



Universidade de Brasília

Faculdade de Direito

João Pedro Pires Mendonça

Imunidade Antitruste: O Alcance da atuação do CADE no setor portuário.

Brasília

2016

João Pedro Pires Mendonça

Imunidade Antitruste: O Alcance da atuação do CADE no setor portuário.

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília — UnB.
Orientador: Professor Doutor Paulo Burnier da Silveira.

Brasília

2016

Autorizo a reprodução e a divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e de pesquisa, desde que citada à fonte.

Referência: MENDONÇA, João Pedro Pires. Imunidade Antitruste: O Alcance da atuação do CADE no setor portuário. 2016. XX f. Monografia (Bacharelado em Direito)—Universidade de Brasília, Brasília, 2016. Data da defesa: 24.11.2016. Resultado: Aprovada.

BANCA EXAMINADORA

Professor Doutor Paulo Burnier da Silveira (FD-UnB)

Orientador

Professora Doutora Ana de Oliveira Frazão (FD - UnB)

Examinadora

Professor João Paulo Soares Coelho (FD-UnB)

Examinador

"Liberty may be endangered by the abuse of liberty, but also by the abuse of power"

James Madison

*Aos meus caros pais Augusto e Vivianne, por todo amor,
apoio e paciência essencial para as minhas conquistas.*

*Ao meu irmão Arthur, e meu primo de sangue, mas irmão
de coração Francisco.*

AGRADECIMENTOS

Primeiramente deixo meus agradecimentos a minha família, meu pai Augusto, minha mãe Vivianne e meu irmão Arthur, sem o constante apoio e a educação que sempre tive de berço jamais alcançaria as poucas vitórias que já tive, em especial meu bacharelado em Direito. Deixo também uma homenagem especial ao meu primo Francisco, que considero um irmão pela amizade e fraternidade de sempre.

Também deixo meu agradecimento a minha madrinha Ana Cláudia, meus tios Ricardo e Alberto, minha tia Eliana e meus primos Marina, Gabriela e Matheus; além de minhas avós Mônica e Cecília.

Agradeço também ao amigo da família Antônio Carlos Osorio Filho, a pessoa que me inspirou a estudar direito enquanto eu crescia numa família de Engenheiros, Médicos e Sociólogos.

Agradeço aos meus eternos amigos, Bruno Arsky, Davi Barbosa, Eduardo Studart, Filipe Gravia, Flávio Iglesias, Igor Koehne e Otacílio Frota, pelo companheirismo, apoio e amizade que atravessou os anos.

Agradeço a Professora Ana Frazão, por me despertar o interesse no Direito Econômico e no Direito da Concorrência, e por me propiciar minha primeira experiência profissional como Estagiário no Conselho Administrativo de Defesa Econômica, o local em que dediquei boa parte do meu tempo de Graduação.

Agradeço também a Cristiane Landerdahl de Albuquerque pela maravilhosa experiência que tive na Coordenadoria de Análise Antitruste 04 da Superintendência-Geral do CADE, local onde conheci as questões envolvendo o setor portuário e o Direito da Concorrência, sendo o que me motivou a escrever essa Monografia.

Também deixo um agradecimento aos meus colegas de CADE Henrique Felix, amigo a despeito de todas as diferenças ideológicas, a Marcella Oliveira e Luís Lolli pela companhia nas longas horas de trabalho no CADE.

Por último, mas de forma alguma menos importante, deixo um agradecimento imenso ao Professor Paulo Burnier, por toda ajuda e apoio nessa empreitada final da Monografia. Sem uma orientação tão competente este trabalho não seria possível.

Resumo

O presente trabalho foi desenvolvido com o intuito de analisar, doutrinariamente com *State Action Doctrine* e *Pervasive Power Doctrine* e jurisprudencialmente, a atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) no setor portuário, com especial ênfase nos julgamentos envolvendo terminais de contêineres em portos marítimos. A partir desta análise, buscou-se verificar a adequação da atuação do CADE no setor portuário que possui regulação justamente por não ser submetido ao regime de livre mercado, e qual seriam a forma e alcance do CADE para buscar a defesa da concorrência neste contexto. Ao longo da pesquisa, foi constatado que o CADE não reconhece a Imunidade Antitruste para agentes do setor portuário, multando e condenando práticas realizadas por agentes que atuam neste mercado. No entanto houve arquivamentos em alguns processos em função da capacidade regulatória de afastar o regime de geral de concorrência mediante análise critérios do CADE. A partir destes resultados, foram propostos limites de atuação do CADE no setor portuário, e os aspectos a serem analisados para que uma regulação setorial justifique o arquivamento por parte do CADE em face de uma conduta.

Palavras-chave: CADE; ANTAQ, Setor Portuário, *State Action Doctrine*, *Pervasive Power Doctrine*, Concorrência e Regulação.

Sumário

Introdução	07
Capítulo I– Breve Histórico do Direito Antitruste e do Direito Portuário no Brasil	08
2.1 - Breve Histórico do Direito Antitruste Brasileiro.....	08
2.2 - Estrutura do Direito Portuário Brasileiro.....	10
Capítulo II – Doutrinas estrangeiras para resolução de conflitos entre uma política pública e a legislação antitruste e sua aplicação em conflitos entre regulação setorial e antitruste no Brasil.	15
3.1 <i>State action doctrine</i>	16
3.2 <i>A Pervasive Power Doctrine</i>	17
3.3 <i>Noerr-Pennington Doctrine</i>	18
3.4 - Pressupostos analisados pelas cortes americanas para reconhecer imunidade antitruste.....	19
3.5- A movimentação portuária e a cobrança de serviços adicionais ou THC2.....	19
3.6 – Análise do caso de THC2 08012.001518/2006-37.....	22
3.7- Caso do fechamento do Pátio de Contêineres no Porto de Suape.....	24
Capítulo IV – Alcance da aplicação das doutrinas <i>State Action e Pervasive Power</i> na atuação do CADE	31
4.1 - Tensão entre os cenários de competências complementar do CADE e ANTAQ e de Regulação Antitruste feita pelo CADE.....	39
Capítulo V - Conclusão	41
Bibliografia	43

Introdução

Esta monografia de conclusão de graduação em direito tem como objetivo analisar a intervenção do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) no setor portuário. Estudar a delicada relação entre a defesa da concorrência que é relativamente jovem no ordenamento jurídico brasileiro, e a regulação do setor portuário que também só recentemente passou a contar com a participação relevante dos agentes privados. Fazendo assim necessário tentar traçar qual o alcance do direito antitruste no setor portuário.

Foram utilizados como parâmetro de comparação as doutrinas e casos já julgados na Europa e nos Estados Unidos da América. Lugares onde debate envolvendo o alcance da defesa da concorrência em mercados regulados já é discutido a mais tempo e com maior profundidade, contando com decisões de cortes superiores transitadas em julgado, algo que ainda não ocorreu no Brasil.

Além das doutrinas da *State Action* e da *Pervasive Power* e os principais julgados estadunidenses que sedimentaram essas doutrinas foram analisados também julgados europeus acerca na matéria de inconsistência de leis e regulações com direito antitruste comunitário europeu. Também foram analisadas obras de autores brasileiros e estrangeiros sobre tema, a legislação que disciplina o setor portuário e a lei de defesa da concorrência no Brasil.

Analisaram-se também as atuações mais recentes do CADE no setor portuário. Os casos em questão são relacionados a cobrança abusiva de taxas de movimentação portuária - chamadas de *Terminal Handling Charge 2* (THC2) - além do caso mais recente em que o CADE arquivou processo administrativo denunciando a autoridade portuária do Porto de Suape e a empresa Tecon Suape S.A, por infrações à ordem econômica que seriam consequência do modelo de arrendamento do Terminal de Contêineres neste porto.

Ao final do trabalho tentará ser determinado qual o limite da atuação do CADE no setor portuário levando em consideração as leis atuais de defesa da concorrência e de regulação do setor portuário. A Atuação do CADE nesse contexto deve possibilitar a defesa da concorrência ao mesmo tempo em que não invade as competências da Agência Nacional de Transportes

Aquaviários (ANTAQ) e as demais entidades com poder regulatório no setor de transportes aquaviários no Brasil.

Além da análise de qual seria o alcance do CADE no setor portuário, serão buscados quais critérios e testes podem ser usados na avaliação das condutas para garantir a defesa da concorrência sem gerar problemas regulatórios; ao mesmo tempo em que se buscam quais são as características das respectivas regulações que teriam a capacidade de afastar a atuação do CADE nestes casos.

Capítulo I– Breve Histórico do Direito Antitruste e do Direito Portuário no Brasil

2.1 - Breve Histórico do Direito Antitruste Brasileiro

Historicamente o Direito Antitruste sempre foi relegado a segundo plano no direito brasileiro, principalmente em função do modelo de industrialização e desenvolvimento da economia que o país adotou. Se pautando sempre pela profunda intervenção estatal na economia e na sua forte participação direta através empresas públicas.

Somente no Governo Collor em 1991, houve uma necessidade de reestruturar a autoridade antitruste, reflexo da abertura econômica, liberalização da economia e do movimento de desestatização de inúmeras empresas que atuavam sozinhas em setores estratégicos. Essa reestruturação ocorreu por meio da Lei n° 8.158/91, que criou a Secretaria Nacional de Defesa Econômica (SNDE/MJ), que posteriormente teve seu nome alterado para SDE, e passou a funcionar junto ao CADE e a Secretaria de Acompanhamento Econômico no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC).

No entanto com o processo de abertura e desestatização da economia brasileira persistia a necessidade de uma melhor reformulação da defesa da concorrência no Brasil que ocorreu em 1994 no governo de Itamar Franco, por meio da lei n° 8884/94. A lei de 1994 transformou o CADE em autarquia dando mais independência e autonomia a seu funcionamento.

Desde 1994 a atuação da autoridade antitruste brasileira é híbrida¹, atuando em duas frentes como aponta Gaban, agindo no controle de estruturas por meio dos Atos de Concentração,

¹ Gaban, Eduardo. Direito Antitruste/ Eduardo Molan Gaban e Juliana Oliveira Domingues. - 3° Ed - São Paulo: Saraiva, 2012.

prevenindo dessa forma que fusões, aquisições, alienações de ativos e outras operações do gênero resultem no surgimento de empresas detentoras de poder abusivo de mercado.

Já a segunda linha de atuação do CADE, consiste na apuração e repressão a condutas anticompetitivas, sejam condutas unilaterais ou coordenadas (cartéis, por exemplo). No entanto existe ainda uma terceira linha de atuação do CADE atribuída pela Lei n° 8884/94, que é a promoção da cultura da concorrência, e a instrução do público sobre as leis da concorrência.

