

ESSENTIAL FACILITIES DOCTRINE: A INFRAESTRUTURA PORTUÁRIA SOB A ÓTICA DO DIREITO CONCORRENCIAL NO BRASIL

ESSENTIAL FACILITIES DOCTRINE: PORT INFRASTRUCTURE FROM THE PERSPECTIVE OF ANTITRUST LAW IN BRAZIL

Bráulio Cavalcanti Ferreira

Doutor em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD/UFSC). Mestre em Direito (PPGD/UFSC). Especialista em Defesa da Concorrência e Direito Econômico pela Escola de Direito Paulista da Fundação Getúlio Vargas (FGV). Bacharel em Direito (UFSC). Vice-Presidente da Comissão de Estudos e Defesa da Concorrência e Regulação Econômica da Ordem dos Advogados do Brasil, Subseção Santa Catarina (CECORE/OAB/SC).

E-mail: brauliocavalcanti@gmail.com

César Santini Müller

Mestre em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD/UFSC). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), 2020. Especialista em Advocacia Tributária pela Escola Brasileira de Direito (Ebradi), em 2023. Bacharel em Direito (UFSC). Presidente da Comissão de Estudos e Defesa da Concorrência e Regulação Econômica da Ordem dos Advogados do Brasil, Subseção Santa Catarina (CECORE/OAB/SC).

E-mail: cesarsmuller@gmail.com

Rafael Vieira Matos

Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), 2020, Secretário-Geral da Comissão de Estudos e Defesa da Concorrência e Regulação Econômica da Ordem dos Advogados do Brasil, Subseção Santa Catarina (CECORE/OAB/SC).

E-mail: rafavieiramatos71@gmail.com

Joana Stelzer

Doutora e Mestre em Direito (Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC). Pós Doutora em Direito (Universidade de São Paulo – USP). Professora Associada IV (UFSC). Professora credenciada no Programa de Pós-Graduação para Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD/CCJ/UFSC). Líder do Grupo de Estudos em Fair Trade/Comércio Justo (NEFT).

E-mail: joana.stelzer@ufsc.br

Everton das Neves Gonçalves

Doutor em Direito Econômico pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Doctor en Derecho Internacional Económico por la Universidad de Buenos Aires (UBA), Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professor Titular do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD), da UFSC. Coordenador do Centro de Estudos Jurídico-Econômicos e de Gestão do Desenvolvimento (CEJEGD).

E-mail: evertong@vetorial.net

Resumo: O objetivo principal do artigo é analisar a aplicação da Doutrina das *Essential Facilities* pelo Direito Concorrencial Brasileiro, em especial, a interpretação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) em processos que envolvem a infraestrutura portuária. Por meio do método de abordagem dedutivo, propõe-se levantamento bibliográfico da doutrina dos Estados Unidos da América e dos precedentes da Suprema Corte do mesmo país que aplicaram a Doutrina das *Essential Facilities*. Em seguida, expõe-se a evolução da legislação regulatória referente ao Setor Portuário Brasileiro, com ênfase na complexidade das leis que disciplinam a infraestrutura de importação/exportação de mercadorias. Ao final, analisa-se a aplicação da Doutrina das *Essential Facilities* pelo Cade, especialmente no Processo Administrativo n.º 08700.005499/2015-51, que apreciou o acesso de infraestrutura essencial no Porto de Suape (PE), julgado em 8 de fevereiro de 2021.

Palavras-chave: *Essential Facilities*, Antitruste, Cade, Mercado Portuário, Porto de Suape.

Abstract: The main objective of this article is to analyze the application of the Essential Facilities Doctrine by Brazilian Antitrust Law, especially the interpretation of the Administrative Council for Economic Defense (Cade) in cases involving port infrastructure. Using the deductive approach method, a bibliographic review of American doctrine and the precedents of the Supreme Court of the United States of America that have applied the Essential Facilities Doctrine is proposed. Next, the article presents the evolution of the regulatory legislation regarding the Brazilian port sector, with an emphasis on the complexity of the laws governing the infrastructure for importing and exporting goods. Finally, the application of the Essential Facilities Doctrine by Cade is analyzed, especially in Administrative Process 08700.005499/2015-51, which addressed access to essential infrastructure at the Port of Suape (PE), decided on February 8, 2021.

Keywords: Essential Facilities, Antitrust, Cade, Port Market, Port of Suape.

Sumário: Introdução. 1 Doutrina das *Essential Facilities* (DEF). 1.1 Origem e conceito. 1.2 Jurisprudência americana. 1.3 Direito Concorrencial brasileiro e aplicação da Doutrina das *Essential Facilities*. 2 Mercado portuário brasileiro. 2.1 Contexto histórico do mercado portuário no Brasil. 2.2 Aplicabilidade da Doutrina das *Essential Facilities* ao mercado portuário. 3 Estudo de caso (Processo Administrativo n.º 08700.005499/2015-51). Considerações finais. Referências.

Introdução

O artigo apresenta fundamentos históricos e jurídicos da Doutrina das *Essential Facilities* (DEF) e analisa sua aplicação no mercado portuário brasileiro; mormente, a partir da análise das *ratio decidendi* utilizadas pelas Cortes dos Estados Unidos da América e pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) no P.A. n.º 08700.005499/2015-51, julgado em 8 de fevereiro de 2021.

A reorganização do setor portuário brasileiro, especialmente a partir da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e das reformas estruturais da década de 1990, promoveu a ampliação da participação privada na exploração da infraestrutura portuária e na prestação de serviços correlatos. A transição do modelo predominantemente estatal para um arranjo regulado com forte presença de operadores privados intensificou a concorrência intrassetorial, ao mesmo tempo em que concentrou o controle de determinadas infraestruturas estratégicas nas mãos de poucos agentes econômicos. Nesse cenário, emerge a tensão estrutural: embora o modelo regulatório estimule a livre iniciativa e a competição, determinadas instalações portuárias – como berços de atracação, píeres especializados, retroáreas alfandegadas e sistemas integrados de movimentação – podem configurar gargalos físicos e econômicos, cujo controle exclusivo por um operador dominante pode produzir efeitos de fechamento de mercado (*market foreclosure*). A negativa ou restrição de acesso a tais estruturas pode inviabilizar a atuação de concorrentes em mercados dependentes, afetando a eficiência alocativa, a competitividade e, em última instância, os consumidores.

O problema da pesquisa caracteriza-se por questionar: é possível aplicar a DEF em casos que envolvam as estruturas portuárias, consideradas as características e o regime regulatório dos portos do Brasil?

Como hipótese, parte-se do pressuposto de que os portos são estruturas essenciais e o acesso à estrutura portuária é necessário para que agentes econômicos tenham a possibilidade de prestar determinados serviços ou oferecer produtos aos consumidores; ou seja, parte-se da ideia de que é possível e aplicável a DEF ao Direito Portuário Brasileiro. A hipótese que se apresenta parte da vedação legal expressa ao abuso de posição dominante e domínio de mercado relevante de bens e serviços, estabelecida no art. 36,

§3º, III, V, X, XI e XII, da Lei Federal n.º 12.529/2011, que institui a Lei de Defesa da Concorrência (LDC).

