

Vol. 4

Nº 2

2016 - Novembro

Revista de Defesa da Concorrência

PUBLICAÇÃO OFICIAL



Defesa da concorrência na Nova Lei dos Portos

Oswaldo Agripino de Castro Junior³⁷⁷

RESUMO

O presente artigo objetiva contribuir para a efetividade da defesa da concorrência no setor portuário e está dividido em três seções. A primeira discorre sobre uma Teoria Geral da Defesa da Concorrência no setor portuário. A segunda seção trata da relação do papel do Cade para a defesa da concorrência no setor portuário e a terceira seção discorre sobre as possibilidades e limites da cooperação do Cade e da Antaq na defesa da concorrência. Por fim, são feitas considerações finais com sugestões para aperfeiçoar o modelo de defesa da concorrência no setor portuário.

Palavras-Chave: Defesa da Concorrência; Antaq; Portos públicos e privados.

ABSTRACT

This paper aims to contribute to the effectiveness of the antitrust law in the port sector. Split into three sections. The first section deals with a General Theory of Antitrust Law to the port sector. The second section is concerned to the role of Brazilian Antitrust Court (Cade) in the port sector and in the third and final section, a study is made about the possibilities and limits of Cade and Brazilian National Port Commission (Agência Nacional de Transportes Aquaviários - Antaq) to the effectiveness of the Antitrust Law. In the final considerations are proposed some suggestions to improve the model of the regulation antitrust in the port sector.

Keywords: Competition; Antaq; Public and private terminals.

Classificação JEL: L1; L4; L9.

³⁷⁷ Professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí, do Mestrado em Engenharia de Transportes da UFSC (Labtrans) e convidado do Mestrado e Doutorado em Direito Marítimo Internacional do IMLI, IMO, Malta. Advogado graduado pela UERJ, 1992 e sócio do *Agripino & Ferreira Advocacia e Consultoria*. *Visiting Scholar* na *Stanford Law School* (2000). Concluiu estudos de Pós-Doutorado sobre análise comparativa das agências reguladoras de transportes e portos dos EUA e Brasil na *Harvard University* (2007-2008), com bolsa da CAPES.

SUMÁRIO. 1. Introdução; 2. Teoria Geral da Defesa da Concorrência no Setor Portuário; 2.1. Defesa da Concorrência na Nova Lei dos Portos; 2.2. A relação do Cade com as agências setoriais; 3. O Cade e a defesa da concorrência no setor portuário; 4. Cade e Antaq: Possibilidades e limites da cooperação na defesa da concorrência; 5. Considerações finais; 6. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Transporte aquaviário e, por sua vez, a atividade portuária, são considerados elementos estratégicos para o desenvolvimento das nações, especialmente porque pelos portos transitam cerca de 80 % do comércio global por volume e 70 % por valor, percentual que é, ainda, maior nos países em desenvolvimento.³⁷⁸ No Brasil, 95% do comércio exterior é feito pela via marítima, portanto, passa pelos portos.

Considerado serviço essencial para a economia internacional, esse tipo de atividade requer competitividade,³⁷⁹ o que demanda que o ambiente institucional regule com eficácia o mercado e, dessa forma, garanta o interesse público no setor regulado.

O ambiente institucional, portanto, é fator determinante para o desenvolvimento dos países e, especialmente, por meio da regulação estatal setorial independente, contribui para reduzir a captura da agência reguladora e evitar falhas de mercado e de governo.

Sobre o tema, é pertinente o ensinamento de Patrícia Regina Pinheiro Sampaio:

Todavia, com o passar dos anos foram surgindo estudos críticos da regulação, basicamente sustentando que, apesar das boas intenções dos reguladores, esses terminavam sendo capturados pelos anseios do poder econômico, e, assim, promoviam a regulação de interesse da indústria, ao invés de discipliná-la. Ou seja, se havia falhas de mercado, também existiam falhas de governo.³⁸⁰

Assim, a regulação setorial tem exercido papel relevante para a defesa da concorrência. Essa regulação é definida como forma de intervenção do Estado no domínio econômico que objetiva o interesse público no mercado regulado.

³⁷⁸ PANITCHPAKI, Supachai. Foreword. In: *Review of Maritime Transport 2012. Report by Unctad Secretariat*. Geneve, New York: UNCTAD, 2012, p. 70.

³⁷⁹ Acerca da qualidade da regulação como fator de competitividade, inclusive com a análise da existência de alternativas no âmbito da União Europeia: MALARET GARCIA, Elisenda. Un ensayo de caracterización jurídica de una nueva tarea del Estado contemporáneo: La regulación económica. In: *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte, ano 6, n. 24, out./dez.2008, p. 116-127.

³⁸⁰ SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *Regulação e Concorrência - A atuação do Cade em setores de infraestrutura*. Saraiva: São Paulo, 2013, p. 64-65.

Tal atuação ocorre por meio de funções normativas, fiscalizatórias, sancionatórias, adjudicativas (solução de conflitos), dialógicas e redistributivas (por meio do subsídio cruzado, por exemplo) dentre elas a regulamentação, é um conceito que expressa o poder normativo do Estado,³⁸¹ exercida pela agência reguladora do setor.

Nesse quadro, o tema desse artigo (defesa da concorrência) é relevante para regular as operações entre terminais públicos (dentro do porto organizado) e privados (foro do porto organizado), especialmente pelos incentivos dados pelo marco regulatório para o aumento da participação dos TUP's em relação aos terminais localizados nos portos organizados.

2. Teoria Geral da Defesa da Concorrência no Setor Portuário

O Relatório Final do estudo sobre concorrência no setor portuário, encomendado pela Antaq à Universidade de Brasília, é cristalino sobre a existência de situação de monopólio em várias hinterlândias, da seguinte forma:

Algumas das conclusões extraídas da análise das tabelas acima são as seguintes: (i) Para contêineres, os mercados menos concorridos são os de Salvador, Paranaguá, Rio Grande, São Luiz e Vitória. Para essas cinco hinterlândias, os índices IHH³⁸² resultaram maiores do que 0,90 para todos os anos analisados. Na hinterlândia de Paranaguá, as movimentações de contêineres estão concentradas no TCP. Para a hinterlândia de Salvador, a concentração é no TECON. Para São Luiz, a concentração é no cais público. Para a hinterlândia de Vitória, as movimentações estão concentradas no TVV, enquanto para a hinterlândia de Rio Grande, as movimentações estão concentradas no TECON. A hinterlândia com menores indicadores de concentração é a hinterlândia de Santos/Paranaguá/Manaus, justamente por ser atendida por terminais de três estados diferentes.³⁸³

³⁸¹ No caso norte-americano, esse poder normativo da regulação é realizado pela *Federal Maritime Commission* (FMC) e no Brasil, pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários - Antaq. Sobre o tema, por meio da análise comparativa de vinte e dois elementos determinantes da regulação de transportes aquaviários e portos nos dois países, ver: CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. *Direito Regulatório e Inovação nos Transportes e Portos nos Estados Unidos e Brasil*. Florianópolis: Conceito, 2009, 409 p.

³⁸² Índice de concentração de Herfindahl-Hirschman. O IHH = 1,0 significa que o único porto movimenta 100% da carga, ou seja, é monopólio. Liu, Gan e Chen (2012) apresentam alguns limites para caracterizar concentração na operação de contêineres. Para IHH acima de 0,1, há indicativos de concentração; para IHH acima de 0,18, há indicativos de alta concentração na operação de movimentação de contêineres. A Divisão de Antitruste do Departamento de Justiça americano considera que IHH entre 0,15 e 0,25 são indicadores de concentração moderada e IHH acima de 0,25 traz indicações de um mercado altamente concentrado (vide *U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission*, 2010). Para valores do IHH menores do que 0,15, há indicações de um mercado não concentrado.

³⁸³ CERME. Centro de Excelência em regulação de mercados. Unb. *Avaliação da concorrência na prestação de serviços portuários. Relatório final*, Tabela 4. Brasília, Unb, 2013, p. 48.

Mesmo assim, com vários terminais que operam com cerca de 100 % do mercado relevante, como Tecon Rio Grande e Tecon Salvador, o citado relatório, do qual diverge-se nesse ponto, paradoxalmente, sustenta a desnecessidade de regulação econômica pela Antaq, da seguinte forma:

Não é recomendável que sejam introduzidos mecanismos de regulação econômica no setor portuário, em particular de controles de preços. Como ficou claro na análise de lucros residuais, a maioria dos terminais portuários brasileiros não tem obtido lucros residuais positivos, o que é evidência de ausência de poder de mercado significativo.³⁸⁴ Em casos assim, a regulação de preços não é recomendável.³⁸⁵

Nesse ambiente, portos públicos localizados nos portos organizados, submetem-se a um processo licitatório e a um maior controle do órgão regulador, especialmente porque cobram tarifa do usuário, a ser homologada pela Antaq. No caso de arrendatários, estes pagam tarifa à autoridade portuária e devem prestar serviços a todos que demandem os seus serviços, sem discriminação, além de obrigatoriamente contratar os serviços de trabalho portuário, via órgão-gestor-de-mão-de-obra (OGMO), com maiores custos, e não via CLT, como podem os terminais privados.