A advocacia da concorrência e promoção da cultura da concorrência é uma atuação essencial em um país que passava por um momento de profundas reformas econômicas e saía de décadas de profunda intervenção estatal na economia, que por vezes incentivava concorrentes de um mesmo setor a se reunir e ajustar preços, ou criou monopólios estatais em inúmeros setores². A atuação do CADE na vigência da lei 8884/94 foi bem mais relevante do que em seu período de existência anterior a Lei n° 8884/94, somando 7588³ atos de concentração apreciados entre 1996 e 2012, e 860 condutas julgadas no mesmo período.

Em 2011 foi aprovada a Lei n° 12529/11, que reestruturou totalmente o CADE, aumentando seu grau de independência em relação ao Ministério da Justiça, e entre as principais alterações extinguindo a SDE e passando suas atribuições a Superintendência Geral, parte integrante da autarquia ao invés de secretaria do Ministério da Justiça.

O aumento na atuação do CADE após a edição da Lei n° 12529 é altamente perceptível por meio das estatísticas já compiladas, tendo de maio de 2012 a maio de 2016⁴ julgado 1038 atos de concentração, reduzindo o tempo médio de apreciação de um ato de concentração de 154 dias no último ano da lei antiga para cerca de 29 dias nos primeiros quatro anos de vigência da lei nova.

² Acessado em 08/09/2016 <<http://seae.fazenda.gov.br/central-de-documentos/documentos-de-trabalho/documentos-de-trabalho-2002/DocTrab22.pdf>>

³ Pedido de informação n° 08850001847201688 feito a CGU <http://www.consultaesic.cgu.gov.br/busca/dados/Lists/Pedido/Item/displayifs.aspx?List=0c839f31-47d7-4485-ab65-ab0cee9cf8fe&ID=485667&Web=88cc5f44-8cfe-4964-8ff4-376b5ebb3bef>

⁴ Acessado em 08/09/2016 <<http://www.cade.gov.br/noticias/confira-as-estatisticas-do-cade-em-2012>>

No entanto a agência ainda conta inúmeros desafios nos próximos anos sendo um deles a atuação do CADE e aplicação do direito antitruste em mercados regulados, em especial no setor portuário, objeto de análise deste trabalho.

2.2 – Breve histórico da regulação portuária no Brasil

Em função da Constituição Federal de 1988, a atividade portuária é regulamentada pela União por meio de leis federais, conforme as redações dos artigos 21 e 22 da Constituição:

“Art. 21. Compete à União:

XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

f) os portos marítimos, fluviais e lacustres;”

“Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

X - regime dos portos, navegação lacustre, fluvial, marítima, aérea e aeroespacial;”

Até 1991, o setor portuário brasileiro sofria com forte controle do estado por meio da Empresa Brasileira de Portos do Brasil S.A (Portobras), que era a responsável por administrar, coordenar e operar a maioria dos portos em atividade no Brasil. A Portobrás terminou sendo extinta em 1991 por meio da Lei n° 8029/91, em meio a uma crise do setor nos anos 90 e outros inúmeros problemas que o Governo Federal atravessava.

Em 1993 com a Lei n° 8630/93, as companhias de docas e superintendências estaduais passaram a exercer o papel de autoridades portuárias. Foram criados Conselhos de Autoridade Portuária com poder de determinar como se daria a exploração dos portos localmente. As autoridades portuárias estaduais começaram o movimento de passar a operação portuária para o setor privado via licitações e arrendamentos. Em consonância com o que ocorria a época nos demais setores de infraestrutura no país.

Em 2001 foi criada a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ) por meio da Lei n° 10233/01, agência vinculada ao Ministério dos Transportes a ANTAQ tem por objetivo implementar as políticas públicas de transporte aquaviário, juntamente do Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transportes. Além de regular a exploração dos serviços de transporte aquaviário e de infraestrutura portuária exercida por agentes privados.

No ano de 2007 foi criada a Secretaria de Portos da Presidência da República, responsável pela elaboração dos planos gerais de outorgas no setor, aprovação dos planos de desenvolvimento e zoneamento dos portos marítimos, fluviais e lacustres, e a promoção em linhas gerais das políticas públicas no setor de transportes aquaviários.

Em 2012 o governo da ex-presidente Dilma Rousseff deu cabo a uma reforma bastante significativa no setor portuário. A reforma começou com a medida provisória nº 595/2012, que foi posteriormente convertida na Lei nº 12.815/13, chama a partir de então de nova lei dos portos.

Dentre as inúmeras alterações provocadas pela nova lei dos portos vale a pena citar os principais pontos relevantes a esse trabalho que são a concentração ainda maior de poderes na administração pública federal em detrimento das autoridades portuárias estaduais. A alteração do caráter deliberativo para caráter consultivo dos Conselhos de Autoridade Portuária.

Outra alteração relevante foi o fim do controle das Autoridades Portuárias sobre a fixação de valores e arrecadação de tarifas. Também foi extinto o poder das Autoridades Portuárias sobre a exploração das áreas públicas e de uso comum dos portos organizados.

2.2.1 - Principais agentes da atividade portuária:

Porto Organizado:

A figura do porto organizado nada mais é do que inúmeros bens públicos como estruturas que em conjunto servem ao fim da movimentação de pessoas ou bens por meio do transporte aquaviário sob a égide do poder público.

Essas estruturas ficam necessariamente compreendidas dentro de uma poligonal que define a área de porto organizado, sob a qual a autoridade portuária exerce suas competências.

Toda essa infraestrutura de acordo com a lei dos portos é de responsabilidade da união e pode ser explorada de forma direta, ou de forma indireta por meio de concessão⁵. Esta figura foi criada na antiga lei dos portos, no entanto sua descrição na provisão legal se manteve praticamente inalterada, *in verbis*:

⁵ De acordo com Marçal Justen Filho, Concessão de serviço público é a atribuição pelo Estado em favor de um particular da fruição de uma posição jurídica com o cunho de estabilidade.

“Art. 2º Para os fins desta Lei, consideram-se:

I - porto organizado: bem público construído e aparelhado para atender a necessidades de navegação, de movimentação de passageiros ou de movimentação e armazenagem de mercadorias, e cujo tráfego e operações portuárias estejam sob jurisdição de autoridade portuária;

II - área do porto organizado: área delimitada por ato do Poder Executivo que compreende as instalações portuárias e a infraestrutura de proteção e de acesso ao porto organizado; “

Existem atualmente no Brasil⁶ 18 portos organizados com sua gestão delegada a outros entes federados que não a União, e 19 portos marítimos públicos administrados pelas Companhias de Docas existentes no país.

Terminal de uso privado:

Os terminais de uso privado são as instalações portuárias localizadas fora das áreas de porto organizado, operadas e exploradas mediante autorização. Qualquer interessado pode em qualquer momento apresentar um requerimento a ANTAQ para obter a autorização para construir e explorar um Terminal de Uso Privado.

Desde a edição da nova lei dos portos já foram autorizados 67 novos Terminais de uso privado, sinal da demanda de mais instalações portuárias no país, e também uma sinalização de que o setor portuário avança para contar cada vez mais com uma participação maior do setor privado.

Autoridade Portuária:

A autoridade portuária, também chamada de administração portuária⁷ consiste nas Companhias de Docas, que atuam na coordenação dos portos organizados federais. As Companhias de Docas são sociedades de economia mista que tem a União como principal detentora de cotas. Essas Companhias eram as responsáveis por administrar e explorar diretamente os Portos durante a existência do modelo centralizador da Portobrás. Hoje essas Companhias são as responsáveis por coordenar e administrar os portos que são explorados por empresas privadas por meio do regime de concessão.

Existem também os Portos públicos em que a operação foi delegada a um estado ou município, nestes casos a Autoridade Portuária varia desde secretarias do governo do estado até

⁶ Acessado em 12/09/2016 <<http://www.portosdobrasil.gov.br/assuntos-1/sistema-portuario-nacional>>

⁷ (ambas as terminologias são usadas como sinônimos inclusive na própria lei dos portos)

situações como o porto de Porto Alegre em que a Autoridade Portuária é a Superintendência de Portos e Hidrovias do Estado do Rio Grande do Sul, ou mesmo o Porto de Recife no Pernambuco em que a Autoridade é uma sociedade de economia mista com capital majoritário do Governo do estado do Pernambuco.

Conselhos de Autoridade Portuária:

Os Conselhos de Autoridade Portuária são órgãos consultivos da Autoridade Portuária, compostos por representantes da própria autoridade, empresas que atuam no determinado porto e os trabalhadores do porto.

Os Conselhos de Autoridade Portuária não possuem qualquer poder deliberativo ou normativo, atuam apenas na condição de órgão consultivo, e sua composição e atuação são definidas no Art. 20, 1º da Lei nº 12.815/13.

Órgão-Gestor de Mão-de-Obra:

O Órgão-Gestor-de-Mão-de-Obra é uma associação composta pelos operadores portuários de cada porto e tem sua existência e atribuições previstas no capítulo VI da Lei nº 12815/2013. Também são os responsáveis por administrar o fornecimento de trabalhadores no porto organizado. As atribuições do OGMO são inúmeras, entre elas estão manter o cadastro unificado do trabalhador portuário e o registro dos trabalhadores portuários avulsos⁸. Também compete o treinamento, habilitação profissional dos trabalhadores portuários, além da expedição das identificações dos trabalhadores que atuam no porto organizado.

O OGMO ainda é o responsável pela arrecadação e repasse das remunerações, encargos fiscais, sociais e previdenciários devidos aos trabalhadores. Além disso, é importante ressaltar que o OGMO responde solidariamente com seus operadores pelos valores devidos aos trabalhadores portuários avulsos e eventuais indenizações trabalhistas decorrentes de acidentes de trabalho.

O OGMO é a única forma pela qual as empresas atuantes no porto podem requisitar mão de obra, salvo algumas poucas exceções previstas em lei.

⁸ “Compete ao órgão de gestão de mão-de-obra do trabalho portuário avulso: promover a formação profissional e o treinamento multifuncional do trabalhador portuário, bem assim programas de realocação e de incentivo ao cancelamento do registro e de antecipação de aposentadoria” Lei nº 8.630/93 Art. 19, inciso II (Revogada pela Lei nº 1815/93)

Operadores Portuários:

Os Operadores Portuários são as empresas que atuam no porto organizado, podendo ser arrendatárias de infraestrutura portuária. São os agentes responsáveis pela operação do porto, como a movimentação de cargas ou pessoas provenientes de transporte aquaviário nos portos organizados.

Os armadores (empresa operadora do navio que realiza o frete) em regra firmam contratos com operadores portuários para realizar todo o carregamento e descarregamento de seu navio no mesmo terminal de um determinado porto. O Armador paga ao operador portuário pela movimentação vertical do contêiner (do costado do navio ao pátio do porto) por meio de uma remuneração comumente chamada de *box rate*.