Para enfrentar o problema proposto, o estudo adota abordagem qualitativa, de natureza jurídico-dogmática, combinando revisão bibliográfica com análise documental de precedentes judiciais e administrativos. Sob perspectiva dedutiva, parte-se da construção teórica e jurisprudencial da Doutrina das *Essential Facilities* no direito estadunidense – especialmente a partir dos precedentes *United States vs. Terminal Railroad Association* (1912), *Otter Tail Power Co. vs. United States* (1973), *Aspen Skiing Co. vs. Aspen Highlands Skiing Corp.* (1985) e *Hecht vs. Pro-Football, Inc.* (1977) – para examinar sua estrutura conceitual e seus critérios de aplicação.

Em seguida, procede-se à análise comparativa entre os parâmetros jurisprudenciais estadunidenses e o enquadramento conferido pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) no Processo Administrativo n.º 08700.005499/2015-51, envolvendo o Porto de Suape. A partir dessa comparação, verifica-se a compatibilidade da DEF com o regime jurídico-concorrencial brasileiro, especialmente com o art. 36 da Lei n.º 12.529/2011 e com a ordem econômica constitucional.

Destarte, o objetivo principal do artigo é abordar a DEF e sua aplicabilidade ao direito brasileiro, em especial ao mercado portuário, tendo em vista a configuração dos portos nacionais como *essential facilities*. Como objetivos específicos, busca-se: (i) apresentar o conceito de DEF adotado no direito estadunidense e no direito portuário brasileiro; (ii) reconstruir a evolução histórico-institucional do mercado portuário brasileiro, com a apresentação do contexto atual do mercado e (iii) analisar as diversas correntes da DEF para investigar sua aplicabilidade aos portos e aos litígios concorrenciais envolvendo o setor portuário, com ênfase ao caso específico julgado pelo Cade.

O tópico inicial apresenta o conceito e as origens, além de detalhar os métodos de configuração e aplicação da DEF que foram estabelecidos pela doutrina e pelas decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos da América. Pautada nas Seções Um e Dois do Sherman Act, a DEF tem sua origem em 1912, no julgamento do caso *United States vs. Terminal Railroad Association*. Contudo, só foi expressamente denominada em 1977, no caso *Hecht vs. Pro Football, Inc.* Conforme o estudo empreendido, muito embora os fundamentos dos Sistemas de Justiça e Econômico dos Estados Unidos

da América (EUA) tenham sido criados com base nos Princípios da Liberdade Econômica, da Livre Iniciativa e da Liberdade Comercial (Life, Liberty and the pursuit of Happiness), a sociedade e o Sistema de Justiça dos EUA condenaram os privilégios de monopólios e o abuso do poder econômico, os quais serão analisados em cinco precedentes no tópico inicial.

O tópico subsequente analisa o enquadramento jurídico da DEF no ordenamento brasileiro, em especial, sua subsunção à LDC, art. 36, §3º, III, V, X, XI e XII e sua adequação à Ordem Econômica Constitucional de 1988. A promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988) e as sucessivas Emendas Constitucionais de 1995 permitiram ao Estado, para além de participar da atividade econômica na condição de agente econômico, sua nova atuação como agente normativo e regulador da atividade econômica, passando a exercer as funções de incentivo, planejamento e fiscalização. É nesse novo cenário, em que a atuação dos investimentos privados prepondera sobre a atuação do Estado nos investimentos e na execução de serviços portuários, que surge a necessidade da fiscalização da livre-concorrência em setores econômicos estratégicos, permitindo, ainda, a aplicação da DEF sob o prisma concorrencial no Brasil. Nesse sentido, o tópico apresenta o histórico da legislação que regulamenta o setor portuário nacional e o enquadramento estabelecido pela legislação antitruste das condutas que configuram abuso de poder econômico. Nesse mesmo tópico são apresentados dados referentes aos atos de concentração e às condutas anticompetitivas que envolveram o setor portuário pelo Cade.

O último tópico propõe análise do P.A. n.º 08700.005499/2015-51, envolvendo o Porto de Suape, em Pernambuco, que serve de paradigma para outros casos concretos envolvendo litígios portuários, nos quais o Cade analisou a DEF na configuração de conduta anticompetitiva.

1 Doutrina das *Essential Facilities* (DEF)

1.1 Origem e conceito

A Doutrina da *Essential Facilities* (DEF) tem sua origem na jurisprudência dos EUA (Nester, 2006, p. 85). Embora a DEF tenha base e evolução em alguns precedentes anteriores, o termo só foi empregado em

1977, no caso *Hecht vs. Pro Football, Inc.* (Lipsky Junior; Sidak, 1999, p. 1195).

A DEF pode ser compreendida a partir de duas grandes orientações teóricas. De um lado, uma corrente intervencionista ou pró-concorrência sustenta que o compartilhamento compulsório de recursos indispensáveis constitui instrumento legítimo para impedir práticas exclusionárias e preservar a rivalidade nos mercados (Fox, 1986; Salomão Filho, 2007). De outro, uma corrente restritiva, influenciada pela Escola de Chicago, entende que a imposição de deveres de acesso deve ocorrer apenas em situações excepcionalíssimas, em razão dos riscos de desincentivo ao investimento, à inovação e da possibilidade de erros regulatórios (Bork, 1978; Posner, 2001). Há ainda a defesa de uma posição intermediária, desenvolvida por Areeda (1990), que reconhece a utilidade da doutrina, mas defende critérios estritos para sua aplicação.

A base legal que permitiu a concepção da DEF está nas Seções Um e Dois do Sherman Act. Tais Seções têm por objetivo proteger a livre concorrência e trazer maior eficácia, ou mesmo eficiência econômica ao mercado, e são decorrentes da aversão à existência de privilégios e monopólios na sociedade americana desde a Guerra de Secessão, em 1865 (Nusdeo, 2002, p. 76).

Segundo Seelen (1997, p. 1117), a DEF tem por objetivo “impedir que um monopolista obste o ingresso de possível concorrente na atividade exercida por aquele, em defesa da livre-concorrência no mercado”.

Hovenkamp (2016, p. 413), a sua vez, destaca três classificações em que podem ser verificadas as EF, a saber:

- (i) monopólios naturais ou acordos de joint venture sujeitos a economias de escala significativas; (ii) estruturas, fábricas ou outros ativos produtivos valiosos que foram criados como parte do regime regulatório, sejam ou não monopólios propriamente naturais; ou (iii) estruturas que são propriedade do governo e cuja criação ou manutenção é subsidiada.

A Corte do 7º Circuito estabeleceu, no julgamento considerado conformação final da DEF, o teste MCI/ATT para identificar situações em

que se deve empregar a DEF, nas quais são verificados quatro elementos para a configuração desta:

- (i) controle de um bem de acesso por parte de um monopolista; (ii) impossibilidade ou não razoabilidade de os concorrentes duplicarem o bem de acesso; (iii) negativa do monopolista de vender ou permitir o uso do bem de acesso pelo seu eventual concorrente; e (iv) viabilidade de fornecer acesso (apud Machado, 2019, p. 26).

Entende-se, pois, não restarem dúvidas de que a natureza tangível ou não do ativo não importa à aplicação da doutrina (Faria, 2014, p. 92).

