

RECEBIDO EM: 13-09-2016

APROVADO EM: 01-06-2017

A REGULAÇÃO ECONÔMICA DA ATIVIDADE DE PRATICAGEM: MARCOS NORMATIVOS E ANÁLISE DE CASO SOBRE AS FALHAS DE MERCADO

***THE ECONOMIC REGULATION OF THE PRACTICE
ACTIVITY: REGULATORY FRAMEWORKS AND CASE
ANALYSIS ON MARKET FAILURES***

Clarissa Sampaio Silva

Doutora em Direito pela Universidade de Lisboa

Professora da Universidade de Fortaleza

Advogada da União

SUMÁRIO: Introdução; 1 Da natureza da atividade de praticagem no contexto da Constituição e da Lei 9.537/97; 2 Dos fundamentos normativos da regulação do serviço de praticagem e suas finalidades; 3 As falhas do mercado: situações ensejadoras de regulação econômica; 4 A verificação de ocorrências das falhas de mercado quanto à atividade; 4.1 O poder de mercado; 4.2 Informações assimétricas; 4.3 Externalidades negativas; 4.4 Bens públicos; 5 Conclusões; Referências.

RESUMO: O presente artigo trata regulação econômica do serviço de praticagem, propondo-se a investigar, primeiramente, a natureza e o regime jurídico ao qual ele se encontra submetido, tanto no contexto constitucional da ordem econômica e do setor portuário, quanto no da legislação. Observar-se-á, a seguir, o exercício da atividade de regulação por parte do Estado sobre o tal domínio, identificando seus marcos normativos, finalidades e as falhas de mercado apontadas pela doutrina e que, por meio de análise de caso concreto, serão identificadas no setor em foco. A partir de tais elementos, pretende-se demonstrar a legitimidade da atuação da Comissão Nacional de Praticagem de fixar preços máximos para os serviços, em substituição ao anterior regime de livre negociação entre os agentes econômicos.

PALAVRAS-CHAVE: Regulação Econômica. Praticagem. Competência. Finalidades.

ABSTRACT: This article deals with the economic regulation of the pilotage service, proposing to investigate , first, the nature and the legal regime to which it is subjected , both in the constitutional context of the economic order and the port sector, as in the legislation .Then, it will be discussed , the exercise of regulatory activity by the state on such a field, identifying their regulatory frameworks , finalities and market failures identified by the doctrine which,, will be identified in a concrete setting related to piloting, by means of a case study. Based upon these elements, the article aims to demonstrating the legitimacy of the National Commission Acting Pilotage for establishing maximum prices for services , replacing the previous system of free negotiation between economic agents .

KEYWORDS: Economic Regulation. Piloting. Competence. Finalities.

INTRODUÇÃO

O estabelecimento de regulação econômica sobre o serviço de praticagem, mediante a substituição de um modelo de livre negociação de preços entre os atores econômicos pela fixação de preços máximos pela Comissão Nacional de Praticagem, traz consigo o debate sobre a legitimidade de semelhante forma de intervenção na ordem econômica pelo Estado.

A adequada abordagem de tal questionamento deve, primeiramente, considerar a natureza e o regime da atividade de praticagem no contexto da Ordem Econômica constitucional, do setor portuário e da Lei n. 9.537/97, que trata da segurança do transporte aquaviário em águas de jurisdição nacional.

De acordo com o art.14 da referida lei o serviço de praticagem possui o caráter de essencialidade, cabendo à Autoridade Marítima a competência para fixação de seus preços.

A regulação da atividade de praticagem, por sua vez, apenas pode se dar para assegurar a disponibilidade permanente do serviço ou seria possível a incidência da regulação para correção de falhas de mercado eventualmente identificadas? Pretende o presente trabalho buscar resposta para tal indagação.

Coloca-se, pois, a questão se referida atuação estatal pode se dar, apenas, para assegurar a disponibilidade permanente do serviço ou se finalidades outras podem ser obtidas mediante a regulação econômica, conduzindo, assim, à correção de possíveis falhas de mercado, no tocante à atividade de praticagem.

A partir de uma análise de caso, e portanto, sendo utilizados elementos dele retirados, buscou-se identificar a ocorrência das falhas de mercado quanto à prestação do serviço de praticagem, com vistas a, dentro dos marcos normativos constitucionais, legais, regulamentar e apreciar a legitimidade da regulação econômica.

1 DA NATUREZA DA ATIVIDADE DE PRATICAGEM NO CONTEXTO DA CONSTITUIÇÃO E DA LEI 9.537/97

O texto constitucional prevê como competências materiais da União relacionadas ao setor portuário a de explorar diretamente ou mediante autorização, permissão e concessão “os serviços de transporte aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado do

Território”, bem como o de explorar, também pelas mesmas formas, os portos marítimos, fluviais e lacustres, de acordo com seu art. 21 alíneas d) e e).”

A disciplina sobre a segurança do tráfego aquaviário em águas de jurisdição nacional, por sua vez, é feita pela Lei n. 9.537, de 11 de dezembro de 1997, cujo Capítulo III é dedicado à atividade de praticagem, conceituada como “o conjunto de atividades profissionais de assessoria ao Comandante requeridas por força de peculiaridades locais que dificultem a livre e segura movimentação da embarcação.”

