

DA CONVERGÊNCIA E COMPLEMENTARIDADE DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA E A REGULAÇÃO DO SETOR PORTUÁRIO

José Carlos Higa de Freitas

Mestrando em direito político e econômico na Universidade Presbiteriana Mackenzie. jh.freitas@uol.com.br

Resumo

Na qualidade de princípio da ordem econômica, a livre-concorrência deve ser aplicada a todos os setores da economia, não havendo restrição expressa a sua aplicação no ramo portuário. Existe, no entanto, uma convergência entre a atuação dos entes do sistema de defesa da concorrência e das agências reguladoras, sendo evidente o risco de posturas contraditórias e prejudiciais a determinadas políticas públicas. Fundamental, dessa forma, se pensar em soluções capazes de harmonizar o ideal de defesa da concorrência e a independência entre os poderes da nação.

Palavras-chave

Livre concorrência. Abuso do poder econômico. Setores regulados. Portuário. Desenvolvimento econômico. Poderes independentes e harmônicos.

CONVERGENCE AND COMPLEMENTARITY OF COMPETITION LAW AND PORT SECTOR ADJUSTMENT

Abstract

The competition policy could be applied in any market, including, the sector of port infrastructure. In many situations, it's possible that Brazilian antitrust system collide with the jurisdiction of the regulatory agencies, bringing risks and damages for public policies. We should think about the best solution to coordinate the competition enforcement with the regulatory agencies independence.

Keywords

Free Competition. Abuse of economic power. Regulated Sectors. Ports. Economic Development. Independent and harmonic powers.

Sumário

1 Introdução. 2 Da Atuação do Estado no Setor Portuário. 3 Da Defesa da Concorrência e Regulação do Setor Portuário 4 Dos Precedentes do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. 5 Os desafios da promoção da concorrência nos setores regulados. 6 Referências

1 INTRODUÇÃO

Convém lembrar, inicialmente, que grande parte dos serviços públicos encontrava-se sujeita ao monopólio estatal até o início da década de 90 do século passado, tornando este campo da atividade econômica um espaço árido para a atuação do Direito antitruste.

Essa realidade, no entanto, sofreu uma alteração substancial com o processo de desestatização capitaneado pelos governos posteriores à redemocratização do Brasil, exigindo a criação de agência regulatórias que passaram a ficar incumbidas do controle e direcionamento dos serviços públicos e algumas atividades econômicas que foram objeto de concessão ou permissão à iniciativa privada.

Não é difícil perceber a existência de uma estrutura concorrencial nos setores regulados onde antes havia apenas o monopólio estatal. Quebra-se, dessa forma, o paradigma de intervenção econômica direta do Estado, mas se coloca em contraposição de um lado a atuação de agentes reguladores e a livre-concorrência.

As agências regulatórias estabelecem normas técnicas de seus respectivos setores, mas frequentemente abordam também pontos de natureza econômica. Em tempo, a atuação no campo econômico pode ir além e acabar compreendendo pontos relacionados à defesa da concorrência. A Lei Federal nº 10.233, de 5 de junho de 2001, que criou a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq), estabelece que ela teria a prerrogativa de fomentar a competitividade no setor, cuidando para que fossem estabelecidas regras nos instrumentos de concessão que respeitem o princípio da livre concorrência.

Cabe indagar, portanto, como se dá a interação entre os órgãos governamentais em questões envolvendo a livre-concorrência em setores regulados da economia. Existirá um órgão preponderante? Como a defesa da concorrência pode ser realizada?

A compreensão dessa questão passa necessariamente pelo reconhecimento de que não existe uma hierarquia entre as agências reguladoras e os integrantes do sistema brasileiro de defesa da concorrência e também de que não há uma norma jurídica expressa afastando a disciplina da defesa da concorrência dos setores regula-

dos, muito embora se observe a existência de previsões legais que trariam a dedução de que as agências regulatórias poderiam tratar de questões relativas a concorrências dentro de suas respectivas competências.

No campo de atuação da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq), o julgamento do processo administrativo de conduta n.º 08012.007443/99-17 representou um caso emblemático desse tipo de questão ao tratar de uma situação de abuso de poder dominante decorrente da cobrança de taxas fixadas ou fiscalizadas pela referida agência regulatória.