Areeda (1990, p. 843) aponta que o conceito da DEF foi “invocado de forma distorcida”. O autor cita, como exemplos, o caso em que dado empresário de uma banda de rock buscou o uso de auditório de forma obrigatória; de uma empresa de suplementos que tentou obrigar determinada revista a expor seus anúncios; e de um concorrente que exigiu da empresa Kodak o fornecimento de sua pesquisa antes mesmo de lançar o produto resultante no mercado. Dito isso, o autor questiona se, de fato, todo bem de acesso seria essencial.

Para dirimir questões envolvendo a aplicação da referida doutrina, Areeda (1990, p. 852) propõe três passos para compreender o que é essencial. No primeiro deles, é averiguado se a infraestrutura ou bem de acesso em questão é imprescindível à prática concorrencial. No segundo, se é necessária ao eventual competidor considerado individualmente; logo, com a conjugação destes dois primeiros, é possível notar que a DEF é aplicável; para Areeda, isso ocorre quando a “infraestrutura ou bem de acesso é necessário à competição” e, sem ele, o reclamante não pode ingressar em determinado mercado. Por fim, o terceiro passo consiste na impossibilidade de duplicar o bem de acesso ou infraestrutura e na inexistência de alternativa viável. Contudo, não há uma definição geral do que seria essencial nesse contexto.

Makar (1994, 1131) aponta que o conceito de essencial não deve ser baseado no interesse público, mas, sim, na “Análise Econômica do Direito (AED)”. Assim, é necessário efetivo “equilíbrio entre os efeitos pró-competitivos e anticompetitivos” (Makar, 1994, p. 919).

Gonçalves e Stelzer (2012, p. 85-86) apontam que a AED parte do “emprego da Teoria Econômica em ramos do Direito no intuito de investigar a sua racionalidade econômica”. Assim, há a necessidade de os institutos jurídicos serem pensados de forma a sopesar sua influência na sociedade civil sob pena de ineficácia da norma.

Também sob o prisma da AED, Gonçalves e Stelzer (2007, p. 13) apresentam o “Princípio da Eficiência Econômico Social” como forma de desenvolvimento com inclusão social, conciliando-se os ditames da justiça normativa com a eficiência econômica em busca do uso racional e inclusivo da riqueza para as presentes e futuras gerações, evitando-se que, pelo emprego ineficiente de recursos, verifique-se o desequilíbrio econômico a partir da constatação da carência de recursos em outras atividades.

Ainda que o conceito de Makar possa trazer resposta ao que seria essencial pela DEF, é preciso destacar que foi a política pública, no caso *United States vs. Terminal Railroad Association of St. Louis*, que concebeu o que se entende por DEF.

Do mesmo modo, há casos em que o interesse público foi determinante para a não aplicação da DEF (Seelen, 1997, p. 1122). Assim, as necessidades coletivas não devem ser excluídas para que seja avaliada a essencialidade do bem.

Frequentemente é trabalhada a definição pela qual essencial é aquele bem ou infraestrutura de acesso que seja necessária para que haja competição em certa atividade mercadológica. Entretanto, a lei antitruste protege a concorrência como meio de promover a eficiência econômica, não o processo de rivalidade. Consequentemente, quando as necessidades de um concorrente individual definem o significado de essencial, o objetivo da lei como um todo é contrariado (Seelen, 1997, p. 1123).

Os tribunais podem e, em alguns casos, devem tomar o interesse público sem considerar as preferências dos consumidores (Seelen, 1997, p. 1132). Contudo, é de se destacar que a lei antitruste, nas palavras de Tye (1987, p. 348), “ficaria de cabeça para baixo” se houvesse “a obrigação de tomar medidas afirmativas para alcançar o sucesso de um concorrente”. O autor cita um exemplo sobre a necessidade de um restaurante compartilhar suas cadeiras para acomodar clientes de um *food truck*.

Tendo isso em mente, Seelen (1997, p. 1133) propõe que “uma instalação é verdadeiramente essencial quando a necessidade pública justifica tratá-la como um serviço público”. Entretanto, isso não está sempre relacionado com as preferências dos consumidores ou as necessidades dos concorrentes, devendo ocorrer a análise da eficiência econômica que o compartilhamento trará ao mercado.

Conforme observado, a DEF tem base na literatura especializada, como os trabalhos de Hovenkamp (1994), Areeda (1990), Makar (1994) e Seelen (1997), os quais trazem objetividade e profundidade à análise sobre o tema, de modo que o caso a ser analisado neste estudo seja enfrentado sob uma ótica delimitada da essencialidade da infraestrutura.

1.2 Jurisprudência estadunidense

A Suprema Corte dos EUA analisou a DEF em cinco precedentes que moldaram a tese jurídica e que servem de exemplo de como a propriedade privada pode ser limitada em casos de essencialidade da estrutura particular, cujo acesso possa ser franqueado a outros agentes econômicos.

O quadro 1 sintetiza cinco precedentes da Suprema Corte Americana que foram que demonstram a evolução da aplicação da DEF:

QUADRO 1 - SÍNTESE DE APLICAÇÃO DA DEF NOS EUA

<i>United States vs. Terminal Railroad Association of St. Louis (1912)</i>	A Suprema Corte Americana utilizou a DEF pela primeira vez, ainda que sem mencioná-la diretamente, em 1912, no caso <i>United States vs. Terminal Railroad Association of St. Louis</i> (Lipsky Junior e Sidak, 1999, p. 1295-1198). No caso, os Estados Unidos moveram ação contra 38 réus corporativos e individuais, nomeados, conjuntamente, <i>Terminal Railroad Association of St. Louis</i> . O conjunto foi formado com o objetivo de adquirir várias infraestruturas porto-ferroviárias para combiná-las e as operar como um sistema unitário na região de St. Louis, Missouri, que, em razão de suas condições topográficas, obrigava qualquer empresa com acesso negado àquela infraestrutura a procurar opções extremamente onerosas. Na situação, após a reclamação do governo ser rejeitada pela Corte do Sétimo Circuito, a Suprema Corte Americana, com base nas Seções Um e Dois do <i>Sherman Act</i> , decidiu que o réu deveria garantir acesso ao sistema para qualquer empresa em condições justas e razoáveis, pois a coordenação evidente entre as numerosas entidades resultou em uma
--	--

