, para verificar a razoabilidade do impacto e subsidiar a tomada de decisão;(...)"

[7] "Art. 6º A adoção e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados serão, nos termos de regulamento, precedidas da realização de Análise de Impacto Regulatório (AIR), que conterá informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo. 1º Regulamento disporá sobre o conteúdo e a metodologia da AIR, sobre os quesitos mínimos a serem objeto de exame, bem como sobre os casos em que será obrigatória sua realização e aqueles em que poderá ser dispensada. (...) § 5º Nos casos em que não for realizada a AIR, deverá ser disponibilizada, no mínimo, nota técnica ou documento equivalente que tenha fundamentado a proposta de decisão.(...)"

[8] "Art. 5º As propostas de edição e de alteração de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados, editadas por órgão ou entidade da administração pública federal, incluídas as autarquias e as fundações públicas, serão precedidas da realização de análise de impacto regulatório, que conterá informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo para verificar a razoabilidade do seu impacto econômico. Parágrafo único. Regulamento disporá sobre a data de início da exigência de que trata o caput deste artigo e sobre o conteúdo, a metodologia da análise de impacto regulatório, os quesitos mínimos a serem objeto de exame, as hipóteses em que será obrigatória sua realização e as hipóteses em que poderá ser dispensada."

> As ações e decisões estratégicas de cada uma das empresas concorrentes neste mercado têm grandes impactos na sua receita, em seus clientes, e também em seus concorrentes. Então, a interação é melhor descrita por jogos estratégicos, modelados pela fascinante área microeconômica da teoria dos jogos. Nela, os conceitos de dilema dos prisioneiros, estratégias dominantes, equilíbrios de Nash, etc, são discutidos.

2. POSSIBILIDADES DO USO DA AED NO TRANSPORTE MARÍTIMO DE CONTÊINER E NOS SERVIÇOS PORTUÁRIOS

2.1. JUSTIFICATIVA DO USO DA AED

Após essa breve introdução sobre a AED, cabem as seguintes perguntas: (i) a disciplina pode ser útil para o equilíbrio de interesses no transporte marítimo e no setor portuário? (ii) como tais serviços são atividades reguladas, vez que tanto o transportador marítimo, quanto o operador portuário, exercem atividade sob regulação da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), nos termos do art. 20, incisos I e II, e do art. 23, ambos da Lei nº 10.233/2001,[9] e devem observar a modicidade nos preços e tarifas (art. 20, II, a), quais as possibilidades de uso da AED?

Nesse passo, antes de passar a responder às duas perguntas acima, verifica-se a necessidade de discorrer sobre regulação setorial independente. A regulação econômica é a função estatal restritiva da livre iniciativa necessária para corrigir situações nas quais o mercado *per se* não é capaz de alocar os recursos de forma eficiente, bem como prestar serviço adequado. A tradicional teoria econômica

[9] "Art. 20. São objetivos das Agências Nacionais de Regulação dos Transportes Terrestre e Aquaviário: I - implementar, nas respectivas esferas de atuação, as políticas formuladas pelo Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, pelo Ministério dos Transportes e pela Secretaria de Portos da Presidência da República, nas respectivas áreas de competência, segundo os princípios e diretrizes estabelecidos nesta Lei; 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. (...) Art. 23 Constituem a esfera de atuação da Antaq I – a navegação fluvial, lacustre, de travessia, de apoio marítimo, de apoio portuário, de cabotagem e de longo curso; II - os portos organizados e as instalações portuárias neles localizadas; III - as instalações portuárias de que trata o art. 8º da Lei na qual foi convertida a Medida Provisória no 595, de 6 de dezembro de 2012; IV – o transporte aquaviário de cargas especiais e perigosas. V - a exploração da infra-estrutura aquaviária federal.

justifica a intervenção estatal diante da existência de falhas de mercado, como é o caso do setor regulado pela Antaq, assim como impor limites ao fundamentalismo da livre iniciativa.

