

Cade, Antaq e SSE: necessidade de reafirmar o que já está consolidado

No próximo dia 10 de junho, o Tribunal Administrativo do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) terá diante de si uma oportunidade rara: a de reafirmar, com todas as letras, um entendimento que ele próprio construiu ao longo de duas décadas de amadurecimento regulatório. Está pautado o julgamento do Recurso Voluntário nº 08700.005723/2018-57 [1], no qual se discute a revisão de medida preventiva que, desde 2018, proíbe um terminal portuário de cobrar pelo Serviço de Segregação e Entrega de Contêineres (SSE) — a cobrança que seus opositores denominam de “THC2” para sugerir uma duplicidade que simplesmente não existe.

Essa controvérsia surgiu em cenário de vácuo regulatório, o qual foi preenchido após um trabalho conjunto dos órgãos competentes. Não obstante, alguns agentes ainda concluem pela ilicitude *per se* do SSE, justamente por se apoiarem em uma fotografia desatualizada desse percurso que (como se ainda estivéssemos em 2005). O julgamento que se avizinha é, portanto, a oportunidade de oferecer, a partir de quem detém a competência e a expertise para tanto, o dado atual e correto.

Do vácuo regulatório de 2005 à cobrança expressamente regulada de 2019

A tese de que o SSE seria um ilícito concorrencial nasceu em 2005, no julgamento do Processo Administrativo nº 08012.007443/1999-17.

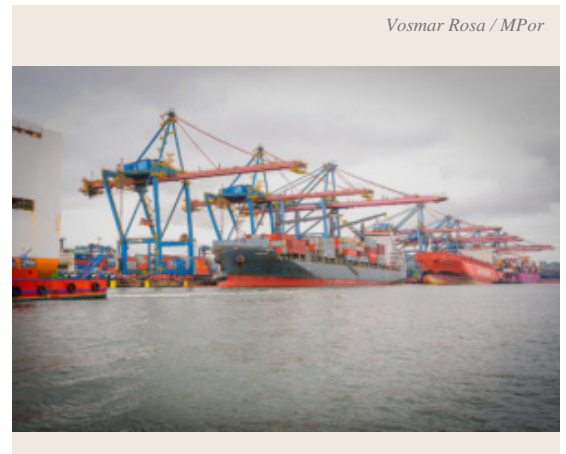
Já nessa origem, registre-se, foi enfrentada — e rejeitada — a alegação de que a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq) gozaria de uma espécie de imunidade antitruste, capaz de blindar o setor portuário do escrutínio concorrencial. Pelo contrário, consolidou-se a premissa que até hoje rege a matéria: a Antaq possui competência para regular o setor portuário, e o Cade possui competência para apreciar, sob a ótica concorrencial, os problemas que dessa regulação possam emergir. Trata-se de competências complementares ao invés de excludentes.

Elencada tal premissa, o Cade constatou que os operadores portuários possuem posição dominante no mercado e, como o SSE não possuía qualquer previsão regulatória que o autorizasse, a cobrança foi reputada um ilícito *per se*. Ou seja, havia um vácuo, e foi sobre ele que se assentou o juízo de ilicitude.

A partir do julgamento do Cade, a Antaq fez exatamente o que se esperava de uma agência reguladora diligente: evoluiu a sua normatização em observância ao que apontava a autarquia concorrencial. Consequentemente, na Resolução nº 34/2019, a Agência não só previu expressamente a possibilidade de cobrança do SSE, como também incluiu disposições visando à proteção da concorrência no setor portuário.

A consequência lógica é inescapável. Se o juízo de ilicitude *per se* de 2005 repousava, em boa medida, sobre a anomia regulatória, o preenchimento desse vácuo retira-lhe a própria base. Não há como sustentar que uma cobrança expressamente prevista em norma da agência reguladora seja ilícita pela simples existência (especialmente no ordenamento pátrio, em que ilícitos *per se* são exceção). A partir daí, em consonância com o sistema de defesa da concorrência pátrio, o SSE só pode ser reputado um ilícito concorrencial mediante a constatação de efeitos anticompetitivos concretos, aferidos caso a caso por meio da regra da razão.