De acordo com a doutrina¹ há registro milenar sobre a praticagem, podendo ser conceituada como:

A atividade pela qual um profissional, com alto grau de qualificação, devidamente habilitado, embarca em um navio para prestar apoio ao comandante durante a navegação em zonas críticas, entradas e saídas de portos, manobras de atracação e desatracação, fundear e suspender.²

Referida atribuição, por sua vez, cabe ao prático, como tal considerado o “aquaviário não tripulante que presta serviços de praticagem embarcado” (art. 20, XX da Lei n. 9.537/97), e cuja habilitação depende da aprovação em exame e estágio de qualificação, de acordo com os requisitos estabelecidos pela Autoridade Marítima, responsável por fixar os requisitos para a manutenção e tal condição, e, também pela regulação da atividade de praticagem. (art. 4, II). Por sua vez, o prático tanto pode atuar individualmente, quanto organizar-se em associações ou ser contratado por empresas.

A regulamentação da atividade de praticagem, considerada pela Lei como essencial, “deve estar permanentemente disponível nas zonas de praticagem estabelecidas” (art. 14 da Lei n. 9.537/97) é feita pelo Decreto nº 2596, de 18 de maio de 1998, havendo, posteriormente, com o advento do Decreto nº 7.860 de 2012³, sido criada a Comissão Nacional de Praticagem, com atribuições para estabelecer a regulação técnica e econômica daquela.

1 Como exemplo em Uhr, na Caldeia, há quatro mil anos haviam práticos, embora a organização da praticagem no plano institucional tenha ocorrido na Grã Bretanha, no sec. XVI, durante o reinado de Henrique VIII. Já em Portugal, com D. Duarte (1433-1438) há referência aos pilotos práticos, que tanto atuavam nas expedições junto à Armada ou no comércio marítimo. No Brasil, o primeiro serviço de praticagem foi organizado por meio de decreto do Príncipe Regente em 1808. CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino; POFFO, Daniel. Aspectos Jurídicos destacados das responsabilidades civil e administrativa do prático. In: *Direito Marítimo*. Temas Atuais. Belo Horizonte: Forum Editora, 2012. p. 66 a 69.

2 Ibidem, p. 61

3 Art. 1º Fica criada a Comissão Nacional para Assuntos de Praticagem, com o objetivo de propor:
I - metodologia de regulação de preços do serviço de praticagem;

A definição da natureza jurídica e, conseqüentemente, do regime da atividade de praticagem deve partir da distinção feita, no contexto da Ordem Econômica da Constituição Federal, entre exploração de atividade econômica, com seus cânones de liberdade de iniciativa e livre concorrência, nos termos do art.170, caput, IV e a prestação de serviços públicos, em relação aos quais há um dever de atuação estatal⁴, nos termos do art.175, sob um regime de direito público.

As atividades que são consideradas serviço público constam, em princípio, da própria CF, embora a doutrina⁵ entenda pela possibilidade de lei qualificar outras como tal.

Além da referida dicotomia, há um terceiro grupo, enquadrando-se nele “aquelas *atividades* consideradas essenciais ou prioritárias à comunidade, não titularizadas pelo Estado, cuja regularidade, acessibilidade e disciplina transcendem necessariamente a dimensão individual, obrigando o Poder Público a controlá-las, fiscalizá-las e incentivá-las de modo particularmente intenso. Por sua vez, as atividades privadas de interesse público “são proclamadas em lei ou diretamente pela Constituição.”⁶

Embora não haja aqui a titularidade estatal, com as obrigações de serviço público tradicionalmente reconhecidas pela legislação, sendo, portanto, atividades livres à iniciativa privada, a lei ordinariamente impõe que a fiscalização e sua *regulação* pelo Poder Público seja *minudente e tutelar*.⁷

No âmbito da legislação ordinária, a Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989, que dispõe sobre o direito de greve, enuncia uma série de ⁸atividades

II - preços máximos do serviço de praticagem em cada Zona de Praticagem;

III - medidas para o aperfeiçoamento da regulação do serviço de praticagem em cada Zona de Praticagem; e

IV - abrangência de cada Zona de Praticagem.

Parágrafo único. As propostas serão submetidas à Autoridade Marítima para homologação.

- 4 Dentre do campo da exploração econômica encontram-se também aquelas exercidas pelo Estado, em regime de monopólio, por força da Constituição, como é o caso do art.177, que trata do setor petrolífero.
- 5 Paulo Modesto “Reforma do Estado, formas de prestação de serviços ao público e parcerias público privadas: demarcando as fronteiras dos conceitos de serviço público, serviços de relevância pública e serviços de exploração econômica para as parcerias público-privadas.” *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, n. 2, maio/jun./jul. 2005, p.5. Em obra de referência, por sua vez, Eros Roberto Grau retoma uma noção material de serviço público, entendendo deverem ser assim consideradas aquelas que atendem a interesses sociais, de modo que não é o regime jurídico o definidor de quais atividades são consideradas serviços públicos, mas a própria natureza delas. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2002. p.162.

6 *Ibidem*, p. 17.

7 *Ibidem*, p.19.