	combinação com o poder coletivo para exigir injusta e desproporcionalmente um alto preço, por meio de um monopólio, daqueles dependentes da infraestrutura envolvida.
<i>Associated Press vs. United States (1945)</i>	No caso, houve uma associação de empresas que circulavam notícias nos Estados Unidos e organizações similares de coleta de notícias em todo o mundo (Lipsky Junior e Sidak, 1999, p. 1198) para que houvesse uma troca de informações e notícias exclusivas obtidas pelos demais membros. Nessa associação, a entrada de novos membros poderia ser vetada pelos que já estavam associados, dificultando a competição local contra os associados. No julgamento de primeiro grau, houve a concessão para intervenção nos negócios exercidos pela Associação, mas, por existirem outras associações semelhantes, não houve aplicação de qualquer teoria baseada em monopólio. No julgamento do recurso da Associação, o qual foi indeferido, também não ficou clara a existência de um monopólio, primeiro porque isso não poderia ser presumido, segundo pela existência de outras empresas do gênero que, inclusive, facilitavam a concorrência de repórteres e empresas menores. O que ficou claro no julgamento do recurso é que a Associação não poderia excluir a entrada de novos membros de forma arbitrária, portanto, seria ilegal a cláusula que previa a restrição de entrada de novos membros.
<i>Hecht vs. Pro-Football, Inc (1977)</i>	Em 1977, no caso Hecht vs. Pro-Football, Inc., a Corte do Circuito do Distrito de Columbia aplicou, de forma expressa, a DEF. Neste precedente, o judiciário foi acionado para que fosse franqueado o acesso a um estádio para um grupo que pretendia lançar uma equipe nova na Liga Americana de Futebol (AFL). A Hecht, entretanto, teve o acesso ao estádio negado pela administradora devido a um acordo de exclusividade com outra equipe local, os Redskins. No caso, a Hecht necessitaria de um estádio para que pudesse inscrever uma equipe profissional na AFL, de modo que buscou a administradora do RFK Stadium. Contudo, em razão de contrato com a equipe dos Redskins, a negociação não foi exitosa. A Hecht se viu obrigada a negociar diretamente com os Redskins, que não acreditavam que a Hecht conseguiria manter o contrato de uso compartilhado do estádio, por não ser associada à AFL. No julgamento da Corte do Circuito do Distrito de Columbia, aplicou-se a Teoria das <i>Essential Facilities</i> , já que as provas trazidas por Hecht demonstraram que a infraestrutura em questão, o RFK Stadium, (i) era essencial, (ii) não poderia ser duplicada, (iii) o seu uso por terceiros não era prejudicial ao monopolista, os Redskins, no caso, e (iv) sua restrição impedia novos competidores de ingressar no mercado.
<i>MCI Communication s Corp. vs. AT&T (1983)</i>	Em 1983, a Corte do Sétimo Circuito, ao julgar o caso <i>MCI Communications Corp. vs. AT&T</i> , estabeleceu os critérios utilizados em larga escala quando se trata da DEF, a saber: o teste MCI/ATT, por vezes chamado apenas de Teste MCI. Esse processo foi movido por uma empresa de telefonia chamada MCI, que não conseguia ofertar seus produtos ao público, pois a empresa detentora do monopólio dos serviços de telefonia local impedia a primeira empresa de conectar-se com os

	servidores locais. Na decisão, a Corte aplicou a DEF, concedendo acesso aos servidores locais para a MCI (Sampaio, 2013, n. p.). A Corte do Sétimo Circuito, ao julgar esse caso, elaborou quatro elementos: (i) controle de um bem de acesso por parte de um monopolista; (ii) impossibilidade ou não razoabilidade de os concorrentes duplicarem o bem de acesso; (iii) negativa do monopolista de vender ou permitir o uso do bem de acesso pelo concorrente; e (iv) viabilidade de fornecer acesso (Sampaio, 2013, n. p.). Todos esses parâmetros que podem ser objetivamente testados e comprovados formam o Teste MCI/ATT.
<i>Eastman Kodak Co. vs. Image Technical Services (1992)</i>	Em 1992, a Suprema Corte Americana julgou o caso no qual empresas independentes buscavam entrar no mercado de consertos de copiadoras da Kodak. As empresas ofereciam aos seus clientes a possibilidade de comprar as peças e de contratar os serviços de manutenção por preço inferior ao da Kodak, levando que os consumidores preferissem aquelas em relação a esta. A Kodak, então, passou a vender suas peças apenas para aqueles que também adquirissem seus serviços para conserto de suas copiadoras. Isso levou as empresas a entrarem com ação contra a Kodak, pois esta estava monopolizando o mercado de consertos de suas copiadoras, obrigando os consumidores que tivessem adquirido copiadoras Kodak a sempre contratar com seus serviços. A defesa da Kodak foi no sentido de que não dominava o mercado de copiadoras, de modo que as autoras poderiam oferecer consertos das máquinas de outras empresas, e que a manutenção estaria inclusa no mercado de equipamentos. A Suprema Corte Americana considerou que a Kodak possuía motivos razoáveis para não negociar a peça de suas copiadoras.

FONTE: Lipsky Junior e Sidak (1999, p. 1195-1207).

Da análise do Quadro 1, pode-se inferir que o método de aplicação da DEF restou substancialmente aplicado no caso *Hecht vs. Pro-Football, Inc.* (1977), em que a Suprema Corte apontou a necessidade de configurar que a estrutura particular: (i) era essencial, (ii) não poderia ser duplicada, (iii) o seu uso por terceiros não era prejudicial ao monopolista, os Redskins, e (iv) sua restrição impedia novos competidores de ingressar no mercado.

O precedente *MCI Communications Corp. vs. AT&T* (1983), por sua vez, institui a metodologia MCT/ATT ou MCI, a qual determina que, para configuração de uma *essential facility*, o acesso bem necessita ter: (i) controle de acesso por parte de um monopolista; (ii) impossibilidade ou não razoabilidade de os concorrentes duplicarem o bem de acesso; (iii) negativa do monopolista de vender ou permitir o uso pelo concorrente do bem de acesso; e (iv) viabilidade de fornecer acesso.

1.3 Direito Concorrencial brasileiro e aplicação da Doutrina das *Essential Facilities*

No Brasil, diferentemente dos EUA, que já aplicam o Direito Antitruste desde o final do Século XIX, o Direito Concorrencial só veio a se desenvolver mais recentemente, isto é, ao final do Século XX. Vale dizer que mesmo a partir da promulgação da CRFB/88, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) passou por breve período de adaptação e de robustecimento institucional.

A CRFB/88 restringiu os setores passíveis de monopolização por parte do Estado àqueles previstos no art. 21, em respeito aos princípios da livre iniciativa e livre concorrência constantes do artigo 170, Caput e inciso IV (Comparato, 1993, p. 149). Houve, assim, restrição à atuação do Estado como agente econômico (Comparato, 1990, p. 271)

Somente houve maior desenvolvimento da preocupação com a concorrência em nível legal e, principalmente, constitucional, com a edição de emendas constitucionais que flexibilizaram monopólios estatais e com o advento da Lei de Defesa da Concorrência de 1994 (antiga Lei n.º 8.884/94, atual Lei n.º 12.529/11) (Souto, 2003, p. 130-134).

Essa evolução demonstra o Direito Concorrencial voltado, segundo Salomão Filho (2002, p. 47-48) a “uma estrita disciplina das situações monopolistas”, de modo que a DEF “[se] harmoniza plenamente com o ordenamento jurídico brasileiro em matéria de direito concorrencial”.

Atualmente, o ordenamento jurídico brasileiro se preocupa com o desenvolvimento da livre-concorrência e da livre iniciativa, então buscou restringir os monopólios estatais e, já no texto original da CRFB/88, estabeleceu a proteção à Ordem Econômica, fundada, dentre outros princípios, na liberdade de iniciativa e de concorrência.