E foi precisamente esse o caminho trilhado pelo próprio Cade. Em dois julgados proferidos em 2021 — PA nº 08700.005499/2015-51 e RV nº 08700.004935/2020-31, os primeiros posteriores à Resolução nº 34/2019 — o Tribunal afastou a regra *per se* e adotou a regra da razão, reconhecendo que a validade do SSE deve ser aferida pelos seus efeitos concretos, nos termos do artigo 36 da Lei nº 12.529/2011. No mesmo ano, o Cade pactuou com a Antaq e o Memorando de Entendimentos nº 1/2021, a fim de que a cobrança “*não seja considerada, por si só, um ato ilícito*”. E, em 2022, o Departamento de Estudos Econômicos do Cade elaborou amplo estudo (Nota Técnica nº 29/2022/DEE) que concluiu, sem rodeios ou ressalvas, que “*não há motivos para considerar a cobrança da THC2 ou Serviço de Segregação e Entrega como ilícito*”, existindo, ao contrário, “*justificativa lícita para a cobrança*”, com possível risco de subsídio cruzado como decorrência de sua proibição.



Em resumo: depois de anos de cooperação institucional, os posicionamentos do Cade e a Antaq convergiram. Tendo da Antaq regulado o setor em observância às preocupações do Cade, o órgão de defesa da concorrência e a agência reguladora do setor passaram a falar a mesma língua, em prol da racionalidade e da necessidade do SSE.

O STJ, a imunidade antitruste e o erro de premissa

Foi nesse cenário de convergência que a controvérsia chegou ao STJ, nos Recursos Especiais nºs 1.899.040/SP e 1.906.785/SP, julgados em conjunto pela 1ª Turma em outubro de 2024. O enfoque principal, ali, era exatamente aquele que o Cade já havia resolvido em 2005: a existência, ou não, de uma imunidade antitruste da Antaq.

E o STJ acertou no ponto central. A Corte entendeu, corretamente, que não existe tal imunidade e que o Cade pode, sim, avaliar a regulação setorial sob a ótica concorrencial. Até aqui, harmonia institucional perfeita.

A questão ganhou outro contorno quando a 1ª Turma avançou para o mérito da cobrança. Nesse ponto, a análise tomou como dado que o posicionamento do Cade ainda seria contrário ao SSE — retrato fiel de 2005, mas não do entendimento que o Conselho havia construído até 2024.

Especificamente, acerca do posicionamento do Cade pela ilicitude *per se* do SSE, foram citados apenas os julgamentos do PA nº 08012.007443/1999-17 (de 2005) e do PA nº 08012.003824/2002-84 (de 2016), ambos proferidos antes da existência da Resolução nº 34/2019 da Antaq.

Em um dos votos, também foi citado o julgamento do PA nº 08700.005499/2015-51 (de 2021), mas unicamente em relação à falta de isenção antitruste da regulação da Antaq, sem que tenha sido feita qualquer consideração acerca do afastamento da ilicitude *per se* da cobrança e aplicação da regra da razão que ocorreu naquele julgamento.

Sobre essa premissa, reconheceu-se a configuração de ilícito concorrencial, na modalidade compressão de margens (*price squeeze*), em deferência ao que se supôs ser a orientação do órgão concorrencial.

Vale sublinhar que a deferência judicial ao posicionamento técnico de órgãos especializados é não apenas correta, mas profundamente desejável: é o que assegura que decisões de elevada complexidade sejam guiadas por quem domina a matéria. O ponto sensível, portanto, não está na opção por deferir, e sim no descompasso entre a premissa adotada e a posição efetivamente vigente no CADE àquela altura, dado que a autarquia concorrencial já concordava com a Antaq pela ausência de ilicitude *per se* na cobrança do SSE.