8 *Ibidem*, p.17.

consideradas essenciais.⁹ Portanto, em relação a elas impõem-se, durante o movimento, além da prestação daqueles serviços considerados indispensáveis para a coletividade, ou seja, aqueles que atendem às suas necessidades inadiáveis, a comunicação do movimento com antecedência mínima de 72 (setenta e duas) horas.

A listagem de referidas atividades compreende algumas que são consideradas serviço público, como telecomunicações, bem como outras livremente exercidas pelos particulares, como distribuição e comercialização de medicamentos, alimentos e serviços funerários.

Quanto ao serviço de praticagem, apesar de ser desempenhado por particulares, restando assegurada àqueles devidamente habilitados a liberdade de exercício profissional, a Lei nº 9.537/97 enquadrou-o como atividade essencial.

O caráter de essencialidade e a obrigação de disponibilidade permanente da atividade de praticagem constituem importantes dados para a definição da sua natureza jurídica e do regime jurídico ao qual se encontra submetida, pois, embora não tenha sido aquela tratada como serviço público, sendo assegurado ao prático, devidamente habilitado perante a Autoridade Marítima, o livre exercício da profissão, nos termos do art. 13 da Lei 9.537/97, não se pode considerá-la inteiramente sujeita às leis do mercado.

Com efeito, em todos os Estados há um controle estatal, nos aspectos técnico e econômico, sobre o serviço de praticagem, quer tenha ele sido organizado como service público ou, como no Brasil, executado por particulares organizados em associações ou sindicatos.¹⁰

9 Art. 10 São considerados serviços ou atividades essenciais:

- I - tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis;
- II - assistência médica e hospitalar;
- III - distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos;
- IV - funerários;
- V - transporte coletivo;
- VI - captação e tratamento de esgoto e lixo;
- VII - telecomunicações;
- VIII - guarda, uso e controle de substâncias radioativas, equipamentos e materiais nucleares;
- IX - processamento de dados ligados a serviços essenciais;
- X - controle de tráfego aéreo;
- XI compensação bancária.

10 CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino; POFFO, Daniel. Aspectos Jurídicos destacados das responsabilidades civil e administrativa do prático. In: *Direito Marítimo. Temas Atuais*. Belo Horizonte: Forum, 2012. p.67.

Indaga-se, portanto, se do caráter de essencialidade do serviço de praticagem, tal como referido em lei, seria possível também retirar a justificativa para a incidência de regulação econômica sobre ele.

Tais reflexões, por sua vez, devem ser feitas dentro do contexto do setor portuário brasileiro na Constituição de 1988, que contempla o tema dos portos não mais apenas com enfoque na arrecadação tributária e na segurança nacional, como nas constituições anteriores, tendo-lhe acrescido o aspecto da “atividade econômico empresarial cujo desenvolvimento estratégico é cometido ao Estado”.¹¹

2 DOS FUNDAMENTOS NORMATIVOS DA REGULAÇÃO DO SERVIÇO DE PRATICAGEM E SUAS FINALIDADES

A regulação de dado setor da economia implica a intervenção do Estado na qualidade de agente normativo, o qual exerce, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”, de acordo com a redação art.174 da CF.

A regulação implica atuação externa ao exercício de atividades econômicas,¹² havendo uma separação entre regulador e regulado, cabendo ao primeiro a formulação das regras que irão incidir sobre aquelas, a

11 ARAÚJO, Luiz Eduardo Diniz; ECHEVERRIA, Carolina Lages. O Setor portuário brasileiro e sua disciplina jurídica. *Revista da AGU*, ano 14, n. 03, Brasília-DF jul/set, 2015, p. 153/181.

12 Na doutrina brasileira, Marçal Justen Filho compreende a regulação como atuação do Estado como “árbitro das atividades privadas”, e não mais como agente econômico, como o fora na era do Estado do Bem Estar. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2000. p. 21. Não destoa de tal entender Carlos Ari Sundfeld, para quem a regulação, como característica de certo modelo econômico, ou seja, de uma política econômica, implica não o exercício por aquele de atividades empresariais, mas de sua intervenção no mercado “utilizando instrumentos de autoridade.” *Serviços Públicos e Regulação Estatal. Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000. p.23. Em igual sentido: “A idéia de regulação está indissociavelmente ligada à separação entre o exercício direto de atividades econômicas e a formulação de regras de funcionamento delas.” SILVA, Clarissa Sampaio. *Legalidade e Regulação*. Belo Horizonte: Forum, 2005. p.20. Na doutrina brasileira Ricardo Marcondes Martins ressalta, a partir da análise do art.174 da CF e sua acepção técnica, o caráter externo da atividade de regulação, de modo que trata da regulação administrativa como “atividade estatal voltada aos particulares, à esfera de liberdade destes, muito embora entenda que o excepcional exercício de atividades econômicas pelo Estado, nos termos autorizados pelo art. 173 da CF, constitua uma forma de regulação, dentro do princípio subsidiariedade. *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Malheiros, 2011. p.115 e p. 268 e ss. Na doutrina portuguesa Vital Moreira adere ao conceito de regulação como intervenção estatal na economia por outras formas que não a participação direta no exercício de atividades de tal natureza, compreendendo o condicionamento, a coordenação e a disciplina da atividade econômica privada. In: *Auto Regulação Profissional e Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1997. p.35. Da mesma forma, Saldanha Sanches, para quem a regulação significa forma de

respectiva fiscalização e a sanção por seu descumprimento. Ou seja, o estabelecimento das regras do jogo é feito por quem dele não é participante, até mesmo como condição para o favorecimento de uma livre concorrência.