Importa reconhecer que a atuação repressiva dos órgãos de defesa da concorrência podem afetar diretamente as expectativas dos agentes econômicos de um setor regulado, cabendo perguntar, assim, qual valor ou qual competência deveria prevalecer em tal situação?

Mais do que isso, cabe indagar de que forma a defesa da concorrência e a regulação de um setor econômico podem se compor de forma a evitar a insegurança jurídica e prejuízos ao interesse público.

Logicamente, esse problema deságua em uma questão maior, que é saber como deve ser aplicada a livre-concorrência em um setor regulado, tendo em vista a sua necessidade de adequação a todos os demais princípios da ordem econômica e o objetivo de garantia do desenvolvimento nacional.

2 DA ATUAÇÃO DO ESTADO NO SETOR PORTUÁRIO

A importância do setor portuário pode ser medida pela sua participação relativa no total das operações brasileiras de comércio exterior. No Brasil, os portos marítimos movimentam anualmente 700 milhões de toneladas, o que representa quase 95% do montante de cargas oriundas ou destinadas ao estrangeiro.¹

¹ Brasil. Secretaria de Portos. *Plano Nacional de Logística Portuária*. Resumo executivo, 14/10/2010. Disponível em: <<http://www.portosdobrasil.gov.br/programas-e-projetos/plano-nacional-de-logistica-portuaria/plano-nacional-de-logistica-portuaria>>. Acesso em: 3 nov. 2013.

O patamar alcançado é resultado de um processo histórico recente de forte influência desestatizante, no qual os agentes privados se tornaram fundamentais para a prestação de um serviço público adequado e eficiente.

Como observa Souza Junior (2008, p. 3):

O atual modelo de exploração e regulação das atividades desenvolvidas no âmbito do Sistema Portuário Nacional teve início em 1990, com a extinção da Portobrás – Empresa de Portos do Brasil S.A. Com a extinção dessa empresa pública, a unidade sistêmica portuária foi fragmentada e alguns de seus órgãos extintos. Superado esse período, em 1993, foi sancionada a Lei n. 8.630, que passou a disciplinar a exploração dos portos organizados e das instalações portuárias, vindo a representar o marco inicial da regulação da atividade brasileira contemporânea.

Quando se menciona o conceito de marco inicial da regulação da atividade portuária pontua-se uma premissa de mudança de paradigma da atuação do Estado nesse setor econômico. Se antes havia uma estrutura que controlava toda atividade e a exercia diretamente, hoje essa atuação é indireta e realizada majoritariamente pelo controle dos agentes econômicos.

O marco regulatório estabelecido para o setor portuário prevê a existência de autoridades portuárias locais que são responsáveis, entre outras coisas, pela fiscalização do cumprimento da regulação do setor e dos contratos de concessão, arrecadação das tarifas relativas à atividade, pré-qualificação do operador portuário e aparelhamento da superestrutura do porto organizado. Em tempo: as autoridades portuárias são assistidas por um conselho, formado por representantes da classe empresarial, dos trabalhadores portuários e do poder público, que exerce a função de órgão consultivo da administração do porto.

Sobre essas estruturas nucleares e locais, a Secretaria de Portos da Presidência da República exerce um papel de coordenação de todas as unidades com o objetivo de garantir a eficiência e a qualidade dos serviços portuários.

Agora, consagrando a necessidade de separar a administração da função regulatória, foi criada a Agência Nacional de Transporte Aquaviários (Antaq) para, em linhas gerais, estabelecer normas e regulamentos relativos à exploração da infraestrutura portuária, garantindo a isonomia no seu acesso e uso, assegurando os direitos dos usuários e fomentando a competição entre os operadores.

Com efeito, a agência regulatória passa a ser o espaço em que são travados os debates referentes à relação entre o Direito e a Economia, pois é dada a ela a prerrogativa de fixação e revisão das tarifas portuárias, colocando em locais contrapostos a propriedade e a livre-iniciativa de um lado e os interesses coletivos de outro.

Esta situação se faz presente na Lei nº. 12.815 de 05 de junho de 2013² que estabelece as diretrizes do setor, a saber:

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.