O direito concorrencial brasileiro não rejeita a DEF, mas a jurisprudência recente do Cade tem adotado postura mais próxima da concepção restritiva, exigindo demonstração rigorosa da indispensabilidade do recurso, da impossibilidade de replicação e dos efeitos anticoncorrenciais decorrentes da negativa de acesso. Sua aplicação, portanto, depende de extenso exame dos requisitos autorizadores. Portanto, a prática brasileira é

mais alinhada com a corrente restritiva e/ou com a posição intermediária elaborada por Areeda (1990).

Assim, a intervenção para evitar a monopolização e possibilitar o acesso dos concorrentes à estrutura essencial depende do preenchimento dos requisitos à luz do caso concreto. Preserva-se, assim, tanto o princípio da livre iniciativa quanto o da função social da propriedade (Faria, 2014, p. 97).

A aplicação da DEF no Brasil ocorreu a despeito de não haver dispositivos expressos nesse sentido a nível constitucional, pois se estabeleceu ambiente favorável à doutrina (Nester, 2006, p. 296).

A CRFB/88 tutela de forma expressa no art. 5º, caput e inciso XXII, o Princípio da Propriedade Privada. Contudo, este não é obstáculo à aplicação da DEF no direito brasileiro, pois o texto constitucional também previu que a propriedade deve atender sua função social, a qual está relacionada com a harmonização entre o interesse do proprietário do bem e o interesse público, consubstanciado nas conveniências sociais e intervenções estatais em prol do princípio da dignidade humana (Moreira, 2004, p. 71-72).

Corroborando a aplicação da DEF ao ordenamento brasileiro, pode-se dizer que é a adequação do bem ou infraestrutura de acesso à sua função social que determina se deve haver compartilhamento (Salomão Filho, 2002, p. 42). A DEF representa a aplicação dos princípios da função social da propriedade e da livre concorrência (Souto, 2003, p. 381). Desse modo, percebe-se que a doutrina brasileira também compreende a compatibilidade da aplicação da DEF com o Direito Constitucional brasileiro, principalmente, se considerados os princípios da livre iniciativa, livre concorrência e função social da propriedade.

Quanto à conformidade da DEF com as normas infraconstitucionais, entende-se que há, sim, dispositivos legais que sustentam a teoria da DEF, no sentido de evitar a dominação dos mercados e a eliminação da concorrência. A principal norma nesse sentido é a LDC, a qual traz, no art. 36, I, II, III e IV, quais atos constituem infração à ordem econômica, dentre os quais constam condutas que (i) tragam prejuízo à livre concorrência e livre iniciativa; (ii) visem à dominação do mercado e (iii) abusem de posição dominante. O parágrafo terceiro do dispositivo especifica as condutas que se enquadram nas hipóteses do art. 36, I a IV, dentre algumas combatidas pela DEF:

(i) impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição; (ii) limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado; (iii) impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços; (iv) discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços; (v) recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais; e (vi) dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado em razão de recusa da outra parte em submeter-se a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais (Brasil, 2011).

Assim, entende-se que, sob o prisma doutrinário e legislativo, a DEF subsume-se ao art. 36, §3º, III, V, X, XI e XII da LDC, de modo que os atos combatidos pela doutrina configuram abuso de poder econômico/posição dominante, vedados pelo art. 36, IV, da LDC.

Além do lado técnico-legal, há de se destacar a importância do compartilhamento de infraestruturas nos variados mercados nacionais. Quanto a isso, Rosa (2022, p. 60) aponta que “compartilhar infraestrutura entre operadoras e entre setores é uma solução promissora para acelerar a conectividade digital [...] e beneficiar os consumidores por intermédio da redução de preços e do aumento da qualidade dos serviços”.

2 Mercado portuário brasileiro

2.1 Contexto histórico do mercado portuário no Brasil

Nos primeiros séculos após o descobrimento, o Brasil foi utilizado como meio de sustento da Coroa Portuguesa (comercialização de pau-brasil, diamantes, algodão, café e cacau, de modo que não havia comércio internacional no Brasil – então colônia). Foi somente em 1808, com a vinda

da Família Real para solo brasileiro, por conta das guerras napoleônicas, que se determinou a abertura dos portos (Pimentel, 1999, p. 9).

Naquele momento foi instituída a Carta Régia de D. João VI, de 28/1/1808, visando fortalecer o comércio entre o Brasil e a Inglaterra, tendo em vista a proteção oferecida pelos britânicos à Coroa Portuguesa contra as frotas napoleônicas. Décadas depois, para dar eficiência ao setor, promulgou-se o Decreto n.º 2.647/1.860 para regular o mercado portuário. Passados nove anos, foi instituído o Decreto n.º 1.746/1869, que autorizou “o governo a contratar a construção, nos diferentes portos do Império, de docas para carga, descarga, guarda e conservação de mercadorias de importação e exportação” (Beserra, 2005, p. 43).

Mais adiante, com a expansão da cultura do café por todo o planalto paulista, era necessária a modernização das instalações portuárias. Nesse contexto, o Governo Federal abriu processo licitatório, em 1888, no qual se sagrou vencedor o grupo composto por José Pinto de Oliveira, Cândido Gaffrée, Eduardo Palacin Guinle, João Gomes Ribeiro de Aguiar, Alfredo Camilo Valdetaro, Benedito Antônio da Silva e Barros e Braga & Cia. Em 1890, esse grupo aumentou seu capital e se reorganizou sob o nome “Empresa das Obras de Melhoramentos do Porto de Santos”, passando, em 1892, a se constituir em sociedade anônima, a Companhia Docas de Santos. Como resultado dessa vitória, caberia a essa empresa a construção, a qual foi finalizada em 1892, e a exploração do porto de Santos pelo prazo de 39 anos, prorrogado pelo governo federal para 90 anos em 1890 (Porto De Santos; Ornelas, 2008, p. 61).

Frente à precária infraestrutura, foi editado o Decreto n.º 15.693/1922, sobre o regulamento dos portos organizados, a fim de aperfeiçoar a estrutura de recepção de navios de grande porte para o transporte de mercadorias e pessoas (Beserra, 2005, p. 71).

No contexto do Estado Novo, com um governo centralizador, foi editado o Decreto n.º 24.447/1934, que manteve os portos sob regime de monopólio e trouxe a primeira definição de “porto organizado” e “instalações portuárias”. A partir de então, não houve no Brasil mudanças legislativas eficientes para adequar o cenário nacional ao crescimento das demandas no setor. (Oliveira; Fernandes, 2013, p. 2225),

Assim como a legislação concorrencial, foi somente no final do Século XX que o Brasil promulgou a Lei n.º 8.029/1990, que autorizou o poder

executivo a dissolver ou privatizar a PORTOBRÁS (Empresa de Portos do Brasil S.A.), de modo a descentralizar a administração dos portos, com a regulamentação do Decreto Lei n.º 99.475/1990 (Stein, 2002, p. 264). O processo de privatização dos portos iniciou com o Governo Collor de Mello, por meio da Lei n.º 8.031/1990. Diante da privatização, a Lei n.º 8.630/1993 (Lei de Modernização dos Portos), buscou renovar os portos nacionais, tanto em suas estruturas quanto em sua regulação. Estabeleceu-se, assim, o Direito Regulatório e o Direito Administrativo Aduaneiro (Castro Junior; Pasold, 2015, p. 19). Com essa reforma, reduziu-se a intervenção do Estado na economia, a fim de engajar o mercado (Zanini *et al.*, 2015, p. 274).