Assim, terminais privados, localizados fora do porto organizado, que prestam serviço portuário por meio de outorga de autorização, portanto, preço privado,³⁸⁶ e operam com menos encargos do que os portos públicos, seja no regime de trabalho dos colaboradores, seja na inexistência de pagamento de tarifa à autoridade portuária e homologação dos preços privados cobrados aos usuários.

Tal cenário possibilita um ambiente com externalidades negativas entre usuários e terminais públicos localizados nos portos organizados, porque prestam serviço público. O mesmo se dá entre terminais públicos localizados no porto organizado e terminais privados. Esse ambiente aumenta os custos de transação e a insegurança jurídica.

Ademais, a inexistência de uma política e de uma resolução da Antaq que identifique critérios e a crie metodologias adequados para a defesa da concorrência, bem como sanções para infrações da ordem econômica no setor portuário e de transporte

³⁸⁴ Questiona-se, assim, a metodologia usada porque a premissa do lucro residual presumido, vez que efetuada com base em demonstrações financeiras não padronizadas e informações prestadas pelos próprios terminais pesquisados. Com tal premissa a conclusão acima é fragilizada. Além disso, não houve análise da percepção dos usuários dos terminais pesquisados, o que aumenta ainda mais a evidência de captura epidérmica da política de defesa da concorrência da Antaq, com base no citado relatório.

³⁸⁵ CERME. Centro de Excelência em regulação de mercados. Unb. *Avaliação da concorrência na prestação de serviços portuários. Relatório final*, p. 131.

³⁸⁶ Operação que, por sua vez, demanda maior eficácia da regulação dos preços pela Antaq.

aquaviário (porque a operação é em rede e verticalizada),³⁸⁷ faz com que usuários, terminais públicos e privados atuem em ambiente assimétrico.

Assim, é preciso critérios e metodologia para identificar se há concorrência desleal, por exemplo, quando um terminal (público ou privado) compete com terminal que possui armadores como sócios (verticalização). Dentre outros casos, cita-se o Terminal Portuário Santa Catarina (TESC), operador portuário localizado no porto organizado de São Francisco do Sul, que movimentou 178.419 TEUS, em 2010, e 7.174 TEUS (de janeiro a setembro de 2016).³⁸⁸

A maioria desses contêineres migrou para os TUP's (i) Porto Itapoá, em Itapoá, com maior produtividade e especialização em contêiner do que o TESC, e tem como acionista o armador alemão Hamburg Sud (acionista da Aliança Navegação) e (i) Portonave, em Navegantes. Nesse caso, um terminal (arrendatário ou privado), possui maior previsibilidade de rotas e poder de barganha para atrair os navios do seu grupo econômico para os seus berços e armazéns.

A análise dos IHH's de diversos terminais no Relatório do CERME mostra a necessidade de uma política eficaz de defesa da concorrência, embora tal norma tenha sido recomendada à Antaq e ao SBDC (Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência) pela SEAE (Secretaria Especial de Acompanhamento Econômico) em 2009, conforme adiante será tratado, até hoje inexistente tal política pela Antaq.

Não obstante, cabe mencionar que tópico foi incluído em Temas Gerais, como *aperfeiçoamento das análises concorrenciais dos mercados regulados*, na Agenda Regulatória da Antaq para o biênio 2016-2017.³⁸⁹

Assim, nesse ambiente de ineficácia do marco regulatório da defesa da concorrência no setor portuário, com repercussão no transporte marítimo, o objetivo desse artigo, em breves notas, é discorrer sobre a defesa da concorrência no setor portuário.

Acredita-se que, dessa maneira, o Estado possa reprimir, prevenir e punir o abuso do poder econômico nesse relevante setor da economia e,³⁹⁰ assim, possibilitar um

³⁸⁷ Sobre o tema: CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. *Direito Portuário e a Nova Regulação*. Prefácio Egon Bockmann Moreira. São Paulo: Aduaneiras, 2015.

³⁸⁸ Administração Portuária do Porto de São Francisco do Sul. Tabela Movimentação de contêineres 2010 a 2016.

³⁸⁹ BRASIL. Antaq. Resolução n. 4.502, de 3 de dezembro de 2015. Disponível em: <www.antaq.gov.br>. Acesso em: 07 nov. 2016.

³⁹⁰ DUTRA, Pedro. *Livre concorrência e regulação de mercados: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 285.

ambiente logístico mais equilibrado entre os prestadores de serviços e com modicidade nas tarifas e nos preços dos serviços portuários.

A implantação de uma política de defesa da concorrência nos setores regulados pela Antaq (portos e transporte aquaviário) protegerá, não somente os usuários das infrações da ordem econômica, mas também terminais privados, arrendatários, rebocadores portuários e empresas brasileiras de navegação, diante das empresas estrangeiras que operam fora da regulação da Antaq, tema de outro artigo.

No Brasil, essa regulação, dita moderna, vem sendo efetuada, a partir de 1996, com a criação da Aneel (Agência Nacional de Energia Elétrica), que regula o setor de energia elétrica, por meio das agências reguladoras setoriais, que devem ter independência e autonomia financeira para fazerem a regulação econômica do setor. No setor portuário, a regulação setorial teve início com a edição da Lei nº. 10.233/2001, que criou a Antaq, também competente para regular o transporte aquaviário.

Ademais, dada a relevância do setor para a economia, a efetividade da (i) defesa da concorrência no setor portuário é condição necessária, mas não suficiente, para o desenvolvimento econômico de qualquer nação. Aliados a tal princípio, destacam-se a defesa do (ii) usuário e dos (iii) contratos (segurança jurídica), considerados relevantes para a efetividade da ordem econômica constitucional brasileira.

No caso do setor portuário brasileiro, onde convivem arrendatários e concessionários (portos organizados), de um lado, e autorizatários (terminais privados), de outro lado, assume relevância a discussão sobre a redefinição/fixação das poligonais dos portos organizados.

Isso se dá com o aumento da participação dos terminais privados, especialmente os terminais de uso privado (TUP's) no conjunto de movimentação portuária no Brasil, com o fim da exigência de carga própria para outorga de autorização destes terminais decorrente da revogação do Decreto nº. 6.620/2008 (que exigiu a preponderância da movimentação de carga própria em relação à carga de terceiros, para os terminais privados) pelo Decreto nº. 8.033/2014.

O setor portuário, pela diversidade de atores e relações jurídicas que nele operam, é considerado uma indústria de rede, portanto, um ambiente propício a condutas oportunistas e preços abusivos. Nesse cenário, é relevante a regulação setorial, bem como uma política de cooperação com a agência antitruste - Cade.

Por tais motivos a Antaq é competente para julgar atos de infração à ordem econômica, tal como dispõe o art. § 2º, do art. 78 da Lei nº 10.233/2001.³⁹¹ Além disso, ao implementar as concessões deve observar o princípio da livre concorrência, nos termos do art. 28, inciso II, da citada norma, qual seja:

Art. 28. A ANTT e a ANTAQ, em suas respectivas esferas de atuação, adotarão as normas e os procedimentos estabelecidos nesta Lei para as diferentes formas de outorga previstos nos arts. 13 e 14, visando a que: (...) II – os instrumentos de concessão ou permissão sejam precedidos de licitação pública e celebrados em cumprimento ao princípio da livre concorrência entre os capacitados para o exercício das outorgas, na forma prevista no inciso I, definindo claramente: (...)

2.1. Defesa da Concorrência na Nova Lei dos Portos

Na Nova Lei dos Portos - nº. 12.815/2013 - o estímulo à concorrência é uma das diretrizes, conforme o art. 3º, inciso V, qual seja:

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.

A defesa da concorrência no âmbito do transporte aquaviário e da atividade portuária tem na Constituição Federal, art. 170, inciso V, art. 173, § 4º,³⁹² na Lei nº 12.529/2011 e na Lei nº 10.233/2001, vários dispositivos que tratam da promoção da competitividade e de combate à estrutura de mercado em que não se verifica uma concorrência perfeita, ou seja, em que existe pelo menos uma empresa ou consumidor com poder suficiente para influenciar o preço de mercado e a quantidade transacionada.

Como exemplos de concorrência imperfeita há os oligopólios e a concorrência monopolística. Uma situação de concorrência imperfeita pode ocorrer quando existe poder de influência dos preços de um prestador de serviços ou de um número reduzido de consumidores.

³⁹¹ Art. 78-F. A multa poderá ser imposta isoladamente ou em conjunto com outra sanção e não deve ser superior a R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais). § 2º A imposição, ao prestador de serviço de transporte, de multa decorrente de infração à ordem econômica observará os limites previstos na legislação específica.