² Brasil. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/Lei/L12815.htm>. Acesso em: 30 nov. 2015.

O Estado deixa de desenvolver, nesse caso, apenas uma função normativa-reguladora para assumir uma posição de destaque, assumindo o planejamento e incentivo do setor portuário, convergindo para a estrutura prevista no artigo 174 da Constituição Federal, o que precisa ser considerado quando se lida com assuntos pertinentes a defesa da concorrência.

3 DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO DO SETOR PORTUÁRIO

O sistema de defesa da concorrência tem uma aplicação ampla, tanto é assim que ao tratar das infrações à ordem econômica, a Lei n°. 12.529, de 2011, estabelece que:

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.

Agora é preciso considerar que a administração está sujeita às limitações da lei antitruste apenas na exploração, pelas entidades que a conformam como administração indireta, de *atividade econômica em sentido estrito*. Quando a administração apresenta-se exercendo a instituição de políticas públicas ou na prestação de um serviço público, ela certamente não se encontrará limitada pelas normas antitruste (Forgioni, 2005, p. 158).

A lógica aparentemente é muito simples. No campo do serviço público não haveria a interferência das normas concorrenciais, bastando a regulamentação exercida pelo Estado. Por outro lado, na esfera da atividade econômica bastaria o direito concorrenciais, sem a incidência de qualquer outra regulamentação.

Tal conclusão sofre uma mudança significativa a partir do processo de privatização em setores antes dominados pelo monopólio natural do serviço público. No setor portuário abandonou-se a figura da empresa brasileira de portos (Portobrás) para que houvesse a modernização da infraestrutura portuária mediante a expansão dos arrendamentos privados em portos públicos e o crescimento de número de autorizações para portos privados.

Com o propósito de garantir a ampliação ordenada da exploração da atividade portuária foi criada a Agência Nacional de Transportes Aquaviários, cuja atuação pressupõe o conhecimento técnico especializado do setor portuário a fim de garantir a aplicação de tarifas que obedeçam aos pressupostos de eficiência, regularidade e modicidade.

O problema está em saber em qual medida a atuação da agência reguladora de estabelecer as variáveis empresariais básicas sofreria, ainda, a intercorrência da análise de defesa da concorrência pelo Cade.

Nesse ponto é preciso reconhecer que embora a ordem econômica brasileira esteja fundada sob o princípio da livre-concorrência, em nenhum momento se expressa que a defesa da concorrência teria como único e exclusivo interlocutor o sistema brasileiro de defesa da concorrência.

A estruturação das agências reguladoras trouxe, por vezes, a previsão de um controle paralelo da livre-concorrência. É assim, por exemplo, que a Lei nº. 10.233 de 2001 estabelece poderes para a Agência Nacional de Transportes Aquaviários buscar a preservação do interesse público e dos objetivos dos usuários das empresas concessionárias, autorizadas e arrendatárias do setor, arbitrando conflitos de interesses e impedindo situações que configurem competição imperfeita ou infração da ordem econômica.

Ao mesmo tempo, o artigo 31 da Lei nº. 10.233 de 2001 estabelece, por outro lado, o seguinte:

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.

Seguindo essa mesma linha, ao tratar das normas para a outorga de autorização de exploração de terminais portuários de uso privativo em sua Resolução nº. 1.660, a Antaq dispõe expressamente que:

Art. 30. A Antaq analisará as implicações das alterações de controle societário sobre o objeto da outorga, adotando as medidas cabíveis no caso de descaracterização das condições originais da autorização concedida.

Parágrafo único. Havendo indício que configure ou possa configurar infração à ordem econômica, a Antaq deverá comunicá-lo ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), à Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE/MJ) ou à Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (Seae/MF).

Verifica-se, portanto, que existe uma preocupação de se estabelecer um contato entre o agente regulador e o órgão de defesa da concorrência como forma de prevenir atos ou fatos que possam culminar em infrações à ordem econômica.

O problema, por outro lado, é saber como conduzir a atuação de poderes independentes e harmônicos no plano da regulamentação. O que justificaria a intervenção externa para a proteção da concorrência? A falta de norma específica tratando de determinada situação? Ou o não cumprimento e fiscalização de norma regulamentar?