Daí a importância de que essa posição seja afirmada de forma inequívoca pelo próprio Conselho, para que não reste margem a leituras desatualizadas.

A trajetória subsequente apenas reforça essa necessidade. No AREsp nº 1.728.913/SC (segundo momento em que a 1ª Turma se debruçou sobre o tema, com julgamento concluído em dezembro de 2025), o descompasso de premissa do primeiro julgamento (REsps nºs 1.899.040 e 1.906.785) foi expressamente trazido pelas partes aos autos.

Os votos divergentes capturaram com precisão o que os órgãos imbuídos de *expertise* portuária e concorrencial entendem: a racionalidade da cobrança, a existência de serviços específicos efetivamente prestados, o respaldo regulatório da Antaq e, sobretudo, a evolução do entendimento do Cade no sentido de que o SSE não constitui ilícito em abstrato, devendo eventuais abusos ser apurados caso a caso.

Contudo, a orientação que prevaleceu no julgamento manteve a conclusão anterior da Turma, agora com o fundamento de que o Judiciário “*não está vinculado às interpretações administrativas das autarquias*”. Isto é, em um primeiro momento, a deferência ao Cade foi o esteio da conclusão, mas posteriormente a mesma deferência deixou de ser invocada.

Spacca



Esse deslocamento revela que a premissa sobre o entendimento do Conselho ocupa papel central no deslinde da controvérsia. Conseqüentemente, é de suma importância que haja manifestação inequívoca da autarquia concorrencial.

Isso, porque, ainda que o Poder Judiciário, evidentemente, possa julgar como melhor entender, impõe-se que ele seja municiado dos dados corretos, oriundos dos órgãos especializados.

STF reconhece a racionalidade regulatória

Enquanto isso, o Supremo Tribunal Federal (STF) escrevia outro capítulo. Ao apreciar o Mandado de Segurança nº 40.087/DF, a 2ª Turma da Corte anulou, à unanimidade, o acórdão do Tribunal de Contas da União em que havia se invalidado a Resolução Antaq nº 72/2022 por entender que o SSE seria ilícito, restabelecendo-se a plena eficácia da regulação setorial.

O STF, porém, foi além da questão de competência. Ao percorrer minuciosamente toda a história do SSE e do processo regulatório que o conformou, o voto condutor concluiu pela racionalidade da escolha da Antaq, destacando que a agência editou as suas resoluções “*de forma transparente e adequada*”, com amplas audiências públicas, e que a última delas “*conta com normas expressas em defesa da concorrência, sem retirar as competências do CADE*”. Mais: consignou expressamente que “*o próprio CADE [...] reconhece que a cobrança do SSE, por si só, não é ilícita*”, entendendo “*pela validade abstrata da rubrica*” e admitindo, apenas, “*a possibilidade de controle da cobrança caso a caso*”.

Vale dizer: a mais alta Corte do país, debruçada sobre o histórico completo da matéria, leu corretamente a evolução regulatória empenhada pelo Cade e Antaq nas últimas décadas.

Recente convergente (re)ratificação do posicionamento do Cade e o recurso voluntário em pauta

Os capítulos mais recentes dessa história mantiveram o mesmo sentido aqui exposto, com uma série de manifestações do Cade favoráveis à ausência de ilicitude *per se* no SSE.

Judicialmente, provocados a se manifestar como *amici curiae* no Recurso Especial nº 1.886.501/SP, o Cade e a Antaq apresentaram manifestação conjunta ratificando que, após toda a evolução aqui narrada, ambos os órgãos convergem no entendimento de que “*não é possível, em abstrato, indicar a ocorrência de infração à ordem econômica pela simples existência da cobrança, a afastar a adoção da regra do ilícito per se*”.