³⁹² Vale ressaltar que a Constituição Federal deixou de ser um documento de orientação política para os governantes, e vem se tornando, cada vez mais, um conjunto de normas jurídicas, a partir do qual o administrador público deve nortear a sua atividade, vez que vinculante para as suas atividades, em face da força normativa da Constituição.

Dentre as características deste tipo de estruturas de mercado podem ser citadas: (i) existência de produtos a diferenciá-los dos concorrentes e criar pequenos nichos de mercado e (ii) existência de preços distintos para cada um dos produtos. A regulação dessas condutas e o registro e acompanhamentos dos serviços e preços portuários pela Antaq são relevantes para evitar excessos por quem tem poder para influenciar os preços.

Assim, no que tange à promoção da competição, conforme dispositivos da Lei de criação da Antaq, devem ser mencionados o art. 5º, inciso III;³⁹³ e o art. 11, inciso XI.³⁹⁴

O fomento à competição entre os operadores está previsto no art. 27, inciso IV,³⁹⁵ da Lei nº 10.233/2001. Por sua vez, no que concerne à repressão de fatos e ações que configurem ou possam configurar competição imperfeita ou infrações da ordem econômica são mencionados nos seguintes dispositivos: art. 12, inciso VII;³⁹⁶ e art. 20, inciso II.³⁹⁷

³⁹³ Art. 5º. Fica criado o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte – CONIT, vinculado à Presidência da República, com a atribuição de propor ao Presidente da República políticas nacionais de integração dos diferentes modos de transporte de pessoas e bens, em conformidade com: III – a promoção da competitividade, para redução de custos, tarifas e fretes, e da descentralização, para melhoria da qualidade dos serviços prestados;

³⁹⁴ Art. 11. O gerenciamento da infra-estrutura e a operação dos transportes aquaviário e terrestre serão regidos pelos seguintes princípios gerais: (...) XI – ampliar a competitividade do País no mercado internacional;

³⁹⁵ Art. 27 - Cabe à ANTAQ, em sua esfera de atuação: (...) IV – elaborar e editar normas e regulamentos relativos à prestação de serviços de transporte e à exploração da infra-estrutura aquaviária e portuária, garantindo isonomia no seu acesso e uso, assegurando os direitos dos usuários e fomentando a competição entre os operadores;

³⁹⁶ Art. 12. Constituem diretrizes gerais do gerenciamento da infra-estrutura e da operação dos transportes aquaviário e terrestre: (...) VII – reprimir fatos e ações que configurem ou possam configurar competição imperfeita ou infrações da ordem econômica

³⁹⁷ Art. 20. São objetivos das Agências Nacionais de Regulação dos Transportes Terrestre e Aquaviário: (...) II, (...) b) harmonizar, preservado o interesse público, os objetivos dos usuários, das empresas concessionárias, permissionárias, autorizadas e arrendatárias, e de entidades delegadas, arbitrando conflitos de interesses e impedindo situações que configurem competição imperfeita ou infração da ordem econômica.

Os princípios da livre concorrência, da liberdade de preços³⁹⁸ e repressão à toda prática prejudicial à competição estão dispostos, respectivamente, nos artigos 28, inciso II;³⁹⁹ art. 43, inciso II,⁴⁰⁰ e art. 45.⁴⁰¹

Ressalte-se que a competição nos transportes aquaviários e na atividade portuária também colabora para a melhoria da competitividade dos produtos brasileiros,⁴⁰² tendo em vista o forte impacto dos custos desses serviços na formação dos preços do produto importado ou exportado.

Com o propósito de corrigir as falhas apontadas, podem ser propostas regras de regulação compatíveis com o mercado e a legislação, bem como a Antaq pode realizar ações de promoção de defesa da concorrência, com base na sua competência acima fundamentada, por meio de parcerias com a Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica, que faz parte do Ministério da Justiça.

Nesse contexto, poder-se-ia analisar o desempenho da gestão portuária, por meio da avaliação das estruturas gerenciais e definição do modelo de gestão, diagnosticar a situação financeira econômica dos portos, analisar o impacto da verticalização (armador sócio de terminal portuário), a concorrência intra e inter-portos, e elaborar metodologia para apuração de reajustes e revisão de tarifas.

³⁹⁸ Ao contrário da conclusão do relatório da pesquisa do CERME, defende-se o registro e acompanhamento de preços e tarifas pela Antaq, tal como preceitua o marco regulatório que determina a fiscalização e a supervisão dos serviços regulados. Essa política, com alguns ajustes, vem sendo efetuada pela Agência Nacional de Aviação Civil – Anac, por exemplo, no transporte aéreo internacional de passageiros e de carga, e inibe condutas oportunistas pelos prestadores de serviços (terminais) que possibilitam preços que violam a modicidade. Tratando-se de indústria de rede, o setor portuário é ambiente propício para tal prática. Deve-se, contudo, mencionar, que a prática proposta é diversa de uma política regulatória (regulação econômica) por meio de tabelamento de preços e tarifas.

³⁹⁹ Art. 28. A Antt e a Antaq, em suas respectivas esferas de atuação, adotarão as normas e os procedimentos estabelecidos nesta Lei para as diferentes formas de outorga previstos nos arts. 13 e 14, visando a que:(...) II – os instrumentos de concessão ou permissão sejam precedidos de licitação pública e celebrados em cumprimento ao princípio da livre concorrência entre os capacitados para o exercício das outorgas, na forma prevista no inciso I, definindo claramente: a) (vetado); b) limites máximos tarifários e as condições de reajustamento e revisão; c) pagamento pelo valor das outorgas e participações governamentais, quando for o caso; d) prazos contratuais.

⁴⁰⁰ Art. 43. A autorização aplica-se segundo as diretrizes estabelecidas nos arts. 13 e 14 e apresenta as seguintes características: (...) II – é exercida em liberdade de preços dos serviços, tarifas e fretes, e em ambiente de livre e aberta competição;

⁴⁰¹ Art. 45. Os preços dos serviços autorizados serão livres, reprimindo-se toda prática prejudicial à competição, bem como o abuso do poder econômico, adotando-se nestes casos as providências previstas no art. 31.

⁴⁰² Acerca do tema, por meio de crítica a partir de pesquisa empírica: WANKE, Peter. A qualidade da infraestrutura logística na percepção dos grandes exportadores brasileiros. In: CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de (coord.) Prefácio Nelson Carlini. Direito, Regulação e Logística. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 249-261.

Segundo Motta:

(...) ainda não existe no âmbito da atividade de transporte aquaviário de mercadorias qualquer precedente de processo administrativo que envolva infração à ordem econômica. Embora a Antaq entenda ser competente, concorrentemente, ao Cade, para julgar as infrações à ordem econômica, o que se pode constatar do estudo de seus processos administrativos que envolvem a exploração de instalações portuárias é que, ao apurar indícios de infração à ordem econômica, a Antaq, prudentemente, diga-se, tem se absterido em prever e aplicar qualquer penalidade.⁴⁰³

Menciona-se a inexistência de convênio de cooperação entre a Antaq e o Cade para as hipóteses de julgamento de infração à ordem econômica, a fim de que, ao evitar sobreposição de competências e *bis in idem* (repetição – *bis* – de uma sanção pelo mesmo fato – *in idem*), a agência possa agir em consonância com o Cade. Por exemplo, a existência de uma norma com critérios e metodologia para identificar infrações à ordem econômica no aumento de preços de serviços portuários, com índices bem superiores ao IGP-M acumulado no período, por terminal que possui posição dominante.⁴⁰⁴

Isso ocorre em processo julgado na Antaq⁴⁰⁵ no qual se formulou convite ao relator de processo em andamento no Cade (de objeto conexo àquele em julgamento na Antaq) para que assistisse à sessão de julgamento na Antaq.⁴⁰⁶

Ademais, em setores competitivos como o de transportes aquaviários e atividade portuária deve-se ter cautela com as externalidades negativas. Dessa maneira, a articulação entre concorrência e mercados regulados tem que ser gerenciada com cuidado, motivação, transparência e definição precisa das responsabilidades de cada agente.

A livre concorrência, de um lado, obriga todo órgão estatal, especialmente as agências reguladoras setoriais de mercados que operam em indústria de rede, como o

⁴⁰³ MOTTA, Andréa Limani Boisson. *A Regulação do Transporte Aquaviário de Mercadorias*. Dissertação de Mestrado em Direito. Rio de Janeiro: Universidade Cândido Mendes, 2006, p. 145.

⁴⁰⁴ Essa situação foi identificada em oito serviços prestados pelo terminal privado – TUP – Portonave S/A que, em quarenta e oito meses, de 1.1.2010 a 1.1.2014, aumentos tais preços entre 200 e 445,45%, enquanto o IGP-M acumulado foi de 33%. Um dos serviços, inspeção (desunitização + unitização) para mudança, aumento de R\$ 1.100,00 (mil e cem reais) para R\$ 6.000,00 (seis mil reais) no período. Embora tenha havido denúncia contra a Portonave S.A e outros terminais e a ABTP, o Superintendente-Geral do CADE decidiu pelo arquivamento da referida denúncia pelo “não cabimento da intervenção desse Conselho quanto à matéria de abuso de preços, por considerar que o preço abusivo não se constituiria um ilícito *per se*”. BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Procedimento Preparatório n. 08700.007937/2014-34. Disponível em:<www.cade.gov.br>. Acesso em: 10 jan. 2016.