A regulação administrativa, por sua vez, é feita por meio de várias técnicas, como meios normativos, atos administrativos concretos, medidas consensuais e informativas para condicionar o comportamento dos agentes econômicos, implicando, a partir do estabelecimento de normas sobre dado setor da economia, nos termos do art.174 da CF, não o estabelecimento de uma normatividade abstrata, mas a realizações de “ponderações no plano concreto,”¹³ ou seja, a escolha, diante de situações específicas, das medidas regulatórias que se fizerem cabíveis.

No tocante ao aspecto finalístico, consoante esclarece a doutrina¹⁴, a regulação pode ter objetivos econômicos, considerando a atividade em si, abrangendo aspectos como ingresso dos atores no mercado, preços, quantidade e natureza dos produtos, bem como objetivos sociais, exteriores à atividade econômica, como proteção ambiental e direito dos consumidores.

Por meio da regulação, busca portanto o Estado assegurar a regularidade do mercado, a garantia da livre concorrência e ainda a defesa de outros interesses consagrados pela ordem jurídica constitucional e que poderiam ser afetados pelo livre e irrestrito desenvolvimento de dada atividade.¹⁵

A regulação, mesmo a econômica, possui, portanto, finalidades que vão além da prevenção de perigos que os agentes econômicos possam causar ao mercado, aos consumidores, não funcionando apenas como limite negativo das atividades dos particulares, mas buscando também a otimização, o equilíbrio de dado setor, a composição de interesses, a defesa de um sistema complexo.¹⁶

atuação em que Estado não assume diretamente o exercício de atividades econômicas. In: A Regulação: História de um breve conceito. *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, 2000, p. 20.

13 MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação Administrativa à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Malheiros, 2011.

14 MOREIRA, Vital. *Auto-regulação profissional e Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1997. p.39

15 SALDANHA SANCHES. A Regulação: História de um breve conceito. *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, 2000. p. 5.

16 MAS, Joaquín Tornos. La Actividad de Regulación. In *El Derecho Administrativo em el Umbral del Siglo XXI*. Valencia: Tirant no Blanch, 2000, p. 1336.

No tocante ao plano legal da regulação da atividade de praticagem, sua previsão encontra-se no art.14, I e II da Lei n. 9537/97,¹⁷ que se refere, respectivamente, à possibilidade de fixação do número de práticos para cada zona, bem como dos preços dos serviços.

Já o Decreto nº 7.860/2012 criou a Comissão Nacional de Praticagem com a finalidade de estabelecer a “metodologia de regulação de preços, a fixação dos preços máximos de praticagem em cada zona, bem como a previsão de medidas para o aperfeiçoamento da regulação de semelhante serviço.” (art. 1, I, II e III).

A alteração de um regime de liberdade de negociação entre práticos e tomadores, com a fixação *ad hoc* dos preços dos serviços pela Autoridade Marítima no caso de divergências e do sistema do *price cap*, no que diz respeito ao procedimento, observou, por sua vez, as exigências de legitimação da atuação da Administração Pública por meio de uma busca de consensualidade.

Com efeito, por meio de Consultas Públicas, a Comissão Nacional de Praticagem disponibilizou os valores sugeridos para cada serviço, resultantes, por sua vez, de “metodologia específica desenvolvida, aplicável a todas as Zonas de Praticagem no país.

As Consultas Públicas ensejariam a demonstração de eventuais equívocos na metodologia e nos critérios adotados pela Comissão Nacional de Praticagem para estabelecimento dos valores máximos por serviços constantes das tabelas das diversas zonas, com possibilidade de aperfeiçoamento e adequação das propostas feitas por aquela.

A despeito da tentativa de consenso acima referida, no caso da atividade de praticagem, as finalidades que podem ser perseguidas por meio da regulação têm sido objeto de diversas ações ajuizadas por associações profissionais, questionando a possibilidade de a Comissão Nacional de Praticagem realizar a fixação dos preços dos serviços, com arguição, assim, da inconstitucionalidade do Decreto nº 7.860/2012.

17 Art. 14. O serviço de praticagem, considerado atividade essencial, deve estar permanentemente disponível nas zonas de praticagem estabelecidas.

Parágrafo único. Para assegurar o disposto no caput deste artigo, a autoridade marítima poderá:

I - estabelecer o número de práticos necessário para cada zona de praticagem;

II - fixar o preço do serviço em cada zona de praticagem. (grifos nossos)

De acordo com o entendimento que vem sendo defendido em juízo pelas associações de praticagem,¹⁸ a fixação de preços dos serviços pela Comissão Nacional apenas poderia ocorrer para fins de assegurar a sua disponibilidade permanente, conclusão resultante da leitura combinada do caput do art. 14 da Lei 9.537/97, com seu inciso II, de modo que, não se estando diante de situação de risco de interrupção do serviço, deveria vigorar a livre fixação dos preços entre as tais como decorria do art. 6º, II e III Decreto n. 2596/98,¹⁹ revogado pelo Decreto n 7.860/2012.