A segunda parte da movimentação do volume no porto também é realizada pelo operador portuário, chamada de movimentação horizontal, abrange o trânsito do volume do pátio do porto até a entrega ao dono da carga, essa operação é remunerada através da *terminal handling charge* ou THC de forma abreviada. Suas atividade e obrigações são regulamentadas pela Lei nº 12.815/13 nos arts. 25 e 26. Necessariamente o trabalho empregado pelos operadores portuários tem de ser requisitado do OGMO daquele determinado porto.

A definição das movimentações de carga que remuneram os operadores portuários é essencial para entender a conduta mais discutida no CADE em relação ao setor portuário nos últimos anos.

Armadores:

Os Armadores são as empresas responsáveis pelo transporte marítimo entre portos. As modalidades contratuais mais comuns firmadas entre importadores e exportadores com os armadores são os contratos do tipo FOB⁹ onde o vendedor da carga disponibiliza o volume em um determinado porto para que o frete seja providenciado pelo comprador, os contratos firmados pelos armadores seguem em geral as regras dos contratos *liner terms*, onde os armadores são os obrigados a providenciar as movimentações verticais dos volumes, no entanto como a obrigação do contrato de transporte só finda quando a carga é entregue, o armador contrata o operador

⁹ FOB ou *Free on Board* é uma modalidade de contrato de frete onde o comprador é o encarregado de providenciar o transporte necessário da mercadoria.

portuário para realizar a movimentação horizontal da carga até o local onde o importador ou seu consignatário.

Recintos Alfandegados:

Os recintos alfandegados são locais com autorização necessária para receber cargas que permanecem armazenadas sob fiscalização dos agentes da Receita Federal enquanto esperam o desembarço aduaneiro, estes locais de estocagem podem estar localizados dentro do próprio porto organizado ou terminal, em área próxima ou adjacente ao porto ou mesmo em qualquer parte do território nacional se localizando afastada do porto mais próxima ao destino final da carga.

Capítulo II - Doutrinas estrangeiras para resolução de conflitos entre uma política pública e a legislação antitruste e sua aplicação em conflitos entre regulação setorial e antitruste no Brasil.

A despeito do direito antitruste tender a focar prioritariamente em ações privadas, ou seja, no potencial lesivo de ações deliberadamente tomadas por agentes econômicos no âmbito privado, como por exemplo, acordos entre concorrentes em um mesmo mercado fixando preços, existem inúmeros problemas concorrencias gerados pela ação do estado.

Na realidade alguns autores na economia defendem que inúmeras, se não todas as distorções de mercado, existem ou são ocasionadas pelo próprio governo e pelas leis existentes¹⁰. Isso tende a ser particularmente verdade na situação brasileira, um país que vem de um histórico de profunda intervenção estatal na economia.

Portanto é essencial no atual desenvolvimento do direito antitruste nacional que haja especial preocupação na aplicação da legislação antitruste em situações onde a infração à ordem econômica esteja de qualquer forma surgindo de alguma ação do próprio estado, seja permitindo-a, incentivando-a ou obrigando-a.

A situação de conflito entre uma política pública e a legislação antitruste está longe de ser uma realidade exclusivamente brasileira, sendo extremamente vital uma análise das doutrinas estadunidenses e europeias utilizadas para solucionar estes casos. Os casos de conflitos

¹⁰ FRIEDMAN, MILTON. Capitalismo e Liberdade Ed. Abril, 1984.

entre políticas públicas e legislação antitruste no Brasil são relativamente recentes sem posicionamento definitivo ainda, seja por parte do poder judiciário, ou por entendimento sedimentado pelo CADE.

3.1 *State action doctrine.*

O caso conhecido como *Parker v Brown* (1943) 317 U.S. 351, 352; é um dos mais conhecidos no enfrentamento de uma política pública ou ato do poder público em confronto com uma norma antitruste.

O caso trata de uma situação onde um produtor de uvas passas (Brown) do estado da Califórnia nos E.U.A processou o diretor de agricultura do governo da Califórnia (Parker), sob o pretexto de violação ao *Sherman Act*¹¹ por uma regulação específica no estado da Califórnia onde um comitê composto quase inteiramente de produtores de uvas-passas regularia preços e metas de produção no mercado.

O caso foi por fim extinguido pelo fato de *Brown* ter ingressado com ação contra um agente público, ao invés de mover a ação contra o estado da Califórnia. No entanto o caso ainda sim gerou um precedente extremamente interessante onde a Suprema Corte Estadunidense julgou que o *Sherman Act* não poderia atingir ações levadas a cabo por força de lei, e que a princípio o *Sherman Act* não teve como propósito a limitação da ação do estado, mas sim dos agentes econômicos privados. Portanto foi aberto um precedente baseado na décima primeira emenda à constituição estadunidense e no forte federalismo que o país possui, onde a eficácia de uma lei antitruste federal teve sua atuação afastada por uma política pública estadual.

No entanto é interessante ressaltar que no caso *Parker v Brown* não há uma análise mais sofisticada por parte do judiciário sobre a qualidade, possibilidade ou necessidade do afastamento da norma antitruste federal do caso em análise. Todo raciocínio do caso gira entorno não do ideal de defesa da concorrência, mas sim no fortalecimento e preservação do forte modelo federalista estadunidense.

Portanto dado o contexto histórico dos Estados Unidos e suas características peculiares, a aplicação destas doutrinas deve ser feita com muita cautela na realidade Brasileira

¹¹ Lei antitruste estadunidense

3.2 A *Pervasive Power Doctrine*

Já a *Pervasive Power Doctrine*, foi elaborada para ser aplicada quando ocorrer o conflito entre regulações do governo federal americano, e não entre regulações do estado e do *Sherman Act*, como ocorre no caso da *State Action* tratada anteriormente. Essa doutrina foi palatinamente construída por uma série de decisões judiciais nos Estados Unidos que analisavam setores que praticavam preços públicos sob o controle das *comissions* estadunidenses, a exemplo cita-se o transporte ferroviário e a regulação feita pela *Interstate Commerce Comission*.

A *Pervasive Power Doctrine* estabelece uma análise da regulação setorial que pode ser entendida em duas etapas¹², para definir se aquela regulação possui a capacidade de substituir a legislação antitruste, afastando assim a autoridade antitruste.

Numa situação fática onde a legislação específica de determinada agência reguladora setorial atribui expressamente a aquela agência o dever de aplicar a legislação antitruste, ou onde a é perceptível que a legislação setorial considerou a legislação antitruste ao elaborar a determinada regulação, a atuação da norma antitruste mais geral seria afastada.

Isso se daria pelo fato da atuação daquela determinada agência ser entendida como intensa e bastante presente, ou seja, o estado estaria aplicando uma regra mais específica e mais adequada a uma determinada situação, agindo assim de forma mais aprofundada no caso concreto e efetivamente substituindo de forma mais adequada a legislação antitruste.

Outra situação que ensejaria o afastamento da eficácia da norma antitruste seria quando a legislação federal concede a agência setorial mais especializada uma competência que substitui efetivamente a competência da autoridade antitruste, no intuito de afastar a tutela antitruste naquele determinado setor.

Nesse segundo caso a legislação e as competências da agência são amplas e esparsas. Trata-se de umas hipóteses que em muito se assemelha a *State Action Doctrine*, no entanto abordando uma interação entre regulação setorial e uma legislação antitruste onde ambas estão no mesmo nível hierárquico federativo (ambas do governo federal).

Um dos julgados estadunidenses que aplicam a *Pervasive Power Doctrine*, e que é bastante relevante para o presente trabalho é a ação da *Carnation Co v Pacific Westbound Conference*.

3.3 *Noerr-Pennington Doctrine*

A *Noerr-Pennington Doctrine* é outra doutrina estadunidense relevante à análise deste trabalho pois pode ser usada para compreender como os Estados Unidos enfrentam o problema de captura do legislativo e da ação do executivo na elaboração de normas e leis que afetam o ambiente concorrencial.

A doutrina é uma mistura de dois precedentes da Suprema Corte estadunidense¹³, onde foi conferida uma espécie de imunidade antitruste para ações privadas que tentam agir contra as leis antitrustes por meio de lobby e articulação políticas.

Em ambos os casos houve um entendimento do poder judiciário estadunidense que confere total legalidade para que empresas buscassem influenciar ou até mudar as leis, afim de criar regulações e leis que eximissem ou diminuíssem o alcance da concorrência para com determinadas empresas ou setores.

Em suma os E.U.A criaram uma doutrina que protege o direito de liberdade política e que se baseia no direito de representação para proteger lobbies que tem como propósito que empresas e setores se beneficiem de legislações específicas que afastem a aplicação do *Sherman Act* a elas.

A *Noerr-Pennington Doctrine* junto da *State Action Doctrine* causam um grande incentivo¹⁴ para que as empresas e setores busquem contornar a concorrência por meio de lobby e influência no legislativo. Mais um exemplo de uma doutrina estadunidense no antitruste que tem de ser interpretada com cautela na sua aplicação na realidade brasileira.

3.4 - Pressupostos analisados pelas cortes americanas para reconhecer imunidade antitruste.

¹³ *Eastern Railroad Presidents Conference v Noerr Motor Freight (1961) 365 U.S 127 e United Mine Workers v. Pennington (1965) 381 U.S 657.*

¹⁴ Jordão, Eduardo Ferreira. Blame it on the states: A Comparative analysis of the American and the European State Action Doctrines.

De forma resumida as cortes americanas aplicam uma análise de dois requisitos básicos para reconhecer a imunidade antitruste em um caso de conduta anticompetitiva “autorizada” por uma política pública. Essa análise é comumente chamada de *midcal test* devida a uma análise realizada no caso *California retail liquor dealers v Midcal Aluminium*.

O caso em questão tratava de uma lei no estado da Califórnia que obrigava os produtores de vinho do estado a fixarem os preços a serem praticados pelos revendedores. No entanto apesar da lei ser expressa no sentido de sua intenção, de fazer com que os produtores de vinho tivessem o controle sobre o preço do vinho na revenda, não havia qualquer forma de controle deste preço por parte do estado, nem mesmo em relação a razoabilidade do preço fixado pelo produtor do vinho.

O teste de *Midcal* consiste em um roteiro de análise da *State Action* com elementos comuns pertinentes a *Pervasive Power Doctrine*. Para que a imunidade antitruste seja possível é necessário avaliar se há na política pública em questão a presença de uma expressa intenção do legislador em afastar a concorrência naquela situação, vedando interpretações mais extensivas e criativas de dispositivos dúbios que poderiam ser interpretados de forma a gerar uma imunidade antitruste.

O segundo elemento buscado nesta análise é a presença na lei de alguma forma de supervisão ativa e eficiente sobre os agentes econômicos na situação em que a aplicação da lei antitruste seria afastada. Desta forma garantindo que a imunidade antitruste fosse concedida num contexto em que o interesse público estivesse efetivamente sendo buscado pela norma em questão, e não gerando apenas uma brecha legal para um agente econômico se beneficiar de um abuso “autorizado”.