Diante dos questionamentos apresentados nessa seção, convém relacionar no próximo tópico como as decisões do Cade têm enfrentado a questão da aplicação da legislação antitruste em setores regulados, observando, inclusive, a sua manifestação no âmbito do setor portuário.

No encerramento desse artigo caberá, então, desvendar as formas que garantirão a atuação eficiente da administração pública, principalmente no aspecto de coordenação das respectivas atuações de seus agentes para que não haja o desperdício de esforços e recursos em uma atuação paralela e conflituosa.

4 DOS PRECEDENTES DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA

Observa-se uma tendência muito clara nas decisões do Cade de reconhecer que essa autarquia pode sempre atuar quando a agência reguladora for omissa em sua atividade normativa, de supervisão ou mesmo de aplicação do regulamento.

Pode-se afirmar, assim, que a posição da jurisprudência do Cade estaria em conformidade com aquilo que se encontra estabelecido na obra do professor Calixto Salomão Filho (2002, p. 29), o qual reconhece expressamente que:

No Brasil há uma clara definição constitucional de quando e como usar a regulação e há, também, uma clara definição constitucional de que não há qualquer exclusão e, sim, uma complementaridade entre regulamentação e concorrência.

Nem sempre, porém, o Cade parece atuar dentro dessa perspectiva de complementaridade e assume, por vezes, uma posição de atuação mais contundente em relação aos setores regulados.

Mesmo quando se verifica a regulamentação própria do setor, o Cade entende que ela não pode prevalecer quando afasta a concorrência do setor. Um exemplo desse posicionamento encontra-se no voto proferido no Processo Administrativo nº 080000.002605/97-52 pelo conselheiro Marcelo Procópio Calliari (Brasil, 2000):

Assim, mesmo quando exista a competência e a regulamentação de Estados ou Municípios sobre serviço público, ou mesmo da União, pode o órgão de defesa da concorrência, em face de competência própria, atuar. Essa competência deriva, em primeiro lugar, da própria Constituição Federal, que erigiu a livre-concorrência como princípio da Ordem Econômica. Em segundo lugar, pode o Cade atuar em questões que envolvam regulamentação estatal, devido a expreso dispositivo da Lei 8.884/94. O seu artigo 7º dispõe que “*Compete ao Plenário do CADE: X – requisitar dos órgãos do Poder Executivo Federal e solicitar das autoridades dos Estados, Municípios, Distrito Federal e territórios as medidas necessárias ao cumprimento desta lei*”.

De qualquer forma, embora o Cade atue com frequência nos setores regulados, não existem muitos casos nos quais ele tenha sido conduzido a discutir, de forma mais aprofundada, a eficácia da atuação da agência reguladora. Nesses poucos casos, entretanto, existe um risco claro de a atuação do Cade acabar contrariando a política pública determinada pelo ente regulador.

O precedente mais relevante envolvendo o setor portuário destaca a cobrança da taxa de segregação e entrega de contêineres (THC2) promovida pelos terminais portuários de contêineres do porto organizado de Santos em razão dos recintos alfandegados independentes e consumidores, o que caracterizaria uma situação de abuso de posição dominante.

Neste precedente, o Cade adotou uma posição contrária à regulação determinada pelo agente especializado, que previa a cobrança da referida taxa de segregação nos respectivos instrumentos de contrato de arrendamento dos terminais de contêineres do porto de Santos, estabelecendo a sobreposição do Direito antitruste em relação à norma estabelecida para o setor.

Transcreve-se, assim, parte do voto do Conselheiro Ricardo Villas Boas Cueva no processo administrativo nº. 08012.007443/99-17, a saber: (corrigido)

Antes de adentrar a questão de fundo, é indispensável deixar claro que, no exercício das atribuições que lhes são conferidas pela lei, não há qualquer conflito entre este Cade e a Antaq, a agência reguladora setorial. Não há cogitar, na espécie, de conflitos de competências entre as instituições, nem mesmo de preponderância na aplicação da legislação vigente, seja ela regulamentar ou antitruste. Há, antes, uma inegável relação de *complementaridade*, na qual cada uma das instituições atua exatamente nos limites que suas respectivas legislações lhes impõem.