Dentro de tal perspectiva, o Decreto n. 7.860/2012 teria exorbitado dos limites do Poder Regulamentar, ao admitir à Comissão Nacional de Praticagem a fixação de preços supostamente fora da única hipótese prevista em lei, qual seja, o risco de interrupção da prestação do serviço.

Tal linha de raciocínio, todavia, implica significativa diminuição da força normativa do art. 174 da CF, contrariando referido princípio próprio da interpretação constitucional,²⁰ ao reduzir o potencial da regulação à mera manutenção do serviço. Desta forma, despreza-se toda uma gama de objetivos que podem ser atingidos por meio da regulação e que são consentâneos com uma ordem econômica fundada não apenas na livre iniciativa, mas também na valorização do trabalho humano (CF, art.170), tendo como princípios, dentre outros, a livre concorrência (inciso IV), a defesa do consumidor (inciso 170, V), a defesa do meio ambiente (inciso VI) e a redução das desigualdades sociais e regionais (inciso VII) e desprezando, também, o próprio tratamento constitucional dado ao setor portuário.

Inadmissível, assim, que um serviço considerado por lei essencial fique imune à regulação econômica, mormente *quando* forem identificadas no seu desempenho *Market failures* que necessitem correção, fazendo com

18 Como exemplos de ações movidas com a finalidade de discutir a legitimidade da regulação econômica podem ser citadas as seguintes: Ação Ordinária nº 00112094.20.2014.4.02.5100- 5ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro; Mandado de Segurança nº 0000646.50.2014.4.02.5101- 1ª Vara Federal do Estado do Rio de Janeiro; Agravo de Instrumento nº 010.2837-53.2014.4.02.0000- Tribunal Regional Federal da 5ª Região;

19 Os incisos do decreto revogado que estabeleciam o regime de livre negociação e preços possuíam a seguinte redação: “a remuneração do serviço de praticagem abrange o conjunto dos elementos apresentados no inciso I, devendo o preço ser livremente negociado entre as partes interessadas, seja pelo conjunto dos elementos ou para cada elemento separadamente”, e “nos casos excepcionais em que não haja acordo, a Autoridade Marítima.

20 Pelo princípio da força normativa da Constituição, segundo Konrad Hesse, “na resolução de problemas jurídico-constitucionais, deve ser dada preferência àqueles pontos de vista que, sob o respectivos pressupostos, proporcionem às normas Constituição força de efeito ótimo.” *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1998. p.68.

que, ao ser aquele exercido dentro de um legítimo patamar regulatório, promova a realização de valores como aumento da competitividade, redução de preços e desoneração da cadeia produtiva.

3 AS FALHAS DO MERCADO: SITUAÇÕES ENSEJADORAS DE REGULAÇÃO ECONÔMICA

Para além da identificação dos fundamentos normativos, bem como das finalidades que a regulação deve realizar, faz-se necessário analisar as situações que ensejam seu exercício, compreendendo aquelas que apresentam falhas de mercado, impedindo a competição perfeita.

E, dentre as principais falhas de mercado, podem ser apontadas as seguintes: *poder de mercado*, *informação assimétrica*, *externalidades e bens públicos*, cabendo atentar para cada uma delas.

O poder de mercado designa situações de controle de preços e que ora pode estar nas mãos dos vendedores, caracterizando-se, assim o monopólio, ora pode estar nas mãos dos compradores, configurando o monospômio. Como estratégias para a correção de tal falha podem ser utilizadas as seguintes medidas de intervenção estatal: a) proibição de fusão de empresas; b) fixação de preços; c) apropriação pública do monopólio ou estatização.

Já a assimetria de informações diz respeito ao grau diverso de conhecimento daqueles envolvidos em dada relação econômica, podendo ser representada em “situações em que o comprador e o vendedor detem informações diferentes sobre uma transação.”²¹

As externalidades referem-se a efeitos positivos (benefícios) ou negativos (custos) involuntariamente gerados por dada atuação econômica, não considerados para a fixação de preços e que acabam levando a uma alocação inadequada de recursos.

Por fim, os bens públicos são considerados falhas de mercado na medida em que são usufruídos sem rivalidade ou competição, o que finda por fazer com que os usuários adotem a posição de “carona”(free riders), sempre no aguardo de que outros financiem tal item.

21 MARTINS, op. cit., p.106.

4 A VERIFICAÇÃO DE OCORRÊNCIAS DAS FALHAS DE MERCADO QUANTO À ATIVIDADE

Dentro da perspectiva metodológica de análise de caso, em que se dispõe de um “conjunto de informações acerca de um grupo, organização, comunidade, fato ou fenômeno que podem ser analisadas com propósitos diversos”,²² passar-se-á, no presente tópico, a analisar a ocorrência de falhas de mercado, no contexto da atividade de praticagem, tal como apurado no âmbito do processo n 08002669720154058100²³, em trâmite perante a 3ª Vara Federal do Estado do Ceará.