3.5 - Julgados Europeus.

A Atuação da Corte Europeia de Justiça (CEJ) e sua jurisprudência é bem diferente da estadunidense. A despeito de todas as particularidades da União Europeia, em que a sua legislação antitruste é aplicada a seus estados membros, é notável que a Corte não afaste a eficácia das leis antitrustes com base simplesmente em argumentos de independência plena de ação dos seus estados membros como faz os Estados Unidos em boa parte de seus casos.

Em diversas decisões a Corte Europeia de Justiça faz uma análise mais cautelosa da lei ou política pública específica que está sendo julgada por contrariar a legislação antitruste da União Europeia, estabelecendo roteiros de análise mais cuidadosos e detalhados que os norte americanos.

O primeiro caso interessante a ser citado, e relevante para o objeto do presente trabalho, é o caso C-185/91 *Bundesanstalt für den Güterfernverkehr v Gebrüder Reiff GmbH & Co*. Neste caso foi contestada judicialmente uma política pública do governo alemão, onde as tarifas cobradas para transitar em estradas na Alemanha eram definidas por uma organização privada composta por especialistas indicados pelo ministro dos transportes alemão.

No entanto as nomeações eram feitas conforme indicações das empresas reguladas pelo governo alemão responsável por explorar as rodovias. O prejuízo a concorrência no caso é claro, ao permitir que uma organização privada fosse a responsável por fixar todos os preços praticados na Alemanha.

No entanto o entendimento da CEJ foi de que nesse caso específico não haveria um mau uso de uma política pública para falsear o mercado, pois o poder final de decidir as tarifas continuava nas mãos do governo alemão, já que o ministro tinha a palavra final sobre os preços estipulados pela organização privada, a despeito de não haver registro até então do ministro exercendo esse poder que lhe cabia.

O interessante a ser analisado nesse caso é que já nesse momento, por mais que rasa, a análise da CEJ a respeito da regulação em si é feita nesse caso, e a decisão da corte de não intervir na política pública do governo alemã não vem embasada num argumento mais simples de independência dos membros da União Europeia, mas sim na possibilidade do poder público no caso concreto garantir a prevalência do interesse público no caso. No caso o argumento principal girou entorno do fato de o governo alemão não ter delegado inteiramente o poder de fixar preços uniformes a todo um grupo de concessionários no setor de transportes a uma entidade privada.

Um segundo caso interessante e extremamente relevante ao presente trabalho é o C-35/96 *Commission v Italy* [1998] ECR I-3851, nesse caso o governo Italiano delegou inteiramente ao conselho nacional de despachantes aduaneiros¹⁵ italianos o poder de instituir cobranças

¹⁵ Tradução livre de *Consiglio Nazionale degli Spedizioneri Doganali*.

obrigatórias e o preço a ser praticado por despachantes em toda a Itália. Nesse caso específico a CEJ entendeu que o governo Italiano delegou o poder normativo de algo que claramente é nocivo a concorrência a uma entidade privada (um conselho profissional) e não instituiu qualquer mecanismo onde o governo mantivesse um controle sobre as tarifas, ou que fizesse com que o interesse público fosse levado em consideração na hora de fixar os preços.

Em ambos os casos é interessante notar que a CEJ não chega a fazer uma análise da qualidade ou do impacto de fato da política pública contestada, mas apenas de sua potencialidade anticompetitiva em abstrato. Ambos os casos *Bundesanstalt für den Güterfernverkehr v Gebrüder Reiff GmbH & Co.* e *Comission v Italy* possui impactos bem semelhantes, guardadas as devidas proporções dadas as diferenças intrínsecas sob os dois mercados, no entanto a possibilidade de o ministro de transportes alemão interferir na fixação das tarifas de transporte e no fato do conselho que fixava as tarifas ser em tese composto por experts isentos, foi o suficiente para a CEJ entender que não havia violação ao tratado. Já no caso *Comission v Italy* há claramente uma impossibilidade de o governo exercer seu poder para garantir ou direcionar a política pública para cumprimento do interesse público.

Os últimos casos citados aqui são provavelmente os mais interessantes para o fim desse trabalho e são os julgados *Elleniki Radiophonia Tileorassi (ERT) AE v Dimoki Etaria Pliroforissis and Sotirios Kouvelas* [1991] ECR I-2925¹⁶ e o caso *Silvano Raso* [1998] ECR I-533. Em ambos os casos o poder público concedeu a um agente regulado a prerrogativa de agir de uma forma que pudesse prejudicar um de seus concorrentes em um segundo mercado não regulado.

No primeiro caso a rádio difusora grega ERT, era a única rádio difusora grega que tinha permissão para transmitir sua própria programação ao passo que também era a única difusora autorizada a transmitir conteúdo estrangeiro. Nesse contexto a ERT possuía forte incentivo para discriminar a programação estrangeira favorecendo seu próprio conteúdo. Por esse motivo a CEJ considerou essa regulação do estado membro uma violação à lei de concorrência europeia pelo claro conflito de interesses presente na regulação, e por facilitar, sob tutela legal, um abuso de posição dominante.

¹⁶ Case C-260/89

No segundo caso a autoridade portuária italiana deu a exclusividade a uma operadora portuária no fornecimento de mão de obra dentro das docas a outras operadoras portuárias. A questão é que a operadora portuária que detinha a exclusividade de fornecer mão-de-obra temporária também competia com as outras empresas que dependiam de sua mão-de-obra, causando assim um claro conflito de interesses, que criava e incentivava um abuso de posição dominante por parte da regulada, tendo essa regulação também sido julgada

3.5 - A movimentação portuária e a cobrança de serviços adicionais ou THC2.

Uma das questões relativas a setor portuário mais discutida no âmbito do direito antitruste no Brasil nos últimos anos é a chamada THC2 ou *Terminal Handling Charge 2*. Esse termo THC2 foi o empregado por operadoras portuárias que atuavam no Porto de Santos a título de segregação de contêineres provenientes de importação que aguardariam seu desembarço aduaneiro em estações aduaneiras de interior (EADI).

A alegação das representadas seria de que sempre que um contêiner fosse ser destinado a uma EADI, seria necessário um serviço adicional não abarcado pela THC prevista contratualmente, alegadamente seria necessárias movimentações adicionais da carga no pátio do terminal, daí a expressão THC2.

No entanto esta taxa gerava um custo adicional a qualquer importador que decidisse armazenar sua carga para desembarço aduaneiro num recinto alfandegado, gerando um incentivo econômico para que o importador optasse pela armazenagem alfandegada ofertada pelas concessionárias dos terminais portuários.

Em função do evidente problema que essa cobrança gerava aos recintos alfandegados que concorriam no mercado de armazenagem alfandegada com os próprios concessionários dos terminais, empresas que operavam no mercado de armazenagem alfandegada denunciaram a prática ao CADE no ano de 1999.

A Alegação das representantes no caso era de que não havia de fato nenhum serviço o mais necessário a segregação de contêineres destinados a armazenagem alfandegária fora do porto. Que não havia qualquer custo adicional nessa segregação de contêineres que justificasse uma cobrança adicional dos importadores.

Adicionalmente ao fato de supostamente não haver um serviço adicional prestado pelo concessionário do terminal para justificar a cobrança, a taxa¹⁷ criada implicava em uma perda de competitividade dos recintos alfandegados, pois criava um incentivo econômico de preço para que a estocagem alfandegada fosse feita com o concessionário do terminal e responsável pelo desembarque dos contêineres.

Neste caso as operadoras portuárias foram condenadas em 2005, onde o CADE entendeu que de fato o serviço correspondente a THC2 não existia, e em realidade os operadores portuários estavam usando sua posição dominante no mercado de movimentação de contêineres para arbitrariamente aumentar os custos de empresas que eram suas concorrentes em estocagem alfandegada, e ao mesmo tempo dependentes das empresas representadas no mercado vertical *downstream*.

As condenações se basearam no fato do mercado de movimentação de contêineres não ser particularmente lucrativo dado o fato de o mercado ser regulado, e ainda por cima há o fato de os armadores possuírem poder de barganha substancial para com os terminais, no entanto mercado de armazenagem alfandegada de contêineres se mostra possivelmente mais rentável por permitir uma agregação maior de serviços.

Nesse caso as empresas representadas possuíam o estímulo econômico para discriminar suas concorrentes no mercado possivelmente mais rentável e o poder de mercado para de fato prejudicar as representantes.

A partir deste caso surgiram vários outros casos no CADE envolvendo o setor portuário e a cobrança supostamente indevida de taxas adicionais que poderiam gerar efeitos anticompetitivos. É importante salientar que a discussão chamada de THC2 nesse trabalho não engloba somente a cobrança indevida de taxas no âmbito da movimentação de contêineres em pátios de forma semelhante a THC.

Tanto para esse trabalho quanto para o CADE o precedente fixado no caso 08012.007443/1999-17 de THC2 foi utilizado em todos os casos envolvendo um suposto abuso

¹⁷ Taxa e Preço Público (ou tarifa) não se confundem, pois somente a primeira é espécie tributária constitucionalmente definida, que se submete às regras do Direito **Público**, enquanto a segunda é fruto de regime contratual, passível de flexibilização e de pagamento facultativo. <
<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8131/Elucidando-Taxas-e-Precos-Publicos>>

de posição dominante por parte de um concessionário ou operador portuário com claro poder de mercado fazendo uso de uma cobrança de taxa, cujo serviço supostamente prestado seria redundante a um já prestado por uma taxa estipulada contratualmente, de forma a fazer com que o operador portuário obtivesse uma vantagem pecuniária indevida sobre os dependentes de seus serviços de movimentação de cargas, e também possivelmente prejudicasse concorrentes em algum setor que dependesse dos serviços prestados primeiramente pelo operador portuário.

Dentre cobranças similares que podem ser chamadas de “THC2” por se prestarem ao mesmo motivo pode se citar as cobranças de taxas a título de “ISPS_CODE” realizada por empresas que operavam no Porto de Santos, tal taxa extra derivaria de medidas extras de segurança, criadas por normas internacionais de segurança de portos após os atentados ao World Trade Center. No entanto a cobrança de “ISPS-CODE” era só mais um artifício da mesma espécie da THC2 do primeiro caso, no ano de 2015 as empresas assinaram um TCC com o CADE.

A posição do CADE em relação a ilegalidade das taxas de “THC2” que podem ser traduzidas em taxas de movimentação portuárias que não correspondem a nenhum serviço prestado adicionalmente pelos operadores portuários, mas tão somente um artifício para tornar artificialmente mais caro, o serviço de um concorrente num mercado que depende da movimentação horizontal de contêineres explorada unicamente pelo operador portuário mediante regime de concessão.

3.6 - Análise do caso de THC2 08012.001518/2006-37.