O setor privado deveria, dentre outros aparelhamentos do setor portuário, comprar maquinário de operacionalização dos terminais, melhorar e manter os aparelhos portuários, bem como área de embarque e desembarque de cargas. Em paralelo, a administração pública ficou encarregada da construção e conservação dos portos, assim como de fiscalizar e promover a área portuária (Marchetti; Pastori, 2006, p. 5).

De acordo com dados da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), o custo de movimentação de contêineres nos principais portos brasileiros sofreu uma redução real de 53% entre 1997 e 2003. O custo de movimentação de carga geral reduziu-se em 59% e a movimentação de grãos sólidos sofreu decréscimo de 56% (Lacerda, 2005, p. 302).

Passados vinte anos da promulgação da Lei de Modernização dos Portos, foi sancionada nova lei sobre a gestão portuária, a Lei n.º 12.815/2013, juntamente com o Decreto n.º 8.033/2013, para aumentar, modernizar e aperfeiçoar a infraestrutura e os serviços portuários. A principal diferença dessa nova legislação, se comparada com a Lei de Modernização dos Portos, de 1993, está na extinção da diferença entre terminais de uso privativo exclusivos e terminais de uso privativos mistos (Rego, 2016, p. 71).

Em 2017, o setor portuário foi responsável pela movimentação de cerca de 95% do comércio exterior brasileiro, logo, constitui estrutura fundamental para o desempenho da economia do País (Brasil, 2017, p. 5).

Dados colhidos pela ANTAQ (Brasil, 2024), em relação ao mês de novembro de 2023, demonstram que os terminais de uso privado movimentaram 68,1 milhões de toneladas, notando um crescimento de 5,8%

em relação ao mesmo período do ano anterior. Enquanto isso, os portos organizados movimentaram pouco mais que a metade do que mobilizaram os privados, totalizando 37,5 milhões de toneladas, com um crescimento de 18,8% em relação a 2022. Entre janeiro e novembro de 2023, os portos públicos e terminais de uso privado movimentaram 1,186 bilhão de toneladas, o que corresponde a um crescimento de 6,34% em relação a 2022. Quanto ao destino das cargas, em 2023, o comércio exterior respondeu por 53,35% das movimentações nos portos brasileiros – 82,5% exportações e 17,5% importações.

No que se refere ao Direito Concorrencial, entre 1999 e 2017, o CADE analisou oitenta e um atos de concentração e dezoito condutas cujo objeto envolviam o mercado relevante de serviços portuários.

Em relação ao controle de estruturas, a análise das operações tratou, em sua grande maioria, do controle de terminais portuários e suas implicações sobre o ambiente concorrencial derivadas de concentração horizontal ou de integração vertical entre os terminais e outros segmentos da cadeia de logística (Brasil, 2017, p. 32 e 33).

Nesses casos, a avaliação da possibilidade de novos entrantes nos atos de concentração relativos a serviços portuários julgados pelo CADE e, portanto, da existência de barreiras à entrada nesse mercado, é escassa, e foi objeto de quatro desses atos de concentração (Brasil, 2017, p. 40).

No Ato de Concentração (AC) n.º 08012.000838/2000-84, julgado em 2000, decidiu-se que não havia obstáculos relevantes à entrada, no Porto de Santos, de operadoras de terminais voltados ao armazenamento e movimentação de cargas a granel, compreendendo produtos químicos ou derivados de petróleo. Verificou-se a existência de múltiplas solicitações de autorização submetidas à Autoridade Portuária de São Paulo, e as condições técnicas e econômicas não configuravam uma barreira significativa para empresas com atuação no segmento, seja em outros terminais no território nacional, seja no âmbito internacional (Brasil, 2000).

A segunda avaliação de Ato de Concentração aconteceu ao longo do ano de 2010, no AC n.º 08012.007025/2008-72. À época, o parecer elaborado pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), vinculada ao Ministério da Fazenda, indicou que não existia garantia quanto à entrada de novas empresas, em função de incertezas sobre áreas disponíveis para a construção de novos terminais no Porto de Santos.

Durante o desenvolvimento do procedimento, documentos inseridos no processo revelaram que havia a expectativa de novos concorrentes no setor, o que contribuiu para amenizar as apreensões relacionadas a possíveis barreiras à concorrência. Observou-se, ainda, que distintas estruturas legais viabilizavam a atuação empresarial nesse segmento, fator que reduziria o peso de possíveis limitações de natureza regulatória (Brasil, 2010).

Há ainda um terceiro caso, o AC n.º 08012.011114/2007-32, no qual a SEAE indagou se haveria condições para a entrada tempestiva de novos agentes no mercado. A discussão se concentrou na exigência de procedimentos licitatórios junto às autoridades competentes para a implantação de áreas alfandegadas, tanto em zonas retroportuárias quanto no perímetro do porto organizado. Mais uma vez, a perspectiva de ingresso de concorrentes levou o CADE a mitigar, nesse contexto, o peso conferido a essas barreiras de entrada (Brasil, 2011).

Em relação à repressão de condutas anticompetitivas, entre outubro de 1999 e abril de 2017, o CADE julgou, nos mercados relacionados a serviços portuários, dezoito práticas de condutas anticompetitivas. Dessas dezoito condutas analisadas, seis resultaram em condenação; duas terminaram com celebração de Termos de Cessação de Conduta e dez processos foram arquivados sem aplicação de sanção (Brasil, 2017, p. 53).

Em dois processos, questionou-se o direito de exclusividade de uso de terminais arrendados por operadores portuários privados, em razão de alegado cerceamento de atividades de empresas concorrentes. Em ambos, reconheceu-se que as normas regulatórias vigentes eram obedecidas pelos contratos de arrendamento e que a exclusividade era necessária para os investimentos privados previstos nos contratos.

Houve ainda, dentre as possíveis práticas anticoncorrenciais julgadas pelo CADE, caso no qual se denunciou recusa de movimentação de cargas de terceiros por parte de um operador portuário. O processo foi arquivado, pois o terminal em questão era classificado como de uso privativo misto, portanto, destinado preferencialmente à movimentação de carga do operador arrendatário, sendo a movimentação residual de cargas de terceiros facultativa. Também se constatou que o operador ofertava a capacidade disponível de forma igualitária e impessoal, por meio de licitações e critérios de seleção objetivos (Brasil, 2017, p. 56).

2.2 Aplicabilidade da Doutrina das *Essential Facilities* ao mercado portuário

No Brasil, 95% do comércio exterior é feito pela via marítima, portanto, passa pelos portos. Esse tipo de atividade, considerado serviço essencial à economia internacional, requer competitividade, demandando um ambiente institucional que garanta o interesse público no setor regulado (Castro Júnior, 2016, p. 184).

Terminais privados, que prestam serviço portuário por outorga de autorização, operam com menos encargos do que portos públicos, o que possibilita um ambiente com externalidades negativas entre usuários, porque prestam serviço público. Esse ambiente aumenta os custos de transação e a insegurança jurídica. Assim, são necessários critérios e metodologia para identificar se há concorrência desleal (Castro Júnior, 2016, p. 186-187), por exemplo, quando uma empresa que atua com transporte por balsas concorre com o operador do porto, o qual pode negar acesso às suas estruturas.