⁴⁰⁵ BRASIL. Antaq. Agência Nacional de Transportes Aquaviários. Processo Administrativo n. 50.300.000159/02. Rel. Diretor José Guimarães Barreiros. j. 17.02.2005. Disponível em:<www.antaq.gov.br>. Acesso em: 14 dez. 2007.

⁴⁰⁶ MOTTA, Andréa Limani Boisson. *A Regulação do Transporte Aquaviário de Mercadorias*, p. 146.

portuário e o de transporte marítimo, ambos sob regulação da Antaq, a editar e fiscalizar normas de defesa da concorrência e buscar a sua efetividade.

Assim, é dever da Antaq, e não mera faculdade, zelar pela defesa da concorrência, responsabilidade que aumenta quando há maior dificuldade de implementar a concorrência em ambiente de indústria de rede. Agir de forma contrária, por omissão ou comissão ineficaz, é violar a Constituição Federal.

Deve-se lembrar que a criação de uma agência reguladora decorre da:

(...) existência de falhas que devem ser corrigidas de modo a corrigir disfunções institucionais em certos mercados. Não é à toa, portanto, que um dos lócus favorecidos para a criação de entes reguladores diz respeito, precisamente, às hipóteses em que há a privatização de empresas estatais monopolistas, havendo a substituição destas por agentes vinculados à iniciativa privada.⁴⁰⁷

A sobreposição de competências (p.ex. Antaq e Cade) bem como a omissão do órgão competente gera danos ao mercado. Por sua vez, evitar o atrito entre os regulados e consumidores, bem como entre terminais públicos e privados, é um desafio das políticas do setor e do marco regulatório e da Autoridade Antitruste.

2.2. A relação do Cade com as agências setoriais

A relação do Cade, responsável pela interpretação e aplicação da Lei Antitruste, é relevante. Assim, objetiva-se contribuir para o desenvolvimento da atividade portuária, através dos principais aspectos que envolvem a regulação econômica do setor, como os princípios da defesa da concorrência, da segurança jurídica (para investidores e usuários), e defesa dos usuários.

Acrescente-se, contudo, que a efetividade de tais princípios é condição necessária, mas não suficiente para o aumento da competitividade do setor. Ademais, esse aumento é uma das principais justificativas da reforma portuária iniciada com a edição da MP n.º 595/2012, que culminou com a edição da Lei n.º 12.815/2013 e do Decreto n.º 8.033/2013, consideradas as principais normas do novo marco regulatório do setor.

⁴⁰⁷ GUIMARÃES, Bernardo Strobel; KATO, Mariana Almeida. Arrendamentos Portuários – Licitações, Proteção à Concorrência e o Direito dos Arrendatários. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.) *Portos e seus Regimes Jurídicos - A Lei n. 12.815/2013 e seus desafios*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 213.

Dessa forma, é relevante tratar da defesa da concorrência e das competências do Cade e da Antaq. Isso será feito através do estudo dos principais aspectos jurídicos, conceitos e possibilidades da efetividade da regulação econômica no setor mencionado.

A partir do final de década de 80, com o início do processo de abertura da economia e o abandono das técnicas tradicionais de intervenção, o Direito da Concorrência, gradativamente adquire maior efetividade. Do controle da economia popular passa-se a uma intensificação da tutela concorrencial.

De acordo com Pereira da Silva:

Marca desta mudança foi a edição da Lei n.º 8.158/91, que, em certa medida, simbolizou o nascimento (ou renascimento) da defesa da concorrência. Esta nova etapa, que antecedeu à promulgação da Lei n.º 8.884/94, foi marcada, entretanto, por um certo hibridismo, já que não representou o total abandono das práticas ortodoxas de intervenção nos mercados.⁴⁰⁸

Diante desse cenário e com a criação das agências reguladoras setoriais, a partir da década de 90, as mesmas encontram-se muito mais próximas dos setores que por elas regulados, vez que se inserem num sistema específico de regras, com uma linguagem e *expertise* próprias.

Isso se dá porque as agências possuem mais condições técnicas para identificar as condutas anticoncorrenciais no setor definido no marco da lei de criação de cada uma das agências.

Mas mesmo assim, verifica-se:

(...) uma nítida tensão que se traduz na dicotomia 'centralização x descentralização' do direito da concorrência, ou seja, de um lado, a tendência da setorização do direito antitruste e, de outro, a necessidade de que haja unidade na política concorrencial. Em termos práticos, o que está em jogo é a interpretação cabal da Lei n.º 8.884/94 à economia como um todo ou a pulverização da defesa da concorrência em setores específicos do mercado.⁴⁰⁹

Não obstante o debate sobre a competência de controle da concorrência, o princípio da livre concorrência deve ser a regra, de modo que as restrições regulatórias, seja pelo Cade ou pela Antaq, deve ser a exceção.

Acerca da relação entre o Cade e a regulação setorial, cabe a lição de Caio Mario da Silva Pereira Neto e José Inácio Ferraz de Almeida Prado Filho:

⁴⁰⁸ PEREIRA DA SILVA, Pedro Aurélio de Queiroz. Direito da Concorrência e Regulação nos serviços públicos. In: *Ciência Jurídica*. Belo Horizonte, ano XIX, n. 123, maio/jun., 2005, p. 12

⁴⁰⁹ PEREIRA DA SILVA, Pedro Aurélio de Queiroz. Direito da Concorrência e Regulação nos serviços públicos, p. 14.

Quando a abertura de espaços concorrenciais em setores regulados não foi determinada expressamente pelo legislador, o CADE vem identificando limitações à aplicação do direito antitruste de modo análogo às regras prudenciais norte-americanas denominadas *State Action Doctrine* e *Pervasive Power Doctrine* (com alguns requisitos peculiares impostos em decorrência da própria evolução jurisprudencial do CADE). Diante de uma dessas duas limitações, ao entender que a regulação não abriu espaço para a concorrência no setor regulado, o CADE tem atuado de forma cautelosa: efetivamente apreciando a compatibilidade da política regulatória frente ao direito antitruste, mas como resultado, requerendo ou solicitando às autoridades providências para o cumprimento da lei concorrencial.⁴¹⁰

Concorda-se com tal diagnóstico em relação à atuação do Cade e Antaq no setor portuário, contudo, a verticalização da cadeia e os incentivos para a difusão de TUP's demandam maior urgência da Antaq para a criação e cumprimento de uma política de defesa da concorrência.

3. O Cade e a defesa da concorrência no setor portuário

No que tange à forma de censura,⁴¹¹ pelo Cade, dos atos regulatórios contrários à concorrência envolve, num primeiro momento, a questão da aplicabilidade da Lei n. n.º 8.884/94 (revogada pela Lei n.º 12.529/2011) às autoridades.

Tal aplicação deve ser a mais ampla possível, especialmente porque inexistente discriminação entre empresas da administração pública e empresas da iniciativa privada e, os princípios da ordem econômica do art. 170 da Lei Maior, são aplicados a todos os setores da economia, inclusive cartéis.

Aliás, os artigos 2º e 31, da Lei n.º 12.529/2011,⁴¹² determinam o âmbito de aplicação da Lei de Defesa da Concorrência. Além disso, com base na citada lei, a atuação

⁴¹⁰ PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; PRADO FILHO, José Inácio Ferraz de Almeida. Espaços e interfaces entre regulação e defesa da concorrência: a posição do CADE. In: *Revista Direito GV*, vol, 12, n.1, jan.abr. 2016, p. 42.

⁴¹¹ A análise da jurisprudência do Cade mostra que é possível que atos contrários à concorrência sejam censurados pelo Conselho, bem como "*expedir recomendações ou solicitar providências para o cumprimento da Lei caso verifique, na atividade regulatória, uma norma incompatível com os princípios impostos pela concorrência no mercado, posto que é tarefa do Cade identificar os meios para que a concorrência se manifeste, seja qual for a atividade econômica em questão*". SALGADO, Lúcia Helena. *Voto na Averiguação preliminar contra o Departamento de Aviação Civil – DAC Apud PEREIRA DA SILVA, Pedro Aurélio de Queiroz. Direito da Concorrência e Regulação nos serviços públicos*, p. 25.