O Caso analisado no CADE de número 08012.001518/2006-37 é um caso bastante interessante de THC 2, a despeito de não ter sido julgado definitivamente pelo tribunal do CADE. Trata-se de um caso onde uma empresa de estocagem alfandegária levou ao CADE uma representação contra uma operadora portuária responsável por um terminal de contêineres, alegando que a operadora cobraria uma taxa adicional a título de segregação de contêineres que fossem destinados a armazenagem alfandegada fora do terminal, e conseqüentemente com alguma empresa que concorresse com a operadora nesse mercado de armazenagem alfandegada.

Em relação à suposta conduta perpetrada pela empresa representada, o caso é bastante similar a caso modelo de THC2 Processo Administrativo nº 08012.007443/1999-17, no entanto a conduta nesse caso foi praticada de 2006 até os dias atuais, perpassando 3 momentos diferentes onde ocorreram diferenças consideráveis e mudanças do entendimento da Autoridade Portuária estadual e da própria ANTAQ sobre a legitimidade da cobrança.

Conforme dividido pela Superintendência Geral do CADE¹⁸ e o Gabinete do Conselheiro Paulo Burnier, a conduta neste caso passou por três momentos distintos, no que tange o tratamento regulatório da matéria.

O Primeiro período de tempo vai do início da cobrança da taxa de segregação de contêiner em 2006 até a publicação do Acórdão nº 13/2010 da ANTAQ. Neste determinado período a representada alega que a cobrança estaria amparada legalmente por uma autorização concedida pela Companhia de Docas do Estado de São Paulo (CODESP). Essa hipótese não merece análise mais aprofundada neste trabalho, pois não agrega a discussão que se busca tratar.

O Segundo momento seria após a publicação do Acórdão nº 13/2010 da ANTAQ, onde no âmbito de um processo administrativo que não envolvia a empresa representada no presente processo a Diretoria da ANTAQ à época decidiu que ao delegar a CODESP a tarefa de regular efetivamente a cobrança de segregação de contêineres os problemas concorrências estariam sanados, in verbis:

“Ademais, destaco que a questão aqui discutida detêm-se sob o contexto havido no Porto de Santos, portanto, casuístico, não significando que a decisão tomada pelo Colegiado tenha caráter amplo e irrestrito aplicável à todas as operações existentes entre armadores, operadores portuários e recintos alfandegados. Como se vê da instrução dos autos, não existe um posicionamento definitivo quanto ao tratamento da cobrança sobre a segregação e movimentação de contêineres, contudo, inegável se constata a necessidade de estabelecer-se os limites dessa cobrança. Nesse sentido determino que a CODESP estabeleça o valor a ser cobrado pelos arrendatários aos TRAs (“Portos Secos”) pela prestação do serviço — como já registrado —, reconhecidamente existente, tanto no âmbito da ANTAQ quanto do CADE. Dessa forma, estando este preço fixo, determinado e limitado, não poderá ser utilizado como ferramenta anticoncorrencial, e assim, não oferecendo potencialidade ou risco de prática abusiva, prejudicial à livre concorrência. Por fim, seja oficiado ao CADE, à SDE/MJ, ao TCU, à CODESP e aos interessados acerca da presente deliberação.”

¹⁸ NOTA TÉCNICA Nº 30/2015/CGAA4/SGA1/SG/CADE

No entanto como o próprio texto do acórdão deixa bem claro, a eventual proteção que este acórdão poderia conceder não se estenderia a empresa representada no processo ora analisado. Mesmo que se estendesse esse acórdão proferido pela diretoria da ANTAQ.

Este mesmo acórdão chegou a ser analisado pelo então Presidente do CADE Vinicius Marques de Carvalho no âmbito do Processo Administrativo nº 08012.007443/1991-71 que envolvia as empresas beneficiadas pelo Acórdão 13/2010 da ANTAQ. Nesta oportunidade o entendimento do Presidente a época foi o de que a decisão do ANTAQ era bem clara em não se estender além das empresas envolvidas no processo administrativo, e que a decisão da ANTAQ refletia que a ANTAQ no âmbito de seu processo não encontrou indícios de infração à ordem econômica, mas que isso não afetava a atuação do CADE, servindo somente como subsidio a avaliação que o próprio CADE realiza.

O terceiro momento da conduta e o mais relevante ao presente trabalho é o momento compreendido entre a edição da Resolução nº 2389/2012 da ANTAQ em fevereiro de 2012 e o período atual. Em suma neste período haveria uma autorização expressa concedida pela ANTAQ através desta resolução, que alteraria a definição e a amplitude da *Terminal Handling Charge*.

De acordo com a resolução a entrega ou recebimento do volume para qualquer outro modal de transporte, dentro ou fora do terminal, não está coberto nem pela Box Rate ou pelo THC, e exceção de contratos que previssessem o contrário, conforme trecho da Resolução abaixo:

“CAPÍTULO V - Das Disposições Complementares e Finais Art. 9º Os serviços de recebimento ou de entrega de cargas para qualquer outro modal de transporte, tanto dentro quanto fora dos limites do terminal portuário, não fazem parte dos serviços remunerados pela Box Rate, nem daquelas cujas despesas são ressarcidas por meio do THC, salvo previsão contratual em sentido diverso. Art. 10. A armazenagem adicional e outros serviços prestados às cargas não embarcadas em navio previamente programado serão cobrados pelo terminal ou pelo operador portuário, conforme o caso, diretamente do responsável pelo não embarque das referidas cargas.”

Em dois processos sobre THC2, anteriores ao analisado aqui, o Tribunal do CADE já havia sinalizado nos Processos Administrativos nº 08012.007743/1999-17 e 08012.003824/2002-84 não entender que a Resolução possuiria capacidade de afastar o alcance do CADE.

No entanto no processo ora analisado a Nota Técnica n° 30/CGAA4/SGA1/SG da Superintendência-Geral do CADE se posicionou contrária ao entendimento já sinalizado pelo Tribunal. A SG recomendou a condenação da empresa representada somente até a entrada em vigor da resolução da ANTAQ.

O entendimento da SG consistia em entender que a *Pervasive Power Doctrine* é aplicável no caso em questão. Entendo que a Resolução da ANTAQ possuía o motivo claro de trazer para a legalidade a prática do THC2, salvo quando alguma especificidade no contrato administrativo ao qual o operador portuário se encontra submetida dispusesse de forma contrária a resolução. Privilegiando com essa ressalva contratual a preservação da vontade dos contratos firmados.

A SG também entendeu que a ANTAQ por ser a Agência Regulatória de transportes aquaviários possuía a capacidade efetiva de regular a cobrança da THC2 mantendo assim certo grau de supervisão sobre os agentes regulados. Logo com a presença desses dois elementos a SG entendeu que o CADE possui plena competência para atuar no mercado portuário, mas não para multar a empresa uma empresa que estava agindo de acordo com uma escolha regulatória da Agência específica responsável por regular o setor portuário.

Os pareceres da Procuradoria Federal Especializada do CADE e do Ministério Público Federal acompanharam o entendimento firmado pela SG. No entanto o Conselheiro Paulo Burnier - relator do caso - em seu voto divergiu do entendimento firmado pela SG, e seguido pela Procade¹⁹.

Ao expor os motivos que o fizeram divergir do entendimento da SG, além de analisar a essência da doutrina *State Action* e *Pervasive Power*, aprofundou e sofisticou o roteiro da análise da Resolução da ANTAQ para fundamentar o entendimento do porque a Resolução n° 2389/2012 da ANTAQ não seria capaz de conferir isenção antitruste no caso específico em análise.

Antes de começar a análise dos critérios que fazem com que a Resolução não consiga conceder isenção antitruste, o Conselheiro chama atenção as participações nas audiências públicas para a edição da Resolução, que em sua ampla maioria são contrárias a prática de

¹⁹ Parecer n° 396/2015/CGEP/PFE-CADE-CADE/PGF/AGU.

cobrança de THC2. Também é citado um Relatório de Auditoria Operacional do TCU²⁰, onde é manifestado um entendimento semelhante ao do CADE em relação a prática de cobrança.

O Voto do Conselheiro Paulo Burnier, além de trazer um breve resumo das doutrinas *State Action* e *Pervasive Power*, traz considerações feitas sobre o tema de regulação e concorrência feita em documento da OCDE “ *Policy Roundtables Regulated Conduct Defense* ”. Em seguida o Conselheiro procede com um roteiro de análise calcado em 3 eixos principais, sendo eles (i) A ausência de uma norma impositiva ao regulado, (ii) Ausência de mecanismos efetivos para coibir abusos e (iii) a ausência clara de política pública setorial de isenção antitruste.

Até a conclusão desta monografia, o Processo Administrativo nº 08012.001518/2006-37 ainda não havia sido julgado, em função de pedido de vista realizado pela Conselheira Cristiane Alkmin. O que mostra o quão polêmico é o tema, e o impacto da Resolução nº 2389/2012 no entendimento que está sendo construído no CADE neste caso, mesmo em face de um entendimento anterior tão sólido e uniforme em relação ao tema de THC2.

3.6 - Caso do fechamento do Pátio de Contêineres no Porto de Suape.

Trata-se do caso mais recente onde o Tribunal do CADE arquivou o Processo Administrativo nº 08012.006504/2005-29 com entendimento de caracterização de imunidade antitruste em um mercado regulado. O caso trata da denúncia de quatro sindicatos²¹ de trabalhadores e operadores portuários no porto de Suape contra a empresa pública estadual Suape - Complexo Industrial Portuário Governador Eraldo Gueiros estadual responsável pela administração e gestão do porto, a denúncia também era contra a empresa privada Tecon Suape S.A, a concessionária e arrendatária das instalações portuárias voltadas a movimentação de contêineres.

Os sindicatos acusavam a Tecon Suape e a Suape - Complexo Industrial Governador Eraldo Gueiros de perpetrarem infrações à ordem econômica pelo fechamento do antigo Pátio Público de Contêineres, que antes do arrendamento à Tecon Suape, servia a todos os operadores portuários que operavam no cais público do porto.

²⁰ TCU processo TC 014.624/2014-1.

A denúncia ainda atacava a decisão da autoridade portuária estadual de proibir a criação de outro pátio público de contêineres pelo período de 15 anos caso a movimentação de contêineres da Tecon S.A não atingisse o patamar de duzentos e cinquenta mil contêineres movimentados por ano, pelo período de dois anos. Caso esse critério fosse atingido passava a ser autorizável a construção de um novo pátio público de contêineres independente do transcurso de tempo. E por fim os representantes alegavam que ainda existiam outras formas de discriminação praticadas pelas representadas contra quem operava no cais público do porto.

Antes de a matéria ser apreciada pelo CADE, ela já sido analisada pelo Tribunal de Contas do Estado do Pernambuco²² e pelo Tribunal de Justiça do Pernambuco²³ com ambas as decisões favoráveis ao contrato administrativo firmado pela autoridade portuária estadual de Suape e o Tecon Suape.