Mayer (2009, p. 58) destaca que “os portos configuram polos de encontro das mais diferentes infraestruturas de uma nação, pois são neles que ferrovias, hidrovias e rodovias possuem seus pontos de partida e chegada. São, portanto, polos de transporte intermodal”. Os terminais possuem uma estrutura complexa, com muitas instalações para operações de carregamento e descarga, entrega, recebimento e outros serviços prestados aos donos de mercadorias. Ou seja, o acesso a terminais portuários é importante mesmo para candidatos que não atuem diretamente no setor. Duplicar tal infraestrutura implica altos custos, injustificáveis quando existente outra instalação semelhante (Mayer, 2009, p. 60), sendo, evidentemente, uma *essential facility*.

A necessidade de melhor aproveitamento da infraestrutura, inclusive com seu compartilhamento, fica evidente quando se depara com outra característica dos portos: são investimentos de longa maturação, pois, para operar, necessita estarem prontos, com todas as obras necessárias realizadas e maquinário funcionando adequadamente, o que envolve aplicação de capital vultosa.

Os portos podem ou não estar em situação de monopólio natural, sendo possível a concorrência intra e interportos. A concorrência interportos

decorre da possibilidade de escolher qual porto escoará ou receberá determinada mercadoria. Já a concorrência intraporto advém do fato de um mesmo porto poder abrigar vários terminais privativos, os quais podem atuar na mesma área: graneis, minério, frio, combustíveis e fertilizantes. Nas palavras de Mayer (2009, p. 63-64):

Pode haver, portanto, a concorrência de um terminal graneleiro com outro, do mesmo setor econômico, entre terminais públicos e privativos. Além disso, pode haver o compartilhamento de infraestrutura, ou seja, um mesmo terminal servir para a prestação de serviços de duas ou mais empresas, concorrentes entre si.

Assim, tendo em vista o cenário concorrencial que envolve essa infraestrutura e a dificuldade de sua duplicação, é possível caracterizar como essencial um porto quando seu acesso seja necessário para que determinados candidatos a um mercado tenham a possibilidade de prestar determinados serviços ou oferecer um produto aos consumidores.

A aplicabilidade da DEF à infraestrutura portuária já foi analisada pela jurisprudência estrangeira nos casos (i) Sealink/B&I – Holyhead; e (ii) Sea Containers vs. Stena Sealink.

No primeiro deles, o Porto de Holyhead, usado em conjunto pela Sealink Ferries e B&I. Sealink Harbour e Sealink Ferries, os barcos da B&I chegavam quando não havia comboios no porto, enquanto os barcos da Sealink chegavam quando havia comboios no porto, ao que tudo indicava, por questões anticoncorrenciais. Assim, embora a instalação fosse acessível a ambas as partes, os termos de acesso não eram igualitários (Diathesopoulos, 2010, p. 3). A Comissão da União Europeia, com fundamento na DEF, impôs medidas provisórias contra a Sealink, argumentando que qualquer perturbação por sua parte constituía um abuso de posição dominante.

O segundo caso também se refere ao Porto de Holyhead. A Sea Containers era uma concorrente que pretendia fornecer serviços de balsa mais rápidos do que a Stena Link, subsidiária da proprietária do porto, Stena Sealink, na mesma rota. Para conseguir isso, no entanto, a Sea Containers teve que receber a permissão do operador do porto. Stena Sealink inicialmente recusou-se a conceder a permissão, no entanto, a Comissão

Europeia interveio e repetiu a sua decisão anterior de que o Porto de Holyhead constitui uma infraestrutura essencial. Assim, a Sea Link finalmente concedeu permissão à Sea Containers.

Para aplicação da doutrina na regulação portuária, Gonçalves (2010, p. 272) reporta-se exatamente ao referido julgado para destacar a caracterizar o que se enquadra como bem essencial:

Apesar dos precedentes citados, é com base na decisão da Comissão Europeia em outro caso envolvendo infraestrutura portuária, Sea Containers/Stena Sealink, que são identificados os elementos da referida doutrina naquela jurisdição. Merece destaque a caracterização de bem essencial como ‘único ou muito difícil de duplicar, e necessário para qualquer agente que queira atuar em um determinado mercado’ (embora não necessariamente uma rede ou infraestrutura típica).

Por outro lado, no Processo Administrativo n.º 08012.005660/2003-19, o CADE afastou a aplicação da DEF no mercado portuário. Segundo o entendimento da autarquia, tal doutrina se aplicaria quando está demonstrada cabalmente dependência concorrencial na atuação de um agente econômico em determinado mercado, de modo a estar essencialmente subordinada ao acesso de uma infraestrutura ou serviço controlado por outro agente. Conforme destacado no voto do então Conselheiro Abraham Benzaquen Sicsú, a caracterização de uma “*essential facility*” pressupõe a existência de mercados verticalmente relacionados (*upstream* e *downstream*) e a inviabilidade da oferta de bens ou serviços sem o acesso ao ativo considerado essencial.

Ao analisar o caso concreto, o CADE concluiu que o terminal localizado no Porto de Itaguaí/RJ, por ser classificado como de uso privativo misto, destinava-se prioritariamente à movimentação de cargas próprias, sendo facultativa a movimentação de cargas de terceiros. Além disso, constatou-se que a capacidade disponível era disponibilizada de forma objetiva, impessoal e isonômica. Com base nesses elementos, o Conselho arquivou o processo e entendeu que a integração vertical incentivada pela Lei n.º 8.630/1993 era eficiente e não gerava restrições à concorrência (Brasil, 2006).

No cenário nacional, entretanto, existe ainda um precedente recente do CADE que apontou em sua decisão a aplicabilidade da DEF, o qual será analisado no próximo tópico.

3 Estudo de caso (Processo Administrativo n.º 08700.005499/2015-51)

Em que pese a constante análise do Setor Portuário pelas Cortes jurisdicionais e administrativas brasileiras – a ANTAQ, o Tribunal de Contas da União (TCU) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ) já enfrentaram a matéria –, a presente pesquisa não encontrou estudos científicos nacionais voltados à aplicabilidade da DEF relacionados ao mercado portuário nacional.

Ou seja, os tribunais judiciais e administrativos já enfrentaram a temática da DEF no setor portuário, mas a doutrina consultada, não. Nada obstante as demais cortes já terem lidado com a temática dos portos, este estudo fez uma opção por analisar um julgado específico do CADE.

A presente análise verificou que o CADE julgou, em fevereiro de 2021, o P.A. n.º 08700.005499/2015-51, em que se apurou abuso de posição dominante no mercado de armazenagem de carga na área de influência do Porto de Suape, no estado de Pernambuco.