No âmbito administrativo, por sua vez, a Superintendência-Geral do CADE opinou pelo arquivamento de duas denúncias referentes ao SSE (PAs nºs 08700.003050/2019-81 e 08700.007049/2018-45), justamente pela falta de ilicitude do SSE.

E é exatamente nesse contexto que o Recurso Voluntário nº 08700.005723/2018-57 chega à pauta do Cade. Naqueles autos, pretende-se a reavaliação de medida cautelar que havia sido imposta pela autarquia concorrencial em 2018, proibindo a cobrança do SSE de determinado agente.

E, como bem consignou o Parecer nº 2/2026 da Procuradoria Federal Especializada junto ao Cade (PFE-Cade), elaborado especialmente para subsidiar esse julgamento, trata-se de uma oportunidade para que o Tribunal reconheça o amadurecimento regulatório em parceria com a Antaq ao longo de anos.

O parecer é cristalino em três pontos que merecem destaque. Primeiro: nenhuma das decisões do STJ proferidas até o momento vincula o Cade, dado que não foram proferidas em recurso repetitivo, não têm efeito *erga omnes*, e o Cade nem sequer foi parte nas lides entre particulares. Além disso, destaca-se que nenhuma transitou em julgado até agora.

Segundo: a própria PFE-Cade reconhece que, “*nos anos recentes, tem preponderado o entendimento pela aplicação da regra da razão na aferição da validade da SSE, afastando-se o juízo de ilicitude per se*”.

Terceiro: com o preenchimento do vácuo regulatório pelas Resoluções da Antaq — agora respaldadas e com vigência restabelecida pelo STF, com ratificação expressa da racionalidade da escolha da Agência —, “*a ausência de norma não mais pode ser utilizada pelo CADE como fundamento*” para condenar a cobrança. Cai, assim, o pilar sobre o qual se erguera todo o edifício de 2005.

Necessidade de reafirmação do Cade na condição de órgão especializado em matéria concorrencial



O quadro, conseqüentemente, não poderia ser mais favorável para a reafirmação da evolução regulatória empenhada pelo Cade.

Afinal, ainda que tenha partido de premissas desatualizadas, o próprio STJ reforçou a necessidade de deferência ao órgão em matéria concorrência. Por isso, o julgamento do recurso voluntário é uma excelente oportunidade para o conselho reafirmar o seu lugar institucional como órgão máximo de entendimento especializado sobre defesa da concorrência no Brasil, ao reiterar a ausência de ilicitude *per se* na cobrança do SSE, conforme sua jurisprudência, o farto material técnico produzido pelo Departamento de Estudos Econômicos e as recentes recomendações da Superintendência-Geral.

Nesse cenário, o reconhecimento da ausência de ilicitude *per se* da cobrança do SSE está longe de representar um retrocesso regulatório. Pelo contrário, retrocesso seria se o Cade decidisse na contramão de toda a evolução regulatória dos últimos 20 anos (alcançada a partir de amplo material técnico do próprio Conselho e da cooperação institucional com a Antaq) com base em julgado do STJ que se pautou justamente na necessidade de deferência ao entendimento especializado da autarquia, mas com premissa equivocada quanto ao entendimento mais recente do órgão, tomando como atuais julgamentos proferidos em cenário regulatório absolutamente distinto.

A justificativa não é cíclica, com um órgão decidindo por causa do posicionamento do outro em uma espécie de *ouroboros* argumentativo, mas direta: o princípio da deferência judicial, encampado pelo STF e pelo STJ, impõe que o Poder Judiciário respeite o posicionamento técnico dos órgãos especializados. Cabe ao Cade, portanto, com base em sua jurisprudência e no seu setor técnico, expor o entendimento ao qual se deve deferir.

[1] O julgamento estava na pauta do dia 27.mai.2026, mas, na ocasião, foi adiado para a sessão seguinte.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2026-jun-08/cade-antag-e-sse-a-necessidade-de-reafirmar-o-que-ja-esta-consolidado/>