O Parecer da SG no caso começa a análise do mérito pontuando e reforçando a competência do CADE para atuar em mercados regulados, reforçando a ideia de complementaridade entre regulações setoriais e a legislação antitruste, concluindo que a exclusão da legislação pela antitruste, ou imunidade antitruste, é uma exceção que deve ser usada somente em casos bastante específicos e mediante a uma análise bastante criteriosa e rígida por parte do CADE.

Na sessão de análise da conduta específica a SG pontua que o Pátio de Contêineres foi fechado como medida da autoridade portuária para ajudar na difícil tarefa de amortização e viabilidade econômica do terminal de contêineres de Suape, que se mostrou de fato complexa dadas as baixas médias de movimentações de contêineres do início da operação do terminal ao ano de 2015 quando o caso foi julgado no tribunal do CADE.

No entendimento da SG houve de fato uma extensa análise que embasou a decisão de fechar o pátio de contêineres, contando inclusive com estudos econômicos realizados pelo Banco Mundial que apontavam um caso típico onde a movimentação de volumes por um só agente seria um fator que minimizaria custos e preços²⁴, portanto justificando a regulação e regime de

²² Tribunal de Contas do Estado do Pernambuco Processos n° 0548/01.

²³ TJPE Processo n° 001.2003.007656-1 e Ação Cível n° 111.832-1.

²⁴ VISCUSI, W. KIP. Economics of Regulation and Antitrust/ W. Kip Viscusi, John M. Vernon, Joseph E. Harrington Jr. - 3rd Ed. Noston: MIT Press, 2000. Pags 337-354.

funcionamento de mercado com apenas uma empresa realizando movimentação de contêineres naquele terminal.

A SG conclui o parecer colocando que o fechamento do pátio de contêineres foi uma escolha de política regulatória da autoridade designada, amplamente embasada por estudos econômicos, e que o fechamento do pátio por 15 anos seria uma medida visando a viabilidade econômica do concessionário do terminal de contêineres no contexto de baixa movimentação de contêineres que se comprovou ao longo dos anos em que o processo tramitou no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

Antes de concluir pelo arquivamento do processo em questão, a SG pontuou a impossibilidade de o CADE analisar os impactos concorrenciais e eventualmente desautorizar as concessões em setores tipicamente regulados e marcados por monopólios naturais como portos, rodovias e aeroportos. E que as disposições contratuais que beneficiam o TECON SUAPE não foram feitas especificamente para esse agente, mas que estavam presentes desde o procedimento licitatório, e que nesse mercado específico houve dimensão de concorrência na licitação realizada pelo mercado em questão. Ainda é colocado que não seria competência do CADE analisar a efetividade de fato ou eficácia de uma política regulatória.

O Parecer da Procuradoria Federal junta ao CADE25 seguiu o entendimento da SG no sentido de arquivamento do processo, em função de uma motivação e uma política regulatória clara e fundada no mercado de movimentação de contêineres no Porto de Suape, sendo que houve uma dimensão de concorrência no mercado em questão na fase licitatória. O Parecer do Ministério Público Federal segue o entendimento firmado pela SG dando ênfase que houve dimensão de concorrência no mercado regulado por meio do procedimento licitatório.

Por fim o caso acabou sendo arquivado no Tribunal do CADE, com voto do relator Conselheiro João Paulo de Resende, usando os mesmos argumentos trazidos pela SG, PFE CADE e MPF, sustentando a possibilidade de uso das doutrinas *State Action* e *Pervasive Power*, e a efetiva presença de uma escolha regulatória no Porto de Suape em fechar o Pátio Comum de Contêineres.

O Conselheiro em seu voto vai de encontro ao entendimento da SG sobre a avaliação por parte do CADE da qualidade e efetividade da escolha regulatória. Inclusive o Conselheiro chega a colocar em seu voto que nos autos podem ser observados problemas na regulação, como o caso da ausência de regulação de preços no terminal de contêineres, seguido de um aumento substancial dos preços cobrados pelo Tecon Suape, sustentando depois que o fato é que não cabe ao órgão antitruste fazer ajustes ou avaliar a arquitetura da regulação nesse caso concreto, trabalho já realizado por uma agência específica para esse fim.

Capítulo IV – Alcance da aplicação das doutrinas *State Action* e *Pervasive Power* na atuação do CADE no setor portuário.

Usando a segmentação de situações possíveis de interações entre regulação e concorrência proposta por Gesner de Oliveira e João Grandino Rodas²⁶, existem teoricamente 5 situações que descreveriam em gradação da situação de imunidade antitruste onde a regulação setorial afasta completamente a atuação da legislação antitruste, até uma situação oposta onde se encontra um mercado completamente desregulado em que incide apenas a regulação mais ampla dada pelo direito antitruste.

Essas cinco situações seriam (i) isenção antitruste²⁷ onde as autoridades reguladoras setoriais são as responsáveis por garantir a concorrência em um dado mercado e a legislação de regulação setorial tem expressado prevalência sobre a antitruste; (ii) atuação em concorrência onde ambas a agência setorial e a autoridade antitruste tem a capacidade de aplicar a legislação antitruste; (iii) competências complementares onde fica restrito a agência setorial a regulação técnica e específica a determinado mercado, e a autoridade antitruste a aplicação das normas concorrenciais mas sem sobreposição das duas regulações; (iv) regulação antitruste onde a autoridade de defesa da concorrência aplica tanto a legislação antitruste quanto as legislações específicas nos setores regulados, e por fim (v) a desregulação, quando um mercado não possui qualquer regulação setorial, sendo atingido tão somente pelo direito antitruste.

Analisando o alcance da atuação do CADE e tendo como parâmetro os cinco cenários traçados no parágrafo anterior, é possível com base na análise da Constituição Federal em seus

²⁶ OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. Direito e Economia da Concorrência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

²⁷ Neste trabalho de monografia isenção antitruste é tratado como sinônimo de imunidade antitruste.

artigos 173 e 174 notarem que o texto constitucional traz a regulação setorial e o direito antitruste sem qualquer menção ou redação que dê a entender que um deve ser aplicado em detrimento do outro ou preferencialmente ao outro, conforme possível notar abaixo na transcrição dos artigos abaixo:

“Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 4º - lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.”

Portanto sem um dispositivo constitucional exposto que trace a figura da imunidade antitruste, ela só poderia ocorrer no setor portuário caso a lei nº 12815/13 trouxesse em seu texto alguma menção expressa ao afastamento da incidência de legislação antitruste nos mercados regulados por essa lei. No entanto como bem observado nos julgados mais recentes do CADE, não há qualquer menção a essa hipótese na lei nº 12815/13, inclusive a única menção a concorrência em toda a lei é feita no artigo 3º, onde a clara intenção da lei é no sentido de estimular ao máximo possível à concorrência no transporte aquaviário, estimulando a concorrência e salvaguardando o maior acesso possível da iniciativa privada aos portos organizados, instalações portuárias e atividades portuárias, conforme lido no dispositivo legal abaixo:

Art. 3º A exploração dos portos organizados e instalações portuárias, com o objetivo de aumentar a competitividade e o desenvolvimento do País, deve seguir as seguintes diretrizes:

I - expansão, modernização e otimização da infraestrutura e da superestrutura que integram os portos organizados e instalações portuárias;

II - garantia da modicidade e da publicidade das tarifas e preços praticados no setor, da qualidade da atividade prestada e da efetividade dos direitos dos usuários;

III - estímulo à modernização e ao aprimoramento da gestão dos portos organizados e instalações portuárias, à valorização e à qualificação da mão de obra portuária e à eficiência das atividades prestadas;

IV - promoção da segurança da navegação na entrada e na saída das embarcações dos portos; e
*V - **estímulo à concorrência**, incentivando a participação do setor privado e assegurando o amplo acesso aos portos organizados, instalações e atividades portuárias. (Grifo do autor).*

Na realidade a interpretação do artigo 3º da nova lei dos portos, lido em conjunto com os demais artigos do texto legal e o contexto em que a lei foi criada deixam clara a intenção de garantir ao máximo a livre concorrência no setor de transportes aquaviários. Mesmo em um cenário hipotético em que a legislação de regulação portuária fizesse menção expressa e clara ao afastamento da incidência da legislação antitruste, a imunidade antitruste seria possível sobre a interpretação de que a lei mais específica tem sua aplicação prevalecida sobre uma norma mais geral²⁸ – no caso a legislação antitruste – mesmo assim esse mecanismo interpretativo não consenso no judiciário brasileiro e essa situação hipotética seria de fato um *hard case*²⁹ onde a solução somente se daria com uma sofisticada análise que foge ao escopo deste trabalho de conclusão de graduação.

Retomando a possibilidade expressa de imunidade antitruste com base na definição de Oliveira e Rodas³⁰, fica claro que essa situação não parece ocorrer no direito brasileiro, em virtude da atual redação das leis que regulam o setor portuário e legislação brasileira de defesa da concorrência. A atuação do CADE, mesmo em situações onde os processos foram arquivados por entender que a regulação setorial no caso satisfazia a defesa á concorrência, corrobora a hipótese de inexistência de imunidade antitruste que nos julgados analisados neste trabalho não foi reconhecida pelo CADE.

Analisando a segunda situação de interação entre a autoridade antitruste e regulação setorial onde há atuação concorrente de ambas. Ou seja, a agência setorial e o CADE tem a capacidade de aplicar a legislação antitruste naquela situação hipotética. Com base nos estudos feitos sobre o tema e análise das leis pertinentes, essa situação também não parece descrever a existente no Brasil entre direito antitruste e regulação do setor portuário, pois novamente não há menção expressa de aplicação de normas concorrências na lei n° 12815/13 e a lei n° 12529/11 define de forma bastante clara e restrita a competência de aplicação de seus dispositivos aos

²⁸ BOBBIO, NORBERTO. Teoria Geral do Direito/ Norberto Bobbio; tradução Denise Agostinetti; Revisão da tradução Silvana Cobucci Leite. - 3 Ed. - São Paulo: Martins Fontes, 2010

²⁹ DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a sério. Trad. Nelson Boeira. SP – Martins fontes, 2002).

³⁰ OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. Direito e Economia da Concorrência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

integrantes do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Portanto não há margem substancial para definir o caso brasileiro de interação entre regulação setorial portuária e direito da concorrência como sendo uma situação de atuação concorrente de ANTAQ e demais autoridades portuárias e o CADE.

O terceiro cenário possível é o de competências complementares entre a regulação setorial mais específica focada no transporte aquaviário e a legislação antitruste mais ampla. Nesse cenário não há substituição de uma regulação pela outra, elas apenas atuam separadamente de forma complementar, cada uma visando uma finalidade distinta.