O objetivo é corrigir as falhas e gerar eficiência econômica, tais como critérios para evitar preços abusivos em mercados regulados, como o da Antaq. O papel do Estado Regulador Garantidor pode ser desempenhado por atividades como disciplinar, normatizar, regulamentar, fiscalizar e sancionar, assim como estabelecer critérios para preço teto, que não deve ser confundindo com o tabelamento de preços.

Primeiramente deve-se deixar claro que a intervenção regulatória com o auxílio da AED se dá com base na própria Lei de Liberdade Econômica, vez que embora o art. 2º trate dos princípios que norteiam o disposto na citada lei, como o da "*liberdade como um garantia no exercício das atividades econômicas*" (inciso I), e da "*intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas*" (inciso III), de um lado, possibilita também a intervenção do Estado para limitar o preço dos serviços e produtos em mercados regulados, nos termos do art. 3º, inciso III, da referida lei, de outro lado, vejamos:

> Art. 3º São direitos de toda pessoa, natural ou jurídica, essenciais para o desenvolvimento e o crescimento econômicos do País, observado o disposto no parágrafo único do art. 170 da Constituição Federal: (...) III - definir livremente, *em mercados não regulados*, o preço de produtos e de serviços como consequência de alterações da oferta e da demanda; (...)

A necessidade de criação de critérios técnicos nos preços dos serviços regulados pela Antaq, quando esses são manifestamente abusivos, tais como se verifica na cobrança da sobre-estadia de contêiner, com valor superior ao da carga transportada, ou na armazenagem portuária, com preço superior ao da carga armazenada, requer uma discussão prévia via Análise de Impacto Regulatório por meio da contribuição da AED, para evitar abusos por parte do regulador, no prestador de serviço e no usuário. Afinal, o que é um serviço com preço módico quando se trata de sobre-estadia de contêiner ou de armazenagem portuária? A AED pode ajudar a responder tal pergunta.

2.2. POSSIBILIDADES DE USO DA AED NO TRANSPORTE MARÍTIMO: SOBRE-ESTADIA DE CONTÊINER

Antes de tudo, é relevante conceituar a modicidade nos preços e tarifas no setor de transporte marítimo e serviços portuários. Aquela é um critério do serviço adequado, nos termos dos normativos a seguir.

A Resolução 62/2021, da Antaq, aprova a norma que dispõe sobre os direitos e deveres dos usuários, dos agentes intermediários e das empresas que operam nas navegações de apoio marítimo, apoio portuário, cabotagem e longo curso, e estabelece infrações administrativas, e assim dispõe no inciso VII, do art. 3º, que trata da *modicidade* como critério do *serviço adequado*:

> Art. 3º Os transportadores marítimos de longo curso e cabotagem e os agentes intermediários devem observar permanentemente, no que couber, as seguintes condições para a prestação do serviço adequado:
>
> (...)
>
> VII - *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, permitindo o melhoramento e a expansão dos serviços, além da remuneração adequada; e

Por sua vez, o inciso I, do art. 8º, do referido normativo, é cristalino quanto ao critério da modicidade como direito básico do usuário de transporte marítimo:

> Art. 8º São direitos básicos do usuário, sem prejuízo de outros estabelecidos em legislação específica e no contrato:
>
> I - receber serviço adequado com observância dos padrões de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, pontualidade e modicidade;

E não poderia ser diferente, ao tipificar o não cumprimento dos critérios de serviço adequado como infração administrativa, conforme o inciso II, do art. 27 da mencionada resolução:

> Art. 27. Constituem infrações administrativas de natureza média: (...)
>
> II - não cumprir os critérios de serviço adequado descritos nesta Resolução, exceto quando a conduta infracional se enquadrar em tipo específico contemplado nesta Resolução: multa de até R$ 100.000,00 (cem mil reais);

Ademais, a Resolução n° 62/2021, da Antaq, define sobre-estadia de contêiner no inciso XXII, do art. 2º, da seguinte forma:

> Art. 2º. Para os efeitos desta Resolução são estabelecidas as seguintes definições: (...)
>
> XXII - sobre-estadia de contêiner: valor devido ao transportador marítimo, ao proprietário do contêiner ou ao agente transitário pelos

> dias que ultrapassarem o prazo acordado de livre estadia do contêiner para o embarque ou para a sua devolução;

O combate à abusividade no valor da sobre-estadia de contêiner, seja no embarque (*detention*), seja no desembarque (*demurrage*), tem sido um dos mais controvertidos, tendo em vista o atraso no embarque ou no desembarque por motivos alheios à vontade do usuário, o que faz com o valor da cobrança seja muito superior ao do contêiner usado ou até mesmo da carga.

Essa externalidade negativa é constatada pelo Prof. Dr. Norman Augusto Martínez Gutierrez (2018, p. 4), Coordenador do Mestrado e Doutorado em Direito Marítimo Internacional, do *International Maritime Law Institute* da Organização Marítima Internacional, ao prefaciar livro sobre o tema:

> O objetivo dos autores foi identificar que afetam especialmente o Brasil e propõem soluções pragmáticas aos problemas expostos. Isso é de suma importância, já que se trata de um dos países com maior quantidade de cobranças judiciais de *demurrage* de contêineres do mundo e onde as condenações são as de valor mais elevado.

Evidências empíricas demonstram o valor cobrado pelo agente intermediário ou pelo transportador marítimo é bem superior a eventual perda de receita decorrente da não disponibilidade do contêiner por parte do usuário, prejudicando aqueles, especialmente quando a sobre-estadia não é cobrada pelo transportador marítimo efetivo, gerando um enriquecimento sem causa por parte daquele que cobra, pela assimetria de informação, com receita superior ao do próprio transportador efetivo.

Sobre o problema da limitação do preço da sobre-estadia,[10] destaca-se que a Antaq promoveu a Audiência Pública n°. 13/2021 - Tema 2.2 da Agenda Regulatória 2020-2021, cujo objetivo é desenvolver metodologia para determinar abusividade na cobrança de sobre-estadia de contêiner, tendo submetido para contribuições relatório de Análise de Impacto Regulatório (AIR), que assim concluiu (BRASIL, Antaq, 2020):

> 307. Diante do exposto, conclui-se que:
> a) o problema regulatório analisado restringe-se a cobrança de *demurrage* efetuada pelo transportador perante o consignatário;
> (...)
> d) tratando-se da natureza jurídica da *demurrage*, entende-se que esta se adere ao Código Civil e consiste em cláusula penal moratória;

[10] Destaca-se que o transportador marítimo não só de contêiner, mas de todos os tipos de produtos, assim como de passageiros, possui o gerenciamento do risco através do instituto da limitação da responsabilidade civil, de modo que, pelo princípio da isonomia, é razoável que o usuário deve ter direito a uma limitação no preço da sobre-estadia. Sobre o tema: CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de; MARTINEZ GUTIERREZ, Norman Augusto. **Limitação da responsabilidade civil no transporte marítimo.** Rio de Janeiro: Renovar, 2016.

> e) é lícita cumulação da *demurrage* com a indenização por lucros cessantes, desde que convencionado entre as partes, nos termos do art. 416, parágrafo único, do Código Civil, sendo necessário comprovar a extensão do dano;
> f) A experiência internacional mostra que: 1) a interpretação jurídica da sobre-estadia como cláusula penal moratória é factível; 2) as propostas regulatórias sugeridas a Diretoria Colegiada por meio deste relatório de AIR se adequam as práticas do FMC; 3) a pesquisa exploratória de preços não permite afirma taxativamente se os preços de sobre-estadia cobrados nos portos brasileiros são abusivos ou não, mas, diante das ressalvas metodológicas, vê-se que os preços de sobre-estadia pesquisados nos portos de Santos, Buenos Aires, Antuérpia, Roterdã, Cingapura e Xangai, apontam, de forma geral, para valores brasileiros em linha com os valores estrangeiros;
> g) após análise de custo-benefício-risco, sugere-se que a Antaq adote as seguintes ações: 1) definição da natureza jurídica; 2) pesquisa periódica sobre aos valores cobrados como sobre-estadia; 3) procedimento para análise dos casos concretos.
> h) em termos de instrumentos regulatórios, sugere-se a edição de duas Resoluções: 1) define a natureza jurídica da sobre-estadia; 2) certifica que novos procedimentos internos serão adotados na apreciação dos casos concretos. - Pedro Henrique Soares - Especialista em Regulação de Serviços de Transportes Aquaviários - Pedro Celso Rodrigues Fonseca - Especialista em Regulação de Serviços de Transportes Aquaviários.