(...)

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 da regulação específica para determinada matéria. Certo é que ao Cade não é dado o poder de revisão dos dispositivos emanados pelo 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 porque, em agindo assim, estaria atentando contra os postulados básicos da legalidade e de toda doutrina que informa a atividade dos órgãos reguladores. Entretanto, deparando-se com situações que possam configurar infração à ordem econômica, é dever das autoridades antitruste investigar e julgar tais condutas, nos estritos termos da Lei nº 8.884/94, 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 edital de licitação ou 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 de concorrência (2005).

Apesar de ser preciso reconhecer a inexistência de um setor da economia dotado previamente de imunidade antitruste, a regulamentação estabelecida pelo ente político competente pode sofrer sim intercorrências em virtude da aplicação do princípio da livre-concorrência. Este é o caso da cobrança da taxa segregação pelos terminais de contêineres do porto de Santos.

Por isso é oportuno questionar, quando ocorre a hipótese de convergência entre a concorrência e a regulação, se a intervenção *“in abstracto”* pelo Cade, alterando regulamentos do ente regulador difere, materialmente, de uma intervenção *“incidenter tantum”* desautorizando a interpretação prevista no regulamento? (Taufick, 2010).

Da mesma forma, não pode passar despercebida nessa análise a questão da suposta imparcialidade do Cade em relação a seus julgamentos referentes a processos que envolvam questões regulatórias, tendo em vista que eles definem a parcela de competência que caberia ao sistema de defesa da concorrência interferindo diretamente em um quadro maior de delegação de poderes suscetível de discussão sob o aspecto de instituição de políticas públicas e divisão de poderes entre as diferentes esferas estabelecidas em nossa Federação.

Convém destacar, enfim, que a jurisprudência do Cade representa um elemento importante para o avanço da discussão relativa à convergência entre questões regulatórias e concorrenciais, porém ela não pode ser considerada uma palavra final sobre a matéria em virtude da limitação de sua competência e o problema da imparcialidade de suas decisões.

Não há dúvida, portanto, que existe um acerto por parte do Cade em reconhecer a inexistência de setores isentos ao juízo relativo à defesa da concorrência, porém deve-se considerar que a legislação brasileira não estabelece de forma precisa a linha divisória entre a regulação e a proteção da concorrência, sendo este o grande desafio a ser enfrentado pela doutrina e jurisprudência nacional sobre essa questão.

5 OS DESAFIOS DA PROMOÇÃO DA CONCORRÊNCIA NOS SETORES REGULADOS

A promoção da concorrência em setores regulados certamente é uma questão tormentosa, na medida em que o Cade não pode intervir nas políticas públicas determinadas pelos poderes soberanos da nação.

Ainda que não existam previsões normativas de exceções concorrenciais *ex ante*, deve ser adotada cautela no encaminhamento de medidas que interfiram na eficácia de qualquer regulamentação já estabelecida, pois as consequências destes atos podem afetar a independência e a harmonia entre os poderes, princípios consagrados no artigo 2º da Constituição Federal. Com esta preocupação, deve-se pensar a concorrência em um ambiente regulado.

Com esta perspectiva, torna-se oportuno promover uma releitura das teorias do “*state action*” e “*pervasive power*” para o ordenamento jurídico brasileiro, sabendo que a transposição dessas teorias para a nossa realidade precisa ser realizada, sopesando certos riscos, como a utilização inadequada dos parâmetros estabelecidos no Direito comparado e o estabelecimento de excessivo crédito a formulações que podem se encontrar em estado de alteração ou questionamento no país de origem (Zanotta; Brancher, 2010, p. 279).

Mesmo assim é de grande valia a utilização das doutrinas destacadas anteriormente, como forma de se delimitar a extensão ideal dos poderes da autarquia responsável pela defesa do Direito antitruste para que não ocorra uma sobreposição ilegal de poderes, resultando em desperdício de esforço estatal, tanto na promoção da defesa da concorrência quanto na aplicação concreta de políticas públicas.