Considerando que os recortes da nova lei dos portos e da lei do CADE são distintos, e como já citados anteriormente não há sobreposição entre os dois diplomas legais, esse cenário é o mais próximo da relação que deveria existir entre o setor portuário e o CADE. E é a relação apontada pelas decisões do CADE analisadas neste trabalho, tanto nos casos de THC2 quanto no caso de fechamento do pátio comum de contêineres no Porto de Suape.

O quarto cenário possível proposto por Oliveira e Rodas seria o de uma regulação antitruste, onde a regulação específica seria aplicada pelo órgão antitruste simultaneamente a regulação setorial, mas sempre observando uma prevalência da norma antitruste. Ao analisar a lei nº 12529/11 fica claro a total improcedência desse cenário no direito brasileiro, não há qualquer menção na lei do CADE a possibilidade de aplicação de normas de outras normas de direito regulatório que não a própria lei antitruste, conforme interpretado dos art. 9 e art.12 da lei do CADE:

“Art. 9o Compete ao Plenário do Tribunal, dentre outras atribuições previstas nesta Lei:

I - zelar pela observância desta Lei e seu regulamento e do regimento interno;

II - decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas em lei;

III - decidir os processos administrativos para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica instaurados pela Superintendência-Geral;

IV - ordenar providências que conduzam à cessação de infração à ordem econômica, dentro do prazo que determinar;

V - aprovar os termos do compromisso de cessação de prática e do acordo em controle de concentrações, bem como determinar à Superintendência-Geral que fiscalize seu cumprimento;

VI - apreciar, em grau de recurso, as medidas preventivas adotadas pelo Conselheiro-Relator ou pela Superintendência-Geral;

VII - intimar os interessados de suas decisões;

VIII - requisitar dos órgãos e entidades da administração pública federal e requerer às autoridades dos Estados, Municípios, do Distrito Federal e dos Territórios as medidas necessárias ao cumprimento desta Lei;

IX - contratar a realização de exames, vistorias e estudos, aprovando, em cada caso, os respectivos honorários profissionais e demais despesas de processo, que deverão ser pagas pela empresa, se vier a ser punida nos termos desta Lei;

X - apreciar processos administrativos de atos de concentração econômica, na forma desta Lei, fixando, quando entender conveniente e oportuno, acordos em controle de atos de concentração;

XI - determinar à Superintendência-Geral que adote as medidas administrativas necessárias à execução e fiel cumprimento de suas decisões;

XII - requisitar serviços e pessoal de quaisquer órgãos e entidades do Poder Público Federal;

XIII - requerer à Procuradoria Federal junto ao Cade a adoção de providências administrativas e judiciais;

XIV - instruir o público sobre as formas de infração da ordem econômica;

XV - elaborar e aprovar regimento interno do Cade, dispondo sobre seu funcionamento, forma das deliberações, normas de procedimento e organização de seus serviços internos;

XVI - propor a estrutura do quadro de pessoal do Cade, observado o disposto no inciso II do caput do art. 37 da Constituição Federal;

XVII - elaborar proposta orçamentária nos termos desta Lei;

XVIII - requisitar informações de quaisquer pessoas, órgãos, autoridades e entidades públicas ou privadas, respeitando e mantendo o sigilo legal quando for o caso, bem como determinar as diligências que se fizerem necessárias ao exercício das suas funções; e

XIX - decidir pelo cumprimento das decisões, compromissos e acordos.

§ 1o As decisões do Tribunal serão tomadas por maioria, com a presença mínima de 4 (quatro) membros, sendo o quorum de deliberação mínimo de 3 (três) membros.

§ 2º As decisões do Tribunal não comportam revisão no âmbito do Poder Executivo, promovendo-se, de imediato, sua execução e comunicando-se, em seguida, ao Ministério Público, para as demais medidas legais cabíveis no âmbito de suas atribuições.

§ 3º As autoridades federais, os diretores de autarquia, fundação, empresa pública e sociedade de economia mista federais e agências reguladoras são obrigados a prestar, sob pena de responsabilidade, toda a assistência e colaboração que lhes for solicitada pelo Cade, inclusive elaborando pareceres técnicos sobre as matérias de sua competência.

§ 4º O Tribunal poderá responder consultas sobre condutas em andamento, mediante pagamento de taxa e acompanhadas dos respectivos documentos.

§ 5º O Cade definirá, em resolução, normas complementares sobre o procedimento de consultas previsto no § 4º deste artigo.

Art. 13. Compete à Superintendência-Geral:

I - zelar pelo cumprimento desta Lei, monitorando e acompanhando as práticas de mercado;

II - acompanhar, permanentemente, as atividades e práticas comerciais de pessoas físicas ou jurídicas que detiverem posição dominante em mercado relevante de bens ou serviços, para prevenir infrações da ordem econômica, podendo, para tanto, requisitar as informações e documentos necessários, mantendo o sigilo legal, quando for o caso;

III - promover, em face de indícios de infração da ordem econômica, procedimento preparatório de inquérito administrativo e inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica;

IV - decidir pela insubsistência dos indícios, arquivando os autos do inquérito administrativo ou de seu procedimento preparatório;

V - instaurar e instruir processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, procedimento para apuração de ato de concentração, processo administrativo para análise de ato de concentração econômica e processo administrativo para imposição de sanções processuais incidentais instaurados para prevenção, apuração ou repressão de infrações à ordem econômica;

VI - no interesse da instrução dos tipos processuais referidos nesta Lei:

a) requisitar informações e documentos de quaisquer pessoas, físicas ou jurídicas, órgãos, autoridades e entidades, públicas ou privadas, mantendo o sigilo legal, quando for o caso, bem como determinar as diligências que se fizerem necessárias ao exercício de suas funções;

b) requisitar esclarecimentos orais de quaisquer pessoas, físicas ou jurídicas, órgãos, autoridades e entidades, públicas ou privadas, na forma desta Lei;

c) realizar inspeção na sede social, estabelecimento, escritório, filial ou sucursal de empresa investigada, de estoques, objetos, papéis de qualquer natureza, assim como livros comerciais, computadores e arquivos eletrônicos, podendo-se extrair ou requisitar cópias de quaisquer documentos ou dados eletrônicos;

d) requerer ao Poder Judiciário, por meio da Procuradoria Federal junto ao Cade, mandado de busca e apreensão de objetos, papéis de qualquer natureza, assim como de livros comerciais, computadores e arquivos magnéticos de empresa ou pessoa física, no interesse de inquérito administrativo ou de processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, aplicando-se, no que couber, o disposto no art. 839 e seguintes da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, sendo inexigível a propositura de ação principal;

e) requisitar vista e cópia de documentos e objetos constantes de inquéritos e processos administrativos instaurados por órgãos ou entidades da administração pública federal;

f) requerer vista e cópia de inquéritos policiais, ações judiciais de quaisquer natureza, bem como de inquéritos e processos administrativos instaurados por outros entes da federação, devendo o Conselho observar as mesmas restrições de sigilo eventualmente estabelecidas nos procedimentos de origem;

VII - recorrer de ofício ao Tribunal quando decidir pelo arquivamento de processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica;

VIII - remeter ao Tribunal, para julgamento, os processos administrativos que instaurar, quando entender configurada infração da ordem econômica;

IX - propor termo de compromisso de cessação de prática por infração à ordem econômica, submetendo-o à aprovação do Tribunal, e fiscalizar o seu cumprimento;

X - sugerir ao Tribunal condições para a celebração de acordo em controle de concentrações e fiscalizar o seu cumprimento;

XI - adotar medidas preventivas que conduzam à cessação de prática que constitua infração da ordem econômica, fixando prazo para seu cumprimento e o valor da multa diária a ser aplicada, no caso de descumprimento;

XII - receber, instruir e aprovar ou impugnar perante o Tribunal os processos administrativos para análise de ato de concentração econômica;

XIII - orientar os órgãos e entidades da administração pública quanto à adoção de medidas necessárias ao cumprimento desta Lei;

XIV - desenvolver estudos e pesquisas objetivando orientar a política de prevenção de infrações da ordem econômica;

XV - instruir o público sobre as diversas formas de infração da ordem econômica e os modos de sua prevenção e repressão;

XVI - exercer outras atribuições previstas em lei;

XVII - prestar ao Poder Judiciário, sempre que solicitado, todas as informações sobre andamento das investigações, podendo, inclusive, fornecer cópias dos autos para instruir ações judiciais; e

XVIII - adotar as medidas administrativas necessárias à execução e ao cumprimento das decisões do Plenário.

Art. 14. São atribuições do Superintendente-Geral:

I - participar, quando entender necessário, sem direito a voto, das reuniões do Tribunal e proferir sustentação oral, na forma do regimento interno;

II - cumprir e fazer cumprir as decisões do Tribunal na forma determinada pelo seu Presidente;

III - requerer à Procuradoria Federal junto ao Cade as providências judiciais relativas ao exercício das competências da Superintendência-Geral;

IV - determinar ao Economista-Chefe a elaboração de estudos e pareceres;

V - ordenar despesas referentes à unidade gestora da Superintendência-Geral; e

VI - exercer outras atribuições previstas em lei.”

A despeito da clara improcedência desse cenário de regulação antitruste, a atuação do CADE deve ser bem cautelosa no sentido de não enveredar por decisões que coloquem o CADE exercendo esse papel, onde ele se torna o responsável por decidir em última instância até onde uma regulação setorial pode ser aplicada, fazendo a interpretação das normas regulatórias concorrenciais sempre a luz da prevalência do direito antitruste.

Em outras palavras, excedendo sua competência e avaliando o mérito da regulação, justamente o limite traçado pelo Conselheiro João Paulo de Resende em seu voto no caso do pátio comum de contêineres no Porto de Suape.

O quinto cenário possível na visão de Oliveira e Rodas seria o da desregulação, resumidamente mercados que não contam com nenhuma regulação específica e estão submetidos exclusivamente ao direito antitruste. Caso que não é o do setor portuário analisado neste trabalho.

4.1 - Tensão entre os cenários de competências complementares do CADE e ANTAQ e de Regulação Antitruste feita pelo CADE.

A Atuação do CADE no setor portuário deve ser cautelosa para se ater ao cenário de reconhecer competências complementares onde fica restrito a agência setorial a regulação técnica e específica a determinado mercado, e a autoridade antitruste a aplicação das normas concorrenciais, mas sem sobreposição das duas regulações. Sempre tomando o cuidado de não adentrar uma situação de regulação antitruste onde a autoridade de defesa da concorrência aplica tanto a legislação antitruste quanto as legislações específicas nos setores regulados.

A opção mais segura de atuação do CADE seria a de se afastar sempre que houvesse uma manifestação de lei regulatória ou regulação feita por agências no sentido de permitir determinado ou conduta por parte de determinados agentes. No caso da cobrança de THC2 por exemplo essa escolha implicaria numa interpretação do CADE de não mais condenar a cobrança de THC2 pois há na Resolução nº 2389/13 uma clara intenção da ANTAQ em permitir tal cobrança, salvo se o contrato administrativo num determinado porto vedasse expressamente a cobrança.