⁴¹² Quais sejam: "Art. 2º *Aplica-se esta Lei, sem prejuízo de convenções e tratados de que seja signatário o Brasil, às práticas cometidas no todo ou em parte no território nacional ou que nele produzam ou possam produzir efeitos. § 1º Reputa-se domiciliada no território nacional a empresa estrangeira que opere ou tenha no Brasil filial, agência, sucursal, escritório, estabelecimento, agente ou representante. § 2º A empresa estrangeira será notificada e intimada de todos os atos processuais previstos nesta Lei, independentemente de procuração ou de disposição contratual ou estatutária, na pessoa do agente ou representante ou pessoa responsável por sua filial, agência, sucursal, estabelecimento ou escritório*

do Cade em relação à concorrência setorial, deve ser a mais ampla possível e, embora admissível e saudável que as agências reguladoras setoriais instrumentalizem poderes normativos relacionados à sua competência setorial no âmbito da concorrência, esse poder não pode ser feito ao arrepio da citada Lei e do entendimento do Cade.

Ressalte-se que o Cade tem procurado preencher, sob a ótica do direito da concorrência, as lacunas regulamentares eventualmente não reguladas pelas agências, ou mesmo, substituído normas omissas ou contraditórias que trazem riscos à ordem concorrencial. Nesse sentido, tem sido a jurisprudência do Cade, que tem admitido a competência residual em matéria de regulação.⁴¹³

Nesse cenário, a busca de uma relação dialógica e cooperativa entre a agência setorial, *in casu*, e o Cade, deve ser a melhor forma para dar efetividade à Lei n.º 12.529/2011 no âmbito setorial. Essa articulação pacífica é fundamental, especialmente porque a Lei dos Portos (n.º 12.815/2013), bem como a Lei de Ordenação do Transporte Aquaviário (Lei n.º 9.482/97), são leis específicas.

Dessa forma, no Novo Marco Regulatório, o CAP perdeu a competência, ainda que complementar, para zelar pela defesa da concorrência no âmbito do porto organizado, tal como determinava o art. 30, inciso VI,⁴¹⁴ da Lei n.º 8.630/93, revogada pela Lei n.º 12.815/2013.

Isso se dava em detrimento da competência genérica do Cade,⁴¹⁵ que não suprimia a competência do Cade para aplicar a Lei de Defesa da Concorrência em seus aspectos preventivo e repressivo, ou, ainda, "*de derogar a incidência da norma concorrencial sobre as atividades que se desenvolvem no interior dos portos organizados.*"⁴¹⁶ Mesmo assim, o Cade tinha que ser comunicado pela Antaq, nos termos do art. 31 da Lei n.º 10.233/2001 adiante transcrito.

instalado no Brasil.(...) Art. 31. Esta Lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal.

⁴¹³ PEREIRA DA SILVA, Pedro Aurélio de Queiroz. *Direito da Concorrência e Regulação nos serviços públicos*, p. 27.

⁴¹⁴ Art. 30. *Será instituído, em cada porto organizado ou no âmbito de cada concessão, um Conselho de Autoridade Portuária. § 1º Compete ao Conselho de Autoridade Portuária: (...) VI - zelar pelo cumprimento das normas de defesa da concorrência;*

⁴¹⁵ Com a mesma posição sobre a competência do Conselho da Autoridade Portuária, ao analisar a taxa de segregação no Porto de Santos: BILLIERI, Mário Dittrich. *A Taxa de Segregação no Porto de Santos e o Conflito de Competência entre Autoridades Administrativas*. In: MOREIRA, Egon Bockmann; MATTOS, Paulo Todescan Lessa. (coords.) *Direito Concorrencial e Regulação Econômica*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 387-416.

⁴¹⁶ SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *Regulação e Concorrência - A atuação do Cade em setores de infraestrutura*, p. 205.

Ademais, nos termos do art. 9º da Lei n.º 12.529/2011 e seus §§ 1º a 3º, as "(...) *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 (...)*", o que mostra que a competência do Cade é originária quando se trata de defesa da concorrência.

Nesse cenário, a análise da jurisprudência do Cade é pacífica sobre os agentes dos setores regulados devem observar, ao mesmo tempo, as normas da agência reguladora setorial, bem como o direito concorrencial, nos contratos públicos e privados.

Essa é a síntese da conclusão de manifestação da Procuradoria do Cade emitido em parecer para analisar a competência do Cade frente à Antaq, ao indicar que um ato pode ser válido do ponto de vista das normas regulatórias, mas não em relação às normas de defesa da concorrência.⁴¹⁷

Dessa forma, explícito é o poder do Cade como última instância na interpretação e aplicação da Lei n.º 12.529/2011, havendo, portanto, relação de complementaridade e cooperação entre tais entidades.

Ademais, deve-se ressaltar que, seja, na Constituição Federal, seja na Lei do Cade, nenhum setor, regulado ou não por agência reguladora setorial, é excepcionado da competência do Cade na defesa da concorrência.

Por tal motivo, o legislador inseriu na Lei de criação da Antaq, n.º 10.233/2001, os artigos 31 e 45,⁴¹⁸ que incidem sobre os preços dos terminais autorizatários (TUP's) e do transporte aquaviário.

Na mesma linha é a posição do Cade em decisão proferida em 2005, qual seja:

É evidente que a atividade judicante do Cade - que decorre de expressa determinação constitucional, quando determina que a lei reprimirá o abuso do poder econômico (art. 173§ 4º da CR/88) - não pode ficar condicionada à existência ou não de regulação específica para determinada matéria. Certo é que ao Cade não é dado o poder de revisão dos dispositivos emanados do poder regulador, mormente quando tais dispositivos dizem respeito à regulação técnica e econômica de determinado setor. Não é o Cade um 'revisor' de políticas públicas (...). Entretanto, deparando-se com situações que possam configurar infração à ordem econômica, é dever das autoridades antitruste

⁴¹⁷Manifestação da Procuradoria do Cade a respeito da Nota AGU/MS 02/2006.

⁴¹⁸ Art.31. *A Agência, ao tomar conhecimento de fato que configure ou possa configurar infração da ordem econômica, deverá comunicá-lo ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, à Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça ou à Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, conforme o caso. (...) Art. 45. Os preços dos serviços autorizados serão livres, reprimindo-se toda prática prejudicial à competição, bem como o abuso do poder econômico, adotando-se nestes casos as providências previstas no art. 31.*

investigar e julgar tais condutas, nos estritos termos da Lei n. 8.884/94,⁴¹⁹ de resto em perfeita harmonia com o arcabouço jurídico-institucional vigente. Assim, é irrelevante, para o aplicador do direito antitruste, perquirir se tal ou qual contrato prevêem, expressa ou implicitamente, certa conduta ou atividade, as quais deverão ser analisadas, neste Conselho, sob o prisma da lei da concorrência.⁴²⁰

Por tais motivos, segundo André Marques Gilberto e Álvaro Adelino Marques Bayeux:

Como visto acima, somente nos casos em que exista imunidade conferida constitucionalmente é que o Cade não teria competência para atuar em questões relacionadas a um setor regulado. Com base na análise regulatória realizada na seção anterior deste artigo, viu-se que essa não é uma hipótese que possa ser aplicada ao setor portuário. A atuação dos diversos sujeitos de direito que atuam nesse mercado está sujeita ao crivo do Cade em questões que digam respeito à matéria concorrencial, o que faz com que mesmo um ato eventualmente válido pelo prisma regulatório pode ainda violar as normas que integram o direito da concorrência. Essa conclusão é reforçada pela própria Lei n.º 10.233/2001, que criou a Antaq e estabelece em seu artigo 31 a necessidade de a agência comunicar às autoridades concorrenciais fatos que possam configurar infração à ordem econômica. Isso sinaliza que o legislador optou por não reduzir a esfera de competência do Cade no setor. Trata-se de atividade econômica plenamente sujeita às leis de defesa da concorrência.⁴²¹

Vale, portanto, destacar que não cabe ao Cade revisar ou substituir a decisão do regulador que atua no gozo das suas competências. Isso se dá, mesmo que, na visão do Cade, a regulação seja mal elaborada e, por isso, propicie a criação de cenários anticoncorrenciais.

Dessa forma, compete ao Cade, em última análise, decidir se houve "*omissão regulatória*" ou "*falha*" da regulação, que permita o exercício de competências residuais pela autoridade concorrencial, com a ressalva da revisão judicial dos atos administrativos conforme permite o direito brasileiro, no caso de abusos.⁴²²

Fica claro, dessa forma, a relação de complementaridade e cooperação que deve existir entre as competências da Antaq e do Cade na interpretação do marco regulatório da defesa da concorrência no setor portuário, à luz da Lei n.º 12.529/2011, cabendo,

⁴¹⁹ Revogada pela Lei n.º 12.529/2011.

⁴²⁰ Processo administrativo n.º 8012.007743-99-17.

⁴²¹ GILBERTO, André Marques; BAYEUX, Álvaro Adelino Marques. Os Aspectos Administrativos e Concorrenciais do Direito Portuário. In: SILVA FILHO, Nelson Cavalcante; WARDE JUNIOR, Walfrido Jorge; BAYEUX NETO, José Luiz. (org.) *Direito Marítimo e Portuário: Novas Questões*. GILBERTO, André Marques; BAYEUX, Álvaro Adelino Marques. Os Aspectos Administrativos e Concorrenciais do Direito Portuário. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 458-459.