Observa-se, assim, a teoria norte-americana, conhecida como “*state action doctrine*”, que nasceu do confronto da regulação formulada no âmbito estadual e a concorrência capitaneada pela federação dos Estados Unidos da América. Ela funda-se na possibilidade de se reconhecer a imunidade da regulação quando ela é expedida como fruto de uma política pública de substituição da concorrência e quando não existe a supervisão ativa e constante do cumprimento das obrigações impostas pela regulamentação. Ausente qualquer um desses dois requisitos, a ação estatal torna-se passível de revisão pelo órgão encarregado da aplicação do Direito concorrencial (Salomão Filho, 2007, p. 213).

Com efeito, a teoria do “*state action doctrine*” vem sendo aplicado pelo Cade em diversos julgados. Como exemplo pode-se citar o julgamento do processo administrativo n°. 08012.004989/2003-54, que expressa:

Como o serviço de transporte público é regulado por lei municipal, em clara substituição da competição pela regulação, o primeiro requisito do *state action doctrine* estaria atendido. Já o segundo quesito, que diz respeito ao exercício da supervisão ativa e constante cumprimento das condições impostas pelo poder regulador, seria atendido pela previsão formal da competência para fixar tarifas (do artigo 8º da Lei Municipal n°. 13.241/2001). Assim sendo, alegadamente cumpridos os requisitos da doutrina, estaria afastada a incidência da lei antitruste no presente caso (2010).

A segunda teoria norte-americana, sobre a presente questão, tornou-se conhecida como “*pervasive power doctrine*”, cujo fundamento principal é a busca pela identificação de situações em que a competência da agência regulatória federal é tão ampla que impede qualquer interferência da agência responsável pela aplicação do Direito antitruste.

A possibilidade de se reconhecer a imunidade antitruste passa necessariamente por dois pontos fundamentais. O primeiro é o de saber se a extensão da competência do órgão regulador substitui completamente o sistema concorrencial. O segundo ponto baseia-se na premissa de que mesmo não havendo um poder amplo o suficiente para afastar o direito concorrencial, esse poder é profundo a ponto de gerar efeito semelhante (Salomão Filho, 2007, p. 214). Em outras palavras, o poder profundo revela-se na delegação de competência para aplicar o Direito antitruste ou de utilizá-lo na formação das normas regulamentares.

Agora, pode ser que a regulamentação seja elaborada em desconformidade com o Direito antitruste, seja pelo não exercício da competência outorgada ou pela desconsideração dos aspectos concorrenciais na sua elaboração. Apenas a casuística é capaz de estabelecer os exatos contornos de modo a habilitar a interferência do órgão incumbido de aplicar o direito concorrencial.

Não obstante, admite-se preferencialmente a atuação do Cade nos poros regulatórios, complementando-os, mas não os contradizendo. É, no mínimo, paradoxal aceitar a existência de um setor regulado, analisar tal setor com base na

estrutura regulada e, ao final, querer redefinir, parcialmente, a regulação do setor, como se esta pudesse ser desmembrada sem perder o sentido originalmente desejado. Em uma ordem constitucional em que a concorrência não se sobrepõe à regulação, como poderia derogá-la ou, mormente, ab-rogá-la? (Taufick, 2010).

Como se mencionou anteriormente, a teoria do “*state action doctrine*” nasce da contingência de se garantir a não intervenção estadual em matéria legislada em âmbito federal e vice-versa na Federação norte-americana. A mesma necessidade se faz presente no Brasil, mas esse detalhe parece não ter sido observado pelo Cade em alguns de seus julgamentos.

A substituição da regulação pela concorrência deve ser tratada como hipótese excepcional, sendo cabível apenas quando claramente necessária. Essa é a voz da doutrina estrangeira que encontra apoio no Direito nacional se levada em consideração a aplicação do brocardo latino de que a norma especial prevalece sobre a geral, e também a delimitação das competências administrativas estabelecidas na Constituição Federal.

Sob este prisma, é possível considerar que o ente regulador pode analisar determinada política pública e considerar que a livre-concorrência não pode se fazer presente por uma questão de escala, por exemplo. Este representa um caso extremo de substituição da concorrência pela regulação que seria admitida pela teoria do “*state action doctrine*”, contudo a predominância da regulação não precisa chegar a tal ponto e ser preservada em casos nos quais não se verifica essa plena substituição.