A questão problemática dessa atuação do CADE é que o papel do estado na economia brasileira é bastante significativo, especialmente no setor portuário que tinha quase toda sua atividade realizada no país por uma empresa estatal no âmbito federal e também em vários estados. Portanto é necessária que a atuação do CADE de fato possa alcançar o setor portuário, levando em consideração inclusive uma clara intenção da lei dos portos de promover a concorrência nesse setor conforme a própria lei nº 12815/13 coloca no seu art.3º *in verbis*:

“Art. 3º A exploração dos portos organizados e instalações portuárias, com o objetivo de aumentar a competitividade e o desenvolvimento do País, deve seguir as seguintes diretrizes:

*V - **estímulo à concorrência**, incentivando a participação do setor privado e assegurando o amplo acesso aos portos organizados, instalações e atividades portuárias. (Grifo do autor).”*

A despeito dos amplos precedentes internacionais sobre o tema, que possuem aplicabilidade na realidade brasileira, é necessário pontuar que esse trabalho se limita a atuação do CADE nestes setores e a análise das decisões da agência antitruste sem adentrar as possibilidades de revisão judicial da matéria.

As doutrinas *State Action* e *Pervasive Power* a despeito de serem uma ferramenta muito valiosa na análise de casos que envolvem atritos entre concorrência e regulação são primeiramente doutrinas construídas por decisões judiciais, e atuação do judiciário sobre essas questões é radicalmente diferente da atuação de uma autarquia como o CADE sobre mercados supervisionados por agências específicas como o setor portuário.

A análise aplicada na *State Action* muito bem explicada no caso *California Retail Liquor Dealer Association v. Midcal Aluminum*, que estipula a avaliação de dois critérios, sendo eles a clara intenção do regulador em atingir determinado fim como parte de uma política pública, e a efetiva supervisão feita pela regulação. No entanto o segundo ponto da análise de efetiva supervisão pode ser contornado por uma política pública claramente direcionada que afrouxe a regulação como foi o caso da Resolução n° 2389/12.

Nesse sentido, com base nos julgados estudados e nas pesquisas realizadas, o roteiro de análise realizado pelo CADE para escolher entre o arquivamento ou a condenação de uma empresa que perpetua uma conduta anticompetitiva em alguma medida salvaguardada por uma regulação setorial tem que ser mais sofisticado e aprofundado que o teste em dois estágios utilizado nos casos em que é aplicada a *State Action Doctrine*.

O julgamento do caso de fechamento do pátio comum de contêineres no porto se santos ilustra isso, o voto do Conselheiro João Paulo de Resende pontua que os elementos que levaram a análise ao arquivamento consistem no fato de existir uma clara política pública no contrato de arrendamento do terminal de contêineres, e que as restrições à concorrência foram embasadas em estudos e na necessidade de viabilizar financeiramente a exploração do terminal por uma empresa privada.

Também é sustentada no voto a competência da autoridade portuária a época que arrendou o terminal, e a efetiva supervisão da regulação pelo artigo do contrato que previa a reabertura do pátio de contêineres caso por dois anos seguidos ocorresse movimentação superior

a duzentos e cinquenta mil contêineres por ano. Por fim o conselheiro faz a ressalva que seria possível o CADE intervir no terminal de contêineres no porto de SUAPE caso ficasse configurado um abuso de posição dominante por parte da Tecon Suape S.A que demandaria uma repressão do ponto de vista concorrencial, no entanto a representação do caso dizia respeito apenas a existência do contrato administrativo em si.

Um terceiro aspecto da análise feita pelo CADE nesses casos que é necessário é um dos elementos de análise usado pela Corte Europeia de Justiça nos casos *Elleniki Radiophonia Tileorassi (ERT) AE v Dimoki Etaria Pliroforissis and Sotirios Kouvelas* e *Silvano Raso* [1998] ECR I-533. Em ambos os casos a CEJ decidiu pela ilegalidade de uma norma regulatória com as leis de concorrência da comunidade europeia pela clara presença de um conflito de interesse gerado por aquela norma do estado-membro.

Esse é um importante aspecto a ser analisado pelo CADE pois exime o órgão antitruste de uma análise de mérito e qualidade sobre a regulação setorial, conforme pontuado no voto do relator no caso do pátio de contêineres de SUAPE, mas dá ao CADE a possibilidade de intervir em regulações que claramente falham em limitar a capacidade do agente econômico de se aproveitar de sua posição de possuir alto poder mercado em mercados paralelos e dependes do mercado regulado efetivamente.

Capítulo V – Conclusão.

Após todos os estudos feitos, dos casos que deram origem as doutrinas estadunidenses da *State Action* e *Pervasive Power*, a análise das leis do CADE e do setor portuário, e dos casos mais recentes onde o CADE investigou condutas no setor portuário, a conclusão é de que a atuação do CADE tem sido precisa e correta nas intervenções feitas no setor de transportes aquaviários.

Empregando o conceito de Isenção antitruste como previsão legal expressa de afastamento do direito antitruste, e considerando-o como sinônimo de imunidade antitruste, a atuação do CADE tem sido acertada em não se declarar incompetente para intervir em ilícitos concorrenciais ocorridos no âmbito deste setor regulado. A atual lei dos portos e do CADE indica fortemente que não há exclusão expressa da atuação do CADE sobre o setor portuário, fazendo assim com que não seja possível que o CADE reconheça imunidade antitruste expressa, apenas

entenda que uma determinada regulação preencha determinados requisitos que justificam o afastamento com sucesso do regime da concorrência em determinada situação.

No entanto a atuação do CADE, que por vezes regula situações de monopólios naturais³¹, serviços que necessitam altos investimentos em ativos extremamente específicos dificilmente recuperáveis pelo agente econômico ou que necessitam de forte economia de escala. Dessa forma a atuação do CADE sempre deve ser guiada pelo propósito da *State Action Doctrine* de não deixar o direito antitruste inviabilizar políticas regulatórias, mas ao mesmo tempo garantir a defesa da concorrência nesse setor que no caso brasileiro é historicamente tão marcado pela forte presença do estado e atualmente intensa regulação.

Neste sentido a atuação do CADE pode ocorrer dentro das suas atribuições legais nas situações em que agentes econômicos submetidos à regulação, atuam também em mercados não regulados especificamente praticando condutas anticompetitivas nesses mercados adjacentes ao mercado principal regulado. A segunda possibilidade consistiria na hipótese de a regulação dar ao agente regulado um leque de diferentes possibilidades de ação, e uma dessas possibilidades acarretaria numa conduta anticompetitiva, nesse caso a atuação do CADE é necessária. Essa hipótese é a indicada pelo Conselheiro Paulo Burnier no caso da cobrança de THC2 após a edição da Resolução n° 2389/12, que autorizaria a cobrança, mas não a obrigaria. A terceira hipótese seria onde um agente regulado viola simultaneamente a regulação e legislação antitruste, nesse caso cabendo sanção simultânea do CADE e do ente regulador específico. Tais limites de atuação do CADE já haviam sido apontados pelo Conselheiro Marcelo Calliari no Processo Administrativo n° 0800.002605/97-52.

Nessa linha a atuação do CADE tem sido correta no setor de transportes aquaviários, a despeito de o caso mais recente de THC2 praticado após resolução da ANTAQ que autorizou a prática não ter sido julgado definitivamente, e a matéria ainda não ter sido avaliada de forma definitiva pelo poder judiciário.

Nesse sentido continua sendo um desafio o delicado trabalho do CADE de equilibrar a defesa da concorrência num setor tão intensamente regulado, que constantemente facilita o

³¹ O monopólio natural é uma realidade de mercado onde os investimentos necessários para viabilizar determinada atividade econômica são muitos elevados e os custos marginais são muito baixos. Fazendo com que um agente econômica atendendo o máximo de clientes dilua ao máximo seus altos custos e assim viabilize um preço possível inferior a uma situação onde há dois ou mais agentes concorrendo.

abuso de poder econômico por parte dos agentes regulados, e o cuidado do CADE em não exceder suas competências e caminhar na direção de tornar o direito antitruste em um parceiro na atuação complementar de ambas as competências, ao invés de um percalço as políticas públicas no setor portuário.

Bibliografia:

1. BRASIL. Lei nº 12529/11, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei no 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. **Página do Planalto Central**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm
2. BRASIL. Lei nº 10233/01, de 5 de junho de 2001. Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes, e dá outras providências. **Página do Planalto Central**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10233.htm
3. BRASIL. Lei nº 12815/13, de 5 de junho de 2013. Dispõe sobre a exploração direta e indireta pela União de portos e instalações portuárias e sobre as atividades desempenhadas pelos operadores portuários; altera as Leis nos 5.025, de 10 de junho de 1966, 10.233, de 5 de junho de 2001, 10.683, de 28 de maio de 2003, 9.719, de 27 de novembro de 1998, e 8.213, de 24 de julho de 1991; revoga as Leis nos 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, e 11.610, de 12 de dezembro de 2007, e dispositivos das Leis nos 11.314, de 3 de julho de 2006, e 11.518, de 5 de setembro de 2007; e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/Lei/L12815.htm

4. JUSTEN FILHO, MARÇAL. Curso de Direito Administrativo/ Marçal Justen Filho - 9º Edição rev., atual e ampl - São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013.
5. VISCUSI, W. KIP. Economics of Regulation and Antitrust/ W. Kip Viscusi, John M. Vernon, Joseph E. Harrington Jr. - 3rd Ed. Noston: MIT Press, 2000.
6. BOBBIO, NORBERTO. Teoria Geral do Direito/ Norberto Bobbio; tradução Denise Agostinetti; Revisão da tradução Silvana Cobucci Leite. - 3 Ed. - São Paulo: Martins Fontes, 2010 - (Justiça e Direito) [Título Original “Teoria generale de diritto”]
7. KELSEN, HANS. Teoria Pura do Direito/ Hans Kelsen; tradução João Baptista Machado. - 8º. Ed - São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. [Título Original “Reine Rechtlehre”]
8. CASTRO JR, OSVALDO AGRIPINO DE. Direito Portuário, Regulação e Desenvolvimento. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
9. CAPRARO, MILENE CORREA ZEREK. Introdução ao Trabalho Portuário, Marítimo e do Petróleo. Curitiba/PR: Insigh, 2014.
10. JORDÃO, EDUARDO FERREIRA. *Blame it on the states: A Comparative analysis of the American and the European State Action Doctrines.*
11. SAMPAIO, PATRICIA REGINA PINHEIRO. Regulação e Concorrência – A Atuação do CADE em setores de infraestrutura/ Patrícia Regina Pinheiro Sampaio. – São Paulo: Saraiva, 2013.
12. OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. Direito e Economia da Concorrência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
13. FRIEDMAN, MILTON. Capitalismo e Liberdade Ed. Abril, 1984.