Como visto, verifica-se a importância da AED como ferramenta que pode contribuir para a identificação de critérios para evitar a abusividade da sobre-estadia de contêiner.

2.3. POSSIBILIDADES DE USO DA AED NOS SERVIÇOS PORTUÁRIOS: ARMAZENAGEM E INSPEÇÃO NÃO INVASIVA (INI)

A regulação econômica da Antaq abrange o transporte aquaviário e os serviços portuários. Nesse setor, o modelo de regulação implantado é o mesmo daquele, ou seja, liberdade de preços, sem limites, mas com a garantia do usuário, se prejudicado por qualquer preço abusivo, provocar a agência, para que ela analise o caso concreto, e aplique o preço teto. Ocorre que, embora previsto na Resolução n° 75/2021,[11] desconhece-se metodologia para definir qual o critério a ser adotado.

[11] De acordo com o normativo: "Art. 1º Estabelecer obrigações para a prestação de serviço adequado, bem como definir as respectivas infrações administrativas, para as administrações dos portos organizados, os arrendatários de áreas e instalações portuárias, os operadores portuários e os autorizatários de instalações portuárias, nos termos da Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, e da Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013".

Tal como na Resolução n° 62/2021, da Antaq, o serviço adequado por meio do critério da modicidade é um direito do usuário, assim como a observância do preço-teto (*price cap*), desde que estabelecidos pela Antaq, nos termos do inciso I, do Art. 2º, e do inciso VII, do art. 4º, da Resolução n° 75/2022, *in verbis*:

> Art. 2º. São direitos básicos e deveres do Usuário, sem prejuízo de outros estabelecidos em legislação específica e contratualmente: I - receber serviço adequado: a) com observância dos padrões de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia, *modicidade*, respeito ao meio ambiente e outros requisitos definidos pela ANTAQ;
>
> Art. 4º A autoridade portuária, o arrendatário, o autorizatário e o operador portuário devem observar permanentemente, sem prejuízo de outras obrigações constantes da regulamentação aplicável e dos respectivos contratos, as seguintes condições mínimas:
>
> VII - modicidade, adotando tarifas ou preços em bases justas, transparentes e não discriminatórias aos usuários e que reflitam a complexidade e os custos das atividades, observando as tarifas ou *preços-teto*, desde que estabelecidos pela ANTAQ;

Cabe mencionar que a observância do preço-teto não tem qualquer relação com tabelamento de preço, pois se trata de ferramenta usada pelo regulador de infra-estrutura em outros países, para evitar abusos. Ela foi desenvolvida no Reino Unido nos anos 1980 e, desde então, as empresas privadas prestadoras de serviços de infraestrutura devem aderir a tal modelo, inclusive nos Estados Unidos. Essa ferramenta basicamente possui quatro objetivos:

(i) O regulador estabelece um conjunto de preços-teto para o serviço regulado, e o regulado pode oferecer os seus serviços com qualquer preço desde que igual ou inferior ao preço-teto. O regulador pode também estabelecer um preço-mínimo para evitar a concorrência desleal.
(ii) O regulador pode criar grupos de serviços em cestas de serviços e estipular um preço-teto para todos ou um preço-teto para cada serviço.
(iii) O regulador pode ajustar um preço-teto com base na mudança de preços da indústria ou na produtividade. A estratégia é para refletir um preço que proporcione uma concorrência.
(iv) O regulador pode revisar periodicamente o preço-teto, assim como a fórmula ou revisar as margens de lucro da empresa regulada.