Ou seja, não se está aqui a analisar de forma abstrata e nem generalista possíveis falhas de mercado no exercício da atividade de praticagem, mas sim a identificação delas a partir de específica situação concreta.

Tratou-se de ação proposta contra a União, pela empresa Ceará Marine Pilots, a qual reúne praticos da Zona de Praticagem do Estado do Ceará (ZP-05), centrando-se o pedido principal na determinação para que a Comissão Nacional para Assuntos de Praticagem (CNAP) se abstenha de praticar, através de quaisquer de seus órgãos ou servidores (em especial a Autoridade Marítima), todo e qualquer ato que importe na fixação de preço para os serviços de praticagem prestados pela promovente, garantindo, assim, seu direito de negociar livremente sua remuneração com os tomadores de serviço.

Serão verificados dados constantes de prova documental, bem com testemunhal, produzida tanto pela parte autora quanto pela parte ré no que diz respeito à ocorrência de falhas de mercado, acima descritas.

Considerando, todavia, que a tese central da parte autora é a ausência de previsão legal para realização da regulação econômica que não seja para assegurar a disponibilidade permanente do serviço, as provas por ela produzidas não tiveram por objetivo afastar a ocorrência de falhas de mercado, procurando, contudo, demonstrar a plena eficiência do serviço em si.²⁴

22 GIL, Antônio Carlos. *Estudo de caso*. São Paulo: Atlas, 2009. p.4.

23 Disponível em: <<http://www.jfce.jus.br/PJE>>.

24 A sentença de primeiro grau, proferida aos 16/02/2017, por sua vez, não analisou a questão sob a ótica da ocorrência de falhas de mercado, centrando-se na tese de que o decreto presidencial teria exorbitado dos limites do poder regulamentar, já que a regulação da atividade de praticagem apenas poderia ocorrer para assegurar sua permanente disponibilidade. O dispositivo da sentença restou assim redigido: “julgo procedente, em parte, o pedido desta ação, a fim de declarar a ilegalidade do art. 1º, inciso II, do Decreto 7860/12, ficando afastada qualquer medida de fixação de preço do serviço de praticagem, salvo quando a

4.1 O PODER DE MERCADO

De acordo com a Nota Técnica n. 87/2013²⁵, da Secretaria de Políticas Portuárias, a regulamentação técnica do serviço de praticagem é bastante minuciosa, “dada a relevância deste serviço para garantir a segurança da navegação em águas restritas, a preservação da vida humana no mar e a prevenção de impactos ambientais”. Desta forma, as características de tal serviço fazem com que o respectivo mercado “guarde mais semelhanças com mercados em concorrência imperfeita”, os quais podem levar ao exercício de poder de mercado.

No caso do serviço de praticagem, verificava-se, em muitas situações, não uma livre negociação de preços, mas uma imposição pelo tomador, “com consequências negativas para a comunidade marítima e para o interesse público”, de modo que entre 2010 a 2012 a Autoridade Marítima necessitou intervir para fixar preços, consoante as diversas portarias editadas.

Por ocasião da audiência de instrução, de acordo com o depoimento prestado pela testemunha da União,²⁶ obteve-se a seguinte informação: *“o mercado com barreira de entrada (como o é o da Praticagem), por si já delimita esse mercado. Mercado com características de barreira de entrada idealmente deveria ser regulado economicamente falando como o é tecnicamente.”*

Explicita a testemunha não haver o Brasil adotado o modelo argentino, *“em que qualquer um pode manobrar navio”*, enquanto que, aqui, o mercado da praticagem *“não é concorrente nem de um lado e nem de outro. Existe Market power de um e outro lado. No mercado brasileiro o Market power é exercido com maior pressão pela praticagem. Valores são um pouco maiores do que a média mundial.”*

Por sua vez, a própria *regulação técnica “exerce algum impacto sobre a regulação econômica. Fórmula para garantir a habilitação, manutenção dos práticos e isonomia de acesso ao mercado. Item que influencia a forma de remuneração.”*

intervenção da autoridade marítima se fizer necessária para assegurar a disponibilidade permanente do serviço de praticagem, na forma do art. 14, parágrafo único, inc. II, da Lei Federal n.º 9.537/97.”

25 Disponível em: <<http://www.jfce.jus.br/PJE>>.

26 Link de acesso aos depoimentos da audiência <<http://drsweb.jfce.jus.br/DRSWebJFCE/?NumeroProcesso=0800266-97.2015.4.05.8100&DataAudiencia=201504291400&DataAcesso=201504291615&Hash=bf36ea56a9d3aad0e0d65d8d53a8fc92>>.

Ou seja, considerando as características do modelo de praticagem adotado pelo Brasil, a própria existência de barreiras de entrada já justifica, por si só, a regulação econômica, tal como é feita a regulação técnica, a qual, inevitavelmente, já produz efeitos sobre a econômica.

E, dentre as várias técnicas adotadas, diante de um mercado com características monopolistas, adotou o Brasil o sistema do “Price Cap”, havendo o modelo regulatório sido embutido no próprio Decreto, utilizando a metodologia, basicamente, 3 (três) itens: custos, estrutura de referência e remuneração do prático.