⁴²² SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *Regulação e Concorrência - A atuação do Cade em setores de infraestrutura*, p. 165.

sempre à Antaq, o dever de comunicar ao Cade fato que possa configurar infração da ordem econômica, nos termos do art. 31 da Lei n.º 10.233/2001 acima transcrito.

Na mesma linha é o entendimento de Patrícia Regina Pinheiro Sampaio:

Como regra geral, no Brasil, a relação entre as competências das autoridades reguladoras e concorrenciais é de complementaridade, ou seja, nem se sobrepõem, nem se excluem. Sendo assim, o fato de uma atividade ser considerada serviço público ou ser objeto de regulação setorial mais rígida não afasta,⁴²³ em princípio, a competência julgadora do Cade. De fato, a atual lei de defesa da concorrência (Lei n.º 12.529/2011) não prevê mercados que sejam a ela imunes. Ao contrário, a ampla redação do art. 31⁴²⁴ determina a sua aplicação às pessoas jurídicas sem fins lucrativos, às de direito público e, inclusive, às que exercem atividades sob monopólios legal.⁴²⁵

A Lei n.º 12.529/2011, de 1º de novembro de 2011, unificou os três antigos órgãos responsáveis pela análise de fusões e investigação de cartéis instalados no Ministério da Justiça e no Ministério da Fazenda — Secretaria de Defesa Econômica e Cade, do Ministério da Justiça, e Secretaria de Acompanhamento Econômico, do Ministério da Fazenda, bem como trouxe para antes das fusões a necessidade da aprovação governamental, o que acabou com o histórico risco de uma decisão do órgão desfazer, a **posteriori**, negócios já concluídos há anos — como aconteceu com a compra da indústria de chocolates Garoto pela concorrente Nestlé.

Nesse cenário, cabe a lição de Alexandre Aragão:

(...) Há, portanto, três poderes inerentes à regulação: aquele de editar a regra, o de assegurar a sua aplicação e o de reprimir as infrações. A regulação, sob quaisquer dessas formas, possui três searas: (a) a regulação dos monopólios, quando a competição é restrita ou inviável, evitando que eles lesem a economia popular, controlando os preços e a qualidade dos serviços ou produtos; (b) a regulação para a competição, como forma de assegurar a livre concorrência no setor privado e, no caso de atividades econômicas sensíveis ao interesse público, o seu direcionamento na senda deste; (c) regulação dos serviços públicos, assegurando a sua universalização, qualidade e preços justo.⁴²⁶

⁴²³ Como os terminais de uso privado e as empresas de navegação marítima, especialmente as estrangeiras, que não são reguladas (fiscalizadas e supervisionadas) pela Antaq, com violação do marco regulatório setorial. Essa falha de governo tem proporcionado condutas oportunistas e preços abusivos e prejudicado a defesa da concorrência e do usuário.

⁴²⁴ O artigo aqui é o da Lei n.º 12.529/2011 e não o da Lei n.º 10.233/2001, *in verbis*: Art. 31. *Esta Lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal.*

⁴²⁵ SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *Regulação e Concorrência - A atuação do Cade em setores de infraestrutura*, p. 199-200.

⁴²⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Regulação da economia: conceito e características contemporâneas*. In: CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. (org.). *Temas Atuais de Direito do Comércio Internacional*. vol. II. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2005, p. 96.

4. Cade e Antaq: Possibilidades e limites da cooperação na defesa da concorrência

Essa seção pretende discorrer sobre as possibilidades e os limites de atuação da agência antitruste com a agência setorial no desenvolvimento portuário para garantir a defesa da concorrência. O tema é relevante porque, como agências de Estado, no caso brasileiro, o Cade e a Antaq devem zelar pela efetividade dos princípios que norteiam a regulação da atividade econômica.

A eficácia da política de defesa da concorrência num setor regulado envolve a possibilidade de aparente sobreposição de competências, bem como de dupla aplicação de sanções para o mesmo fato por órgãos diferentes e a difícil identificação entre regulação e concorrência.

A rigor inexistente conflito de competências, mas competências complementares, como leciona Billieri:

Em vista disso, o modelo institucional que se apresenta não se enquadra na configuração de uma isenção antitruste: Tampouco há nesse caso um modelo de competências concorrentes, concorrentes mitigadas ou concorrencial cooperativa. Em verdade a situação parece se enquadrar perfeitamente no modelo de competências complementares.⁴²⁷

Não obstante a doutrina e o fundamento legal, nesse cenário podem ocorrer conflitos jurídicos com (i) avocação, por meio de Resolução, de competência definida em lei dos órgãos do SBDC;⁴²⁸ ou (ii) ocorrência de *bis in idem*.

⁴²⁷ BILLIERI, Mário Dittrich. A Taxa de Segregação no Porto de Santos e o Conflito de Competência entre Autoridades Administrativas. In: MOREIRA, Egon Bockmann; MATTOS, Paulo Todescan Lessa. (coords.) *Direito Concorrencial e Regulação Econômica*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 409.

⁴²⁸ A Lei nº 12.529/2011 confere ao Cade a competência absoluta para julgar processos administrativos de infração à ordem econômica, com efeitos em todo território nacional. O único setor em que a instrução é feita por Agência Reguladora é o setor de telecomunicações, nos termos da Lei Geral de Telecomunicações. Observe-se que, mesmo neste caso, não é afastada a competência do Cade de julgamento em caráter final no âmbito administrativo, nos termos do art. 19, inciso XIX, da Lei n. 9.472/97, qual seja: *Art. 19. À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente: (...) XIX - exercer, relativamente às telecomunicações, as competências legais em matéria de controle, prevenção e repressão das infrações da ordem econômica, ressalvadas as pertencentes ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE;*

A Lei nº 10.233/2001 estabelece no § 2º do art. 78-F a imposição ao prestador de transporte de multa decorrente de infração à ordem econômica, todavia, este dispositivo não conferiu à Antaq a competência para investigar e julgar condutas com tal potencial.⁴²⁹

Apenas definiu os limites da punição pecuniária (R\$ 10 milhões). Portanto, na Lei nº 10.233/2001 não há qualquer dispositivo retirando a competência órgãos do SBDC na investigação e julgamento das condutas anticompetitivas no setor de transporte e portos, estabelecidos por meio da Lei nº 12.529/2011.

Deve-se, assim, ter cautela para que não ocorra *bis in idem* em face de sanções pela Antaq e pelos órgãos do SBDC,⁴³⁰ ao aplicarem a legislação de defesa da concorrência no setor. O conflito negativo entre Cade e Antaq é também possível.

Nesse sentido, é relevante, mencionar as conclusões do Parecer da Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) à Audiência Pública nº 06/2009 da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq) sobre a proposta de norma que regulamenta a outorga de autorização para construção, exploração e ampliação de terminal portuário uso privativo de turismo, aprovada pela Resolução nº 1.315-2009, da Antaq, que assim, concluiu:

18. Diante da análise efetuada no presente parecer, estritamente sob a ótica da advocacia da concorrência e da defesa das melhores práticas regulatórias, resumidamente, sugere-se à ANTAQ: 19. excluir a redação do parágrafo único do art. 20,⁴³¹ de modo a dirimir dúvidas quanto ao eventual conflito de competências do SBDC ou de ocorrência de *bis in idem*. a elaboração, em parceria com os órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC, de metodologia que permita caracterizar e identificar objetivamente as situações de “competição imperfeita”, regulamentando o disposto no artigo 12, VII e no artigo 20, II-b da Lei nº.10.233/2001;⁴³²

Segundo o citado parecer:

⁴²⁹ Ressalte-se, contudo, que o § 1º do citado artigo 78-F dispõe que: *O valor das multas será fixado em regulamento aprovado pela Diretoria de cada Agência, e em sua aplicação será considerado o princípio da proporcionalidade entre a gravidade da falta e a intensidade da sanção.*

⁴³⁰ O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) é composto pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE-MF) e Conselho Administrativo de Defesa Econômica, autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça (Cade).

⁴³¹ Art. 20. A multa estabelecida no art. 18 poderá ser aplicada isolada ou cumulativamente com as demais penalidades de que tratam os incisos I, III, IV e V do mesmo artigo e em sua aplicação será considerado o princípio da proporcionalidade entre a gravidade da infração e a graduação da penalidade.

⁴³² BRASIL. Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda. SEAE-MF. Parecer Analítico sobre Regras Regulatórias n.º 07 COGTL/SEAE/MF. Assunto: Manifestação da Secretaria de Acompanhamento Econômico - SEAE sobre a Proposta de Norma para outorga de autorização para construção, exploração e ampliação de terminal portuário de uso privativo de turismo. Brasília, 11 maio 2009, p. 5-6.