No caso do setor portuário, por exemplo, não se observa a plena substituição da concorrência pela regulação até mesmo porque coexistem em um mesmo mercado relevante terminais portuários públicos e privados que operam em diferentes regimes jurídicos. Sobre um tipo de terminal portuário existe o controle tarifário, sobre o outro não. Não obstante, prevalece a obrigação de se observar na formulação de qualquer norma regulamentar, inclusive na que define preços e tarifas, a questão concorrencial por expressa previsão legal.

Trata-se, portanto, da presença do poder profundo disposto na teoria do “*pervasive power doctrine*”. A competência da Antaq para formular a política de preços do setor portuário é ampla e profunda o suficiente, pois considera na sua elaboração a questão da defesa da concorrência, não havendo fundamento para se negar eficácia ao regulamento criado sobre o tema.

Não obstante, o julgamento do referido processo administrativo n. 08012.007443/99-17 ignorou a existência de norma regulamentar presente no contrato administrativo de arrendamento de cada terminal portuário de contêineres do porto organizado de Santos para reconhecer equivocadamente o abuso de posição dominante destes concessionários do serviço público.

Como não poderia deixar de ser, a medida intrusiva da autarquia de defesa da concorrência suscitou a judicialização desta questão, resultando, assim, na manifestação do juízo competente da 5ª Vara Federal da Subseção Judiciária de São Paulo, que houve por bem reconhecer a incompetência do Cade para interferir na política pública indicada pelo agente regulador responsável pela área.

O precitado julgado afirma, em síntese, que:

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 21, XII, “f”, estabelece que compete à União explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os portos marítimos, fluviais e lacustres. E tal exploração, após a edição da Lei nº 8.630/1993, é feita pela Codesp que exerce, cumulativamente, as funções de operadora e autoridade portuárias.

Antes disso, a Codesp tinha exclusividade nas atividades de embarque e descarga de mercadorias, dentre outras tarefas, serviço este que foi delegado aos particulares, dentre eles a autora.

Não há controvérsia entre as partes que a remuneração dos serviços de segregação e entrega de contêineres era exigida pela Codesp (taxa nº 20 da Tabela M – fl. 122 dos autos principais) e que consta (do edital e do contrato) previsão de remuneração de tais serviços, como integra a motivação da decisão administrativa (fl. 122 dos autos principais).

Como se vê, há regulamentação da matéria, ainda que não seja de maneira adequada e que possa ofender a concorrência, como entendeu o Cade.

Por isso, o Cade, ao exercer suas funções, invadiu a esfera de competência da União, que é a titular do serviço, e da Antaq. Note-se que o constituinte, ao estabelecer os princípios da atividade econômica, assim dispôs (art. 170, parágrafo único):

“É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”

Ora, se é livre a iniciativa e ela é exercida dentro dos ditames legais e contratuais, somente a União ou a agência reguladora da atividade poderiam dizer que a cobrança da remuneração é abusiva e não o Cade.

Não é por outra razão que a penalidade não está inserida no rol dos artigos 23 a 27 da Lei nº 8.884/1994.

Ao assim proceder, o Cade abusou do direito previsto em lei, passando a regular as relações entre a União, a Codesp e os arrendatários do Porto de Santos, como se exercesse uma função jurisdicional ou legislativa.

Lembre-se que o nosso sistema, diferentemente do francês, tem jurisdição una e tal organização deve ser respeitada, ainda que se reconheça o preparo dos agentes da ré para regulação da concorrência.

E mais: o excesso na decisão do Cade foi comprovado nos autos, ante a divergência de posicionamento da Antaq e a impossibilidade da União de conciliar os posicionamentos das duas agências.

Além disso, há diversas decisões judiciais com posicionamentos conflitantes, o que poderia ser evitado se o Cade limitasse sua atuação às atribuições legais ou se atuasse conjuntamente com os entes reguladores da atividade portuária.

Frise-se que a criação das agências reguladoras visava fazer cumprir o princípio da eficiência da Administração Pública, que se dá quando as ações dos agentes públicos são tomadas em conjunto, com consultas mútuas, respeitando-se os limites de atribuição de cada ente.