4.2 INFORMAÇÕES ASSIMÉTRICAS

Com base no art. 14, II da Lei 9.537/96 e art. 1, II do Decreto n. 7860/2012, o antigo sistema de fixação ad hoc de preços de praticagem foi substituído pelo sistema de fixação de preços teto (“Price Cap”), “com a utilização de critérios matemáticos para a fixação dos preços, conforme parâmetros e metodologia específica desenvolvida, aplicável a todas as Zonas de Praticagem no país, de acordo com informações constantes da Nota Técnica n. 87/2013, produzida pela Secretaria de Políticas Portuárias.

A sistemática unificada, por sua vez, teve como objetivo “eliminar as assimetrias metodológicas, assegurando a adequada remuneração de todos os práticos no país.

Consoante explicitado pela testemunha da União, as informações a respeito do custo da praticagem, remuneração dos práticos para fins de elaboração das respectivas tabelas apresentadas nas diversas consultas públicas levadas a efeito, em cada zona de praticagem, para fixar os respectivos preços, basearam-se no mercado norte americano, pois era “o que de mais consistente se tinha em termos de remuneração, sendo os Estados Unidos referência para o comércio mundial. Além do que os EUA “são um país de dimensão continental como a nossa, com portos em quantidade e igualmente diversificados.”

A busca de referências junto ao mercado americano ocorreu pelo simples fato de que, aqui no Brasil “não tínhamos referência nem de custos, nem de remuneração, ninguém nos informava. Apesar de não sabermos quanto ganha um prático brasileiro dá pra fazer alguma estimativa baseado nas tabelas fixadas entre associações de praticagem. Também por estimativa dá para fazer alguma inferência. Há negociações entre diferentes associações.”

Ou seja, a *ausência de transparência nos preços da praticagem e em, especial, na remuneração do prático* significa, decerto, *assimetria de informação*, de tal forma que as diferenças entre os valores *propostos nas diversas tabelas e aqueles efetivamente praticados representam UMA ESTIMATIVA*, pois, como pontuou a testemunha da União “os valores são diferentes segundo se estima”. E continua:

Falam muito que os valores estão aquém, mas não falam o que se deve acrescentar. Não nos é informado se deve ser acrescentado mais isso, isso, isso.

Há uma grande preocupação digo, que é não piorar o que está funcionando. Para que isso aconteça é preciso alinhamento de informação. Eliminar assimetria de informação. O fato de os dados terem sido colocados em Consulta Pública mostra o desejo de apurar esses valores.

A ausência de transparência na remuneração dos práticos fica bastante evidenciada no depoimento da testemunha da autora, a respeito da indagação feita pelo Senhor Juiz sobre os ganhos dos práticos:

O grande foco da CNAP é o ganho do prático. Alguns ganham menos do que R\$ 20.000,00 (vinte mil) outros mais do que R\$100.000,00. O valor máximo *não posso dizer* porque não é em Santos.

Sobre sua remuneração:

Pro labore de R\$ 30.000,00 (trinta mil) reais por mês. O *resto* é distribuição de lucro.

Não é plausível que se chegue de uma hora para outra à redução de 60%, 70%, 80% da receita de uma empresa.

Em torno de quanto seria esse *resto* distribuído a título de lucro? Qual o parâmetro para que se possa dizer que, com a aplicação das tabelas de preços máximos sugeridos pela CNAP, haverá redução de 60% a 80% do faturamento das empresas de praticagem?

Enfim, não pode ser admitida *assimetria de informação* em relação a *serviço considerado como essencial*, sendo que, de acordo com a testemunha da União “o que se está a fazer é colocar regulação econômica num setor em que não existia.”

4.3 EXTERNALIDADES NEGATIVAS

A regulação econômica da atividade de praticagem tem por objetivo permitir que ela venha a “gerar lucros considerados normais, de modo que o Estado exerça seu papel de gerador de bem-estar econômico `a sociedade”, nos termos da Nota Técnica expedida pela Secretaria de Políticas Portuárias. E, como os valores de tais serviços praticados no Brasil “são um pouco maior do que a média mundial”, o seu realinhamento vem impedir a produção de efeitos negativos na cadeia produtiva.

Os objetivos da regulação econômica da praticagem, de acordo com a testemunha da União, são, além da modernização dos portos, a “*busca pela excelência, eficiência, no caso, eficiência econômica, aumento da capacidade geral dos portos, alinhamento do Brasil em relação às melhores práticas. Em termos de custo Brasil é item em que podemos ter manobra.*” Ainda segundo esclarece o assistente da Secretaria dos Portos:

Se você tem o valor de um serviço que está majorado quem deve estar pagando? Se o produto transita de A para B e é agregado valor ao longo da cadeia, quem paga é o tomador. Então o impacto da praticagem é projetado na cadeia. Embora o impacto da praticagem seja pequeno na cadeia é a parcela gerenciável. Alguns elementos da cadeia são gerenciáveis. A praticagem é um que é passível de regulação tanto econômica como tecnicamente.