Na prática, situações de competição imperfeita podem ser observadas na ocorrência de elevada concentração econômica, como é o caso de monopólios ou oligopólios na prestação de serviços de operação portuária, ou na ocorrência de condutas anticompetitivas. Contudo, a concentração econômica não configura, por si só, uma infração, ficando a aprovação ou não desse tipo de operação sujeita à análise dos potenciais danos e benefícios econômicos decorrentes, segundo estabelece a Lei nº 8.884/94. Esta Lei também pune as infrações à ordem econômica decorrentes de condutas anticompetitivas por parte dos agentes.⁴³³

Para aperfeiçoar a defesa da concorrência e regulação no setor portuário e defender a competência do Cade e não da Antaq para interpretação e aplicar a Lei de Defesa da Concorrência, vez que se trata de regulação *ex post*, é relevante a lição de Bernardo Stroebel Guimarães e Mariana Almeida Kato:

Para tanto, as agências reguladoras valem-se de normas regulatórias setoriais que condicionam e conformam as condutas dos agentes econômicos daquele setor. A atuação é essencialmente *ex ante* (no estabelecimento de normas aplicáveis a todos os agentes daquele mercado) e complementarmente *ex post* (na fiscalização e controle do cumprimento de tais normas). (...) Já a atuação do regulador geral - no caso do Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE) - tem escopo bastante diverso. O objeto de tutela direto e imediato é a defesa da concorrência (em sua perspectiva geral), seja através da repressão de comportamentos abusivos (...). Não se trata aqui de substituir aqui os mecanismos naturais de mercado, mas de corrigi-los, impedindo que se estabeleçam ou que venham a se propagar efeitos nocivos à competição. Ao contrário do que ocorre com as agências reguladoras, portanto, a atuação do regulador geral é *ex post*, reativa. Seja na análise prévia dos atos de concentração, seja na apuração de condutas anticoncorrenciais, sua competência surge apenas em vista do caso concreto. (...) Há casos de mercados que por si só são capazes de se regular e que demandam, portanto, intervenções apenas pontuais do Estado; e há mercados com estrutura mais hostil à autorregulação, que exigem uma intervenção de caráter mais permanente por parte da Administração Pública - como é o caso do setor portuário.⁴³⁴

Na verdade, há uma dúplice atribuição, pois há interesses gerais, consagrados constitucionalmente a justificar a permanência da regulação para proteger o consumidor, e a preservação da competência enquanto pressuposto da própria ordem econômica.

A análise dos abusos no setor de transporte marítimo e de armazenagem (portuário) indica a existência de marco regulatório suficiente para a defesa da concorrência no âmbito do setor regulado pela Antaq, que envolve alto grau de interdisciplinaridade.

Apesar do voto acima, desconhece-se, desde então, qualquer medida da Antaq para evitar, fiscalizar, supervisionar e punir as práticas decorrentes das condutas oportunistas

⁴³³ BRASIL. Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda. SEAE-MF. Parecer Analítico sobre Regras Regulatórias n.º 07 COGTL/SEAE/MF, p. 3.

⁴³⁴ GUIMARÃES, Bernardo Strobel; KATO, Mariana Almeida. Arrendamentos portuários - Licitações, proteção à concorrência e o direito dos arrendatários, p. 201-202.

que motivaram a denúncia,⁴³⁵ portanto, com violação dos dispositivos da Lei n.º. 10.233/2001 (art. 11, I, III, IV, art. 12, VII, art. 20, II, 'a' e 'b', art. 27, XII e XXI) especialmente o art. 32:

Art. 32. As Agências acompanharão as atividades dos operadores estrangeiros que atuam no transporte internacional com o Brasil, visando a identificar práticas operacionais, legislações e procedimentos, adotados em outros países, que restrinjam ou conflitem com regulamentos e acordos internacionais firmados pelo Brasil. § 1º Para os fins do disposto no *caput*, a Agência poderá solicitar esclarecimentos e informações e, ainda, notificar os agentes e representantes legais dos operadores que estejam sob análise. (Redação dada pela Medida Provisória n.º 2.217-3, de 4.9.2001) § 2º Identificada a existência de legislação, procedimento ou prática prejudiciais aos interesses nacionais, a Agência instruirá o processo respectivo e proporá, ou aplicará, conforme o caso, sanções, na forma prevista na legislação brasileira e nos regulamentos e acordos internacionais.

Nesse cenário, é relevante o Cade assumir a liderança em relação à defesa da concorrência, em face da omissão da Antaq, tal como lecionam lição de Caio Mario da Silva Pereira Neto e José Inácio Ferraz de Almeida Prado Filho:

De outra parte, quando identifica espaços concorrenciais abertos expressamente pela lei e pela regulamentação, ou naqueles espaços em que o silêncio da lei é suprido com a negativa de aplicação das imunidades decorrentes da *State Action Doctrine* ou da *Pervasive Power Doctrine*, o CADE tem exercido reiterada e plenamente sua competência de adjudicação no âmbito concorrenciais, impondo sanções contra práticas restritivas e condicionamentos a operações de concentração. Nessas situações, o CADE assume clara liderança em relação aos órgãos reguladores. Naturalmente, trata-se sempre de um equilíbrio dinâmico. Robert Skitol fala, de forma muito interessante, das “dunas” da política antitruste norte-americana para ilustrar o processo jurisprudencial por meio do qual a Suprema Corte dos Estados Unidos define, redefine e atualiza os objetivos operacionais para aplicação do *Sherman Act*. (SKITOL, 1999, *passim*, mas particularmente p. 240-253; sobre essa discussão, cf. PRADO FILHO, 2011, p. 143-144, nota de rodapé n. 329). Algo semelhante vale para esta discussão brasileira: os *espaços* e *interfaces* entre defesa da concorrência e regulação setorial, quando não tenham sido clara e expressamente definidos pela legislação, deverão ser delimitados e preenchidos pelo CADE via jurisprudência, mas sempre em um diálogo aberto e franco com as agências reguladoras e a própria sociedade.⁴³⁶

4.1. O papel da Antaq, Autoridade Portuária e CAP na regulação econômica

⁴³⁵ O mesmo ocorreu no caso da Libra Rio, quando houve o reajuste abusivo das tarifas portuárias, em janeiro de 2014, sem homologação da Antaq e com índice de reajuste de até 490%, 49 vezes o permitido (10%).

⁴³⁶ PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; PRADO FILHO, José Inácio Ferraz de Almeida. *Espaços e interfaces entre regulação e defesa da concorrência: a posição do CADE*, p. 42-43.

São várias as possibilidades da Antaq, Autoridade Portuária e CAP para a regulação econômica da atividade portuária. Nos termos da Lei nº. 10.233/2001, constituem diretrizes gerais do gerenciamento da infraestrutura e da operação dos transportes aquaviário aproveitar as vantagens comparativas dos diferentes meios de transporte, competindo à Antaq promover sua integração física e a conjugação das suas operações, para a movimentação intermodal mais econômica e segura de pessoas e bens (Art. 12, inciso II) e reprimir fatos e ações que configurem ou possam configurar competição imperfeita ou infrações da ordem econômica (inciso VII).

Ademais, nos termos dos incisos II e V, do art. 3º, da Lei nº.12.815/2013, as seguintes diretrizes devem ser observadas pela Antaq, Autoridade Portuária e CAP, que atua no âmbito do porto organizado, inclusive para fiscalizar a atuação do arrendatário, na exploração dos portos organizados e instalações portuárias.

Na mesma linha, a reforma portuária deu competência à Antaq para instauração de processo administrativo e aplicação de penalidade previstas em lei, em regulamento e nos contratos, nos termos do art. 17, §1º, inciso XI, da Lei dos Portos.

Além disso, compete à Antaq, apurar, de ofício ou mediante provocação, práticas abusivas ou tratamentos discriminatórios, conforme o art. 3º, inciso V, do Decreto n. 8.033/2013, ressalvadas as competências da Lei n. 12.529/2011, *in verbis*:

Art. 3º Sem prejuízo de outras atribuições previstas na legislação específica, compete à Antaq: (...)V - apurar, de ofício ou mediante provocação, práticas abusivas ou tratamentos discriminatórios, ressalvadas as competências previstas na Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011; e (...)

Diante de tal quadro, uma possibilidade é a Antaq instaurar um procedimento de fiscalização para analisar as tarifas e preços do setor portuário e, de posse de tais dados, abrir uma audiência pública para discutir tais custos, sem esquecer de que a mera redução de tais custos não implica na redução dos demais custos da cadeia logística de sua competência. Afinal, deve-se, em face da experiência internacional em setores com controle de tarifas (preços administrados) e preços privados, ter muita cautela.

Cabe destacar que a concorrência dentro dos portos (intra) entre terminais e operadores, por meio de grupos de terminais, é tão relevante quando aquela que se dá entre os portos, especialmente nos grandes centros de carga, tal como lecionam César Ducruet, Theo Notteboom e Peter Langen, da seguinte maneira:

As a result, there is a need to rethink ports as groups of terminals with their own individual logics, notably with the globalization of port terminal operators (Slack and Frémont 2005; Olivier and Slack 2006). Intra-port competition

among terminals and operators in large load centres has become as important as inter-port competition (Pallis et al. 2008).⁴³⁷

Verifica-se, portanto, a possibilidade de estratégias pelos armadores e terminais, por meio, dentre outras formas, de acordo de acionistas que podem prejudicar a defesa da concorrência.