Por isso, em razão de vício de competência, o ato deve ser parcialmente anulado, mantendo-se apenas a multa pela ofensa à concorrência (uma vez que não se analisa esta questão de ordem técnica e já constante da decisão administrativa), mas não a limitação de cobrança pelos serviços previstos no contrato, cabendo à autora, caso confirmada a presente sentença, mover ação contra a União e a Codesp para ressarcimento dos prejuízos.

É de clareza solar, assim, a relevância de se estabelecer um amplo debate sobre os limites da atuação do Cade em ambientes regulados, principalmente, para evitar situações de insegurança jurídica do administrado que não terá como saber se a regulação que lhe é aplicada será mantida por eventual infração à ordem econômica.

Cabe colocar lado a lado a independência e a harmonia dos poderes constituídos e a doutrina do “*state action*” e “*pervasive power*”, de modo a se chegar a elementos dogmáticos capazes de otimizar a melhor solução para o problema da concorrência nos setores regulados. Por outro lado, essa medida é oportuna para o fim de garantir o primado de eficiência na administração pública, evitando que haja a sobreposição de funções.

Conclui-se, portanto, que até que sobrevenha uma disposição normativa expressa que resolva o problema da convergência funcional entre a concorrência e a regulação, deve-se buscar uma solução caso a caso, em que se componha o respeito à independência entre os poderes e as premissas da doutrina norte-americana de modo a se perpetuar uma atuação administrativa eficiente mediante a cooperação entre os diferentes agentes regulatórios e o sistema brasileiro de defesa à concorrência.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo 08012.007443/99-17. Infração à ordem econômica. Abuso de posição dominante por parte dos terminais portuários de contêineres localizados na área de influência do porto de Santos. Tecondi, Santos Libra Usiminas e Tecon. Relator: Conselheiro Ricardo Cueva. J. em 27 de abril de 2005. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?a8889b6caa60b241d345d069fc>>. Acesso em: 26 abr. 2014.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo 08012.004989/2003-54. A comissão requereu a investigação de indícios de conduta concertada praticada pelas concessionárias paulistas de transporte público com o intuito de pressionar o Poder Público Municipal a aumentar as tarifas e de influenciá-lo na regulamentação das rotas e no traçado dos itinerários. Relator: Conselheiro César Costa Alves de Matos. J. em 18 de agosto de 2010. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?a8889b6caa60b241d345d069fc>>. Acesso em: 26 abr. 2014.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº. 08000.002605/97-52. Relator: Conselheiro Marcelo Procópio Calliari, J. em 20 de janeiro de 2000. Acesso em: 26 abr. 2014.

_____. Secretaria de Portos. *Plano Nacional de Logística Portuária*. Resumo executivo, 14/10/2010. Disponível em: <<http://www.portosdobrasil.gov.br/programas-e-projetos/plano-nacional-de-logistica-portuaria/plano-nacional-de-logistica-portuaria>>. Acesso em: 3 nov. 2013.

FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do Direito Antitruste*. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

OLIVEIRA, Clician do Couto. *O processo de modernização nos portos brasileiros na década de 90*. 2000. Dissertação (Mestrado em Ciências Econômicas) – Universidade Estadual de Campinas, São Paulo, 2000.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: as estruturas*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Regulação e concorrência (estudos e pareceres)*. São Paulo: Malheiros, 2002.

SOUZA JR., Suriman Nogueira de. *Regulação portuária: a regulação jurídica dos serviços públicos de infra-estrutura portuária no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2008.

TAUFICK, Roberto Domingos. Imunidade Parker v. Brown: releitura das doutrinas State Action e Pervasive Power no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista ANTT*, v. 2, n. 2, nov. 2010. Disponível em: <http://appweb2.antt.gov.br/revistaantt/ed3/_asp/ed3-artigosImunidade.asp>. Acesso em: 26 abr. 2014.

ZANOTTA, Pedro; BRANCHER, Paulo. *Desafios atuais da regulação econômica e da concorrência*. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

Recebido em: 830/911/20145

Aceito em: 2/4/2015