Assim, a regulação econômica da praticagem pretende “*alinhar os custos do serviço aos custos praticados internacionalmente*”, sendo que, no Brasil, “*os valores são um pouco maiores do que a média mundial.*”

Diversamente da praticagem, já não é um elemento gerenciável da cadeia o *frete internacional*, pois, de acordo com o assistente da Secretaria dos Portos isso “*provocaria sumiço dos navios dos portos. Não tenho conhecimento de frete marítimo regulado. Mercado internacional comanda esse jogo.*”(mencionar o autor da citação que está entre aspas)

Assim, a despeito de os preços da praticagem não terem, consoante reconheceu a própria testemunha da União, grande impacto nos custos portuários, *por serem elemento gerenciável* podem sofrer a incidência da regulação econômica, eliminando *externalidades negativas*, como o é a transferência para a cadeia produtiva, de um valor indevido e que pode ser minorado.

4.4 BENS PÚBLICOS

A atuação do prático assim pode ser descrita: Utiliza-se, além da lancha e da atalaia,²⁷ da infraestrutura aquaviária do porto, que compreende os canais, a bacia de evolução, a área de fundeio. O porto, por sua vez, realiza a integração logística o transporte marítimo e o terrestre, sendo considerado “infraestrutura essencial em rede, com algumas características de monopólio natural”, tendo em vista tanto as limitações de área para duplicação de suas estruturas, quanto a necessidade de elevados aportes financeiros para sua instalação e manutenção, atraindo, ainda usuários cativos.

Servindo-se a praticagem de parte da infraestrutura de um monopólio natural, e que não é por ela financiada, configura-se mais uma falha de mercado que enseja a incidência da regulação econômica\

Essas são, em essência, as falhas do mercado que justificam a regulação econômica do setor de praticagem, devidamente fundamentada, por sua vez, na Constituição, na lei em ato normativo.

5 CONCLUSÕES

O tratamento constitucional dado ao setor portuário engloba a previsão da competência material da União para explorar, diretamente ou mediante outorga, os portos marítimos e fluviais, bem como os serviços de transporte aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites entre Estados, inserindo-se, no contexto da segurança de tal forma de transporte, o serviço de praticagem.

Embora situe-se tal atividade no campo próprio das atividades econômicas, o ingresso e permanência no mercado daqueles que exploram o serviço de praticagem encontram-se submetidos a controle estatal, cuidando a lei de segurança do transporte aquaviário de atribuir-lhe o caráter de essencialidade com obrigação de disponibilidade permanente, cabendo à Autoridade Marítima a prerrogativa de fixar seus respectivos preços.

A substituição do regime de liberdade de negociação de preços entre os agentes econômicos envolvidos na atividade de praticagem pelo regime de preços máximos (price cap), os quais são estabelecidos pela Comissão Nacional de Praticagem, em virtude da revogação do art. 6 do Decreto

27 Art. 6º do Decreto n. 7.860/2012. “O serviço de praticagem é constituído de prático, lancha de prático e atalaia.”

2596/98 pelo Decreto 7.860/2012 fez surgir o judicializado debate sobre a legitimidade de tal atuação, se apenas para assegurar a disponibilidade permanente do serviço, ou se para atingir finalidades outras.

Neste contexto, a atuação do Estado como agente normativo da economia, prevista no art. 174 da CF, densificada, por sua vez, por normas legais regulamentares, fundamenta a realização da regulação econômica para corrigir falhas de mercado, que são: o poder econômico, a assimetria de informações, as externalidades negativas e os bens públicos, todos significativamente presentes na hipótese estudada, considerando-se que a perspectiva metodológica empregada foi a de análise de caso

Assim, tanto os marcos normativos quanto as falhas de mercado legitimam a realização da regulação econômica do serviço de praticagem para atingir finalidades coetâneas com os princípios da ordem econômica, em que, além da livre iniciativa, há também princípios outros, valorização do trabalho humano, a livre concorrência, a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades sociais e regional.

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Luiz Eduardo Diniz; ECHEVERRIA, Carolina Lages. O Setor portuário brasileiro e sua disciplina jurídica. *Revista da AGU*, ano 14, n. 03, Brasília-DF jul./set. 2015, p. 153/181.
- CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino; POFFO, Daniel. Aspectos Jurídicos destacados das responsabilidades civil e administrative do prático. In: *Direito Marítimo. Temas Atuais*. Belo Horizonte: Forum, 2012.
- GIL, Antônio Carlos. *Estudo de caso*. São Paulo: Atlas, 2009.
- GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- HESSE, KONRAD. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação Administrativa à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Malheiros, 2011.

MAS, Joaquín Tornos. La Actividad de Regulación. In: *El Derechp Administrativo em el Umbral del Siglo XXI*. Valencia: Tirant no Blanch, 2000.

MODESTO, Paulo. “Reforma do Estado, formas as de prestação de serviços ao público e parcerias público privadas: demarcando as fronteiras dos conceitos de serviço público, serviços de relevância pública e serviços de exploração econômica para as parcerias público-privadas.” *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, n. 2, maio/jun./jul. 2005, *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, n. 2, maio/jul. 2005, p.1-42.

MOREIRA, Vital. *Auto-regulação profissional e Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1997.

SALDANHA SANCHES. A Regulação: História de um breve conceito. *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, 2000.

SILVA, Clarissa Sampaio. *Legalidade e Regulação*. Belo Horizonte: Forum, 2005.

SUNDFELD, Carlos Ari. Serviços Públicos e Regulação Estatal. *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.