Tal justificativa/percepção mostra a relevância do Cade e da Antaq intensificarem a defesa da concorrência e, por sua vez, a regulação econômica, em terminais públicos e privados verticalizados, o que pode ser feito como maior supervisão das tarifas e preços cobrados pelos referidos tipos de terminais, assim como preços dos navios que operam nos citados terminais, através do registro pelos autorizatários (terminais e empresas de navegação, e seus agentes intermediários) de tais serviços e preços.

Deve-se observar, ainda, as especificidades da regulação de terminais verticalizados, pois possuem implicações distintas no universo portuário, segundo o tipo de carga/terminal.

Por sua vez, no âmbito do porto organizado sustenta-se que a autoridade administrativa para fazer a regulação econômica é a autoridade portuária. Ela pode sugerir medidas para aumentar a competitividade dentro do porto organizado,⁴³⁸ enquanto que, para questões anticoncorrenciais fora do porto organizado e no setor de transporte aquaviário, essa competência é do Cade, vez que não há essa competência específica na Lei n.º. 10.233/2001, conforme o seu art. 31.

Esse argumento, contudo, não isenta a Antaq de zelar pela capacitação dos seus servidores e desenvolver, por meio de cooperação com o Cade, em face das características e especificidades do setor regulado, pela identificação das condutas atentatórias (ilícitas) à concorrência.

5. Considerações finais

⁴³⁷ DUCRUET, César; NOTTEBOOM, Theo E.; DE LANGEN, Peter W. Revisiting Inter-Port Relationships under the New Economic Geography Research Framework. NOTTEBOOM, Theo; DUCRUET, César; DE LANGEN, Peter. (org.) *Ports in Proximity - Competition and Coordination among Adjacent Seaports*. Burlington: Ashgate, 2009, p. 22.

⁴³⁸ O Regulamento (Decreto n. 8.033/2013) da Lei dos Portos (12.815/2013), assim dispõe: Art. 36. Será instituído em cada porto organizado um conselho de autoridade portuária, órgão consultivo da administração do porto. § 1º Compete ao conselho de autoridade portuária sugerir: (...) VI - medidas que visem estimular a competitividade; e VII - outras medidas e ações de interesse do porto.

Conclui-se, portanto, à luz do que foi acima apresentado, que o Brasil possui legislação e instituições suficientes para implementar a defesa da concorrência no setor portuário.

Além disso, inexistente conflito de competência entre Cade, Antaq e autoridade portuária e, em cooperação, de forma complementar, com o CAP, no que tange à *produção, interpretação e aplicação das normas* (juridicidade) de regulação econômica, especialmente defesa da concorrência em face dos transportadores transnacionais e operadores portuários que atuam no país, com base na teoria do impacto territorial, requisitos estratégicos da economia para desenvolver o setor portuário brasileiro.

Como demonstrado, é relevante que a Antaq tome a iniciativa para regular com eficácia a defesa da concorrência no setor de transporte aquaviário e portuário. Para tanto, recomenda-se que a Antaq: (i) edite resolução para identificar os critérios e metodologia que identifiquem condição de concorrência imperfeita, bem como sanções e (ii) efetue maior cooperação com agências reguladoras de transporte aquaviário e portos e autoridades antitruste de outros países, como Estados Unidos e União Europeia, para aumentar a eficácia na defesa da concorrência do setor portuário.

Acredita-se que tais iniciativas, articuladas entre Antaq e Cade, especialmente pela abertura de um diálogo com todos os interessados, podem trazer maior equilíbrio ao mercado e, portanto, benefícios para terminais públicos e privados e, especialmente, aos usuários e terminais não verticalizados.

6. Referências bibliográficas

Administração Portuária do Porto de São Francisco do Sul. Tabela Movimentação de contêineres 2010 a 2016. *Mimeo*, 2016.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Regulação da economia: conceito e características contemporâneas. In: CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. (org.). *Temas Atuais de Direito do Comércio Internacional*. vol. II. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2005, p. 91-138.

BILLIERI, Mário Dittrich. A Taxa de Segregação no Porto de Santos e o Conflito de Competência entre Autoridades Administrativas. In: MOREIRA, Egon Bockmann;

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. (coords.) *Direito Concorrencial e Regulação Econômica*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 481-504.

BRASIL. Antaq. Resolução n. 4.502, de 3 de dezembro de 2015. Disponível em:<www.antaq.gov.br>. Acesso em: 07 nov. 2016.

BRASIL. Antaq. Agência Nacional de Transportes Aquaviários. Processo Administrativo n. 50.300.000159/02. Rel. Diretor José Guimarães Barreiros. j. 17.02.2005. Disponível em:<www.antaq.gov.br>. Acesso em: 14 dez. 2007.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Manifestação da Procuradoria do Cade a respeito da Nota AGU/MS 02/2006. Disponível em:<www.cade.gov.br>. Acesso em: 10 jan. 2016.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Procedimento Preparatório n. 08700.007937/2014-34. Disponível em:<www.cade.gov.br>. Acesso em: 10 jan. 2016.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo administrativo n. 8012.007743-99-17. Disponível em:<www.cade.gov.br>. Acesso em: 10 jan. 2016.

BRASIL. Decreto federal nº. 8.033, de 27 de junho de 2013. Regulamenta o disposto na Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013, e as demais disposições legais que regulam a exploração de portos organizados e de instalações portuárias. Brasília: DOU, 28 jun. 2013.

BRASIL. Lei Federal nº. 10.233, 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. Brasília, DOU, 6 jun. 2001.

BRASIL. Lei Federal nº 12.529, 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. Brasília, DOU, 1 dez. 2011.

BRASIL. Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda. SEAE-MF. *Parecer Analítico sobre Regras Regulatórias n.º 07 COGTL/SEAE/MF*. Assunto: Manifestação da Secretaria de Acompanhamento Econômico - SEAE sobre a Proposta de Norma para outorga de autorização para construção, exploração e ampliação de terminal portuário de uso privativo de turismo. Brasília, 11 maio 2009.

CERME. Centro de Excelência em regulação de mercados. Unb. *Avaliação da concorrência na prestação de serviços portuários. Relatório final*, Tabela 4. Brasília, Unb, 2013.

DUCRUET, César; NOTTEBOOM, Theo E.; DE LANGEN, Peter W. Revisiting Inter-Port Relationships under the New Economic Geography Research Framework. NOTTEBOOM, Theo; DUCRUET, César; DE LANGEN, Peter. (org.) *Ports in Proximity - Competition and Coordination among Adjacent Seaports*. Burlington: Ashgate, 2009, p. 11-27.

DUTRA, Pedro. *Livre concorrência e regulação de mercados: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GILBERTO, André Marques; BAYEUX, Álvaro Adelino Marques. Os Aspectos Administrativos e Concorrenciais do Direito Portuário. In: SILVA FILHO, Nelson Cavalcante; WARDE JUNIOR, Walfrido Jorge; BAYEUX NETO, José Luiz. (org.) *Direito Marítimo e Portuário: Novas Questões*. GILBERTO, André Marques; BAYEUX, Álvaro Adelino Marques. Os Aspectos Administrativos e Concorrenciais do Direito Portuário. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 458-459.

GUIMARÃES, Bernardo Strobel; KATO, Mariana Almeida. Arrendamentos Portuários – Licitações, Proteção à Concorrência e o Direito dos Arrendatários. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.) *Portos e seus Regimes Jurídicos - A Lei n. 12.815/2013 e seus desafios*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 199-219.

MOTTA, Andréa Limani Boisson. *A Regulação do Transporte Aquaviário de Mercadorias*. Dissertação de Mestrado em Direito. Rio de Janeiro: Universidade Cândido Mendes, 2006.

PANITCHPAKI, Supachai. Foreword. *In: Review of Maritime Transport 2012. Report by Unctad Secretariat*. Geneve, New York: UNCTAD, 2012, p. 70.

PEREIRA DA SILVA, Pedro Aurélio de Queiroz. Direito da Concorrência e Regulação nos serviços públicos. *In: Ciência Jurídica*. Belo Horizonte, ano XIX, n. 123, maio/jun., 2005.

PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; PRADO FILHO, José Inácio Ferraz de Almeida. Espaços e interfaces entre regulação e defesa da concorrência: a posição do CADE. *In: Revista Direito GV*, vol, 12, n.1, jan.abr. 2016, p. 13-48.

SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *Regulação e Concorrência - A atuação do Cade em setores de infraestrutura*. Saraiva: São Paulo, 2013.

U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE AND THE FEDERAL TRADE COMMISSION (2010). Horizontal Merger Guidelines. Disponível em: <<http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/hmg-2010.pdf>>. Acesso em: 20 jan. 2015.