A regulação de preços em setores concentrados e horizontalizados, como o de transporte marítimo e de serviços portuários, não é tarefa fácil, especialmente diante da assimetria de informação, de forma que deve ser feita com cautela e por meio do uso da AED. Para Alfred Kahn (1988, Chapter 2, 20-I), "*price regulation is the heart of public utility regulation*".

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, o objetivo desse artigo foi apresentar a AED, ainda que em breves notas, assim como possibilidades do seu uso no setor regulado pela Antaq, qual seja, o transporte marítimo de contêiner e os serviços portuários. Deve-se ressaltar a curva de aprendizagem da Antaq ao longo dos últimos dez anos, e o esforço para dar efetividade ao marco regulatório no setor, que é complexo e tem fundamento constitucional (art. 174), com grandes assimetrias de informação e concorrenciais, além de transnacional.

A escolha do tema e dos institutos da sobre-estadia de contêiner e de armazenagem portuária foi efetuada tão somente com a finalidade de apresentar o problema, a exigir do regulador ferramenta mais sofisticada para a regulação de preços e tarifas em mercados regulados que, ainda que permitam a liberdade de preço, os mesmos, quando abusivos, exigem critérios técnicos para a sua limitação.

A limitação da sobre-estadia de contêiner vem sendo discutida no âmbito da Antaq, e o preço-teto, ainda que existente na Resolução n° 75/2022, ainda carece de metodologia que possa equilibrar os interesses do operador portuário, de um lado, e do usuário, de outro lado.

Diante desse cenário, o uso da Análise Econômica do Direito pode contribuir para a efetividade do serviço adequado, através da definição de critérios que possam equilibrar os interesses e reduzir as externalidades negativas, decorrentes do modelo de regulação econômica (*ex post*) atualmente adotado no setor, em que pese o esforço da Antaq para dar efetividade ao serviço adequado.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Antaq. Relatório de AIR. Processo nº 50300.010899/2020-14. Disponível em:<www.antaq.gov.br>. Acesso em: 15 ago. 2021.

CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. **Introdução ao Direito e Desenvolvimento – Estudo comparado para a reforma do sistema judicial.** Prefácio do Prof. Dr. Celso Campilongo. Brasília: Editora do Conselho Federal da OAB, 2004.

COASE, Ronald H. **The Nature of the Firm.** Economica, 1937.

DA SILVA, José Everton. **A proteção do conhecimento tradicional associado sob a lógica da Análise Econômica do Direito: uma questão constitucional baseada na dignidade da pessoa humana.** Tese de Doutorado em Ciência Jurídica. Itajaí: Univali, 2016.

KAHN, Alfred E. **The Economics of Regulation – Principles and Institutions.** Cambridge, London: MIT, 1988.

MARTINEZ GUTIERREZ, Norman Augusto. Prefácio. **In:** CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. (org.). **Teoria e Prática da Demurrage de Contêiner.** São Paulo: Aduaneiras, 2018.

PORTO, Antônio José Maristrello. Princípios de Análise do Direito e da Economia. **In: FGV Direito Rio. II Programa de Capacitação Docente em Direito e Economia,** 2021.

POSNER, Richard A. Some Uses and Abuses of Economics in Law. **University of Chicago Law Review**, v. 46, nº 2, Winter 1979, p. 288-291.

SEIDENFELD, Mark. **Microeconomics Predictates to Law and Economics.** Ohio: Anderson Publishing Co, 1996.

SHAVELL, Steven. **Foundations of Economic Analysis of Law.** Cambridge, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2004.

YEUNG, Luciana. Empresas, Consumidores e Mercados: Fundamentos Microeconômicos. **In: FGV Direito Rio. II Programa de Capacitação Docente em Direito e Economia,** 2021.