O julgamento foi marcado pelo debate envolvendo questões regulatórias (State Action Doctrine) e a aplicabilidade da DEF na análise de abuso de posição dominante. O PA foi instaurado em 11/9/2018, a partir de representação conjunta apresentada em 2/6/2015 pelas empresas Atlântico Terminais S.A. (Atlântico), Serviço Unificado de Armazenagem e Terminal Alfandegado S.A. (Suata), em desfavor da Tecon Suape SA. As Representantes (terminais secos), prestavam serviços de armazenagem alfandegada na área de influência do Porto de Suape/PE, com instalações na retroárea do porto e sem acesso direto ao cais de atracação. A Representada, por sua vez, é o operador portuário (também denominado de terminal molhado) exclusivo do Porto de Suape/PE, responsável pela descarga, gerenciamento e movimentação de contêineres provenientes da importação marítima.

As Representantes afirmaram que a Representada estaria cobrando indevidamente pelos serviços de controle documental e gerenciamento, com segregação para transferência de contêineres de importação, procedimento que já faria parte da taxa Terminal Handling Charge. Por ser a única operadora no Porto de Suape/PE, a Representada detinha o monopólio de movimentação de contêineres. Assim, a mercadoria do importador que contratava as Representantes para armazenagem na alfandegada necessariamente teria de passar pela Representada. Segundo as Representantes, a cobrança de taxa denominada SSE ou THC2 é exigida pela Representada (único operador portuário do Porto de Suape/PE) em face dos recintos alfandegados independentes, a título de “controle documental e gerenciamento com segregação para transferência de contêineres oriundos de importação” (Brasil, 2021).

Na Representação formulada, as Representantes sustentaram a inexistência do serviço prestado como base da formação de preço, posto que a movimentação horizontal é remunerada pelo THC, que abrange os serviços correspondentes ao *box rate*¹. As Representantes sustentaram que os recintos alfandegados não possuem relação comercial com a Representada que legitimasse a cobrança, pois seria dever do operador portuário disponibilizar o contêiner para retirada sem adição de custos e de forma eficiente.

Dessa forma, a Representada utilizaria sua posição para impor a cobrança de valores indevidos às Representantes, que não tinham alternativa a não ser fazer o pagamento, sob pena de não ter acesso às próprias mercadorias. Essa conduta elevaria artificialmente os custos das Representantes, impactando a competitividade no mercado de armazenagem de contêineres, setor no qual competem diretamente com a Representada.

Em sua defesa, a Representada aduziu que a taxa era justificada, uma vez que se refere à remuneração de serviços prestados aos seus usuários que incluem valores não contemplados pelo *box rate*, arcado pelo armador, conforme estabelecido na Resolução n.º 2.389/2012, da ANTAQ.

De acordo com a Representada, tais serviços proporcionam aos terminais retroportuários maiores vantagens na logística de retirada das

¹ No mercado portuário, o termo *box rate* (ou cesta de serviços) refere-se à tarifa cobrada pelo transporte de um contêiner padrão em uma determinada rota marítima, dentro de contratos de prestação de serviços portuários e de navegação.

cargas do terminal, sem representar vantagem competitiva para a Representada.

A Representada sustentou que os gastos de qualquer importador são equivalentes, seja sua mercadoria destinada à armazenagem no seu pátio, seja destinada aos armazéns alfandegados, não havendo vantagem competitiva da Representada em relação aos Representantes.

Isso porque, quando os contêineres são destinados aos recintos alfandegados, não há que se falar em armazenagem no período de 48 horas. Tais recintos dispõem desse intervalo para retirar a carga dos pátios da Representada, ensejando por parte do operador portuário um serviço adicional, consistente na segregação do contêiner em uma pilha separada, de forma a atender às especificidades logísticas do terminal retroportuário. Em contrapartida, quando o importador opta por fazer a armazenagem com o próprio operador portuário, a armazenagem se inicia quando a carga chega ao cais, sem, contudo, tomar o serviço de segregação diferenciada, sendo que, nesta última hipótese, a Representada faz apenas a “movimentação primária, já remunerada pelo THC” (Brasil, 2021).

Dessa forma, a Representada sustentou a inexistência de conduta concorrencial ilícita e pelo arquivamento do PA.

Em 01/04/2020, a Superintendência-Geral do CADE (SG/CADE) emitiu a Nota Técnica n.º 7/2020, na qual entendeu que a Representada aproveitou de seu poder de mercado frente aos Recintos Alfandegados para impor preços abusivos no valor cobrado pela THC2. A SG concluiu que a Representada incorreu em infração à ordem econômica pela cobrança de THC2 nos termos do art. 36, I, II e IV, c/c §3º, III, IV, X e XII, da LDC.

Em 21/05/2020, a Procuradoria Federal Especializada, por meio do Parecer n.º 11/2020/CGEP/PFE-CADE-CADE/PGF/AGU, verificou que a Representada atua no mercado de operação portuária, bem como no mercado de armazenagem alfandegária, o que permite impor condutas anticompetitivas àquelas empresas que dependem do Porto de Suape/PE para exercer sua atividade econômica. O órgão concluiu que a cobrança de custos operacionais não adicionais, custos indiretos e custos compartilhados com o fornecimento das instalações da própria Representada gerou efeitos econômicos negativos de exclusão de agentes econômicos pelo aumento de custo de rivais, opinando pela ocorrência de infração à Ordem Econômica.

Em 26/07/2020, o Ministério Público Federal, junto ao CADE (MPF/CADE), exarou o Parecer n.º 18/2020, que acompanhou o entendimento apresentado pela PFE/CADE. Nesse sentido, o Parquet apontou que a Representada atuou de forma lesiva à concorrência, eis que a cobrança imposta acrescentava custos indevidos à atividade de armazenagem praticada pelas Representantes. Para tanto, o MPF asseverou que haveria a discriminação desarrazoada de competidores, bem como a geração de efeitos negativos aos importadores e à sociedade. Ao final, o MPF recomendou a condenação por infração à ordem econômica, nos termos do art. 36, I, II e IV, c/c §3º, III, IV, X e XII, da LDC.

Assim como na jurisprudência dos EUA nos casos que envolveram a DEF, o CADE constatou estar diante de um mercado relevante, bem como concluiu pela posição dominante da Representada. Quanto à existência de um mercado relevante, não houve grandes controvérsias entre as partes. A jurisprudência do CADE já havia sedimentado o entendimento de definir “os mercados relevantes, sob a ótica geográfica, como a região ou área ‘de influência do porto’ em questão” (Brasil, 2021), pois, no mercado de movimentação de contêineres, o importador não escolhe o operador portuário no qual a carga será desembarcada, ao passo que, no mercado de armazenagem, os recintos alfandegados têm a atividade de recolhimento da carga restrita ao porto escolhido pelo armador. Superada essa questão, o voto condutor ressaltou que a dominância do operador portuário no que tange à relação entre os mercados de movimentação e de armazenagem de contêineres independe da aferição das participações de mercado, tendo em vista o operador portuário deter o poder de mercado – e ser monopolista do mercado a montante naquele caso concreto. Do mesmo modo, o Conselho reconheceu ser inviável, em razão dos elevados custos, uma alternativa para o contêiner ser descarregado em outro terminal.

O terminal portuário ocupa uma posição perante o recinto alfandegado que lhe permite impor as condições para entregar os contêineres. Ainda que essa análise não fosse relevante, o CADE reconheceu que a dominância da Representada era inequívoca no mercado de armazenagem de contêineres. Por fim, verificou-se que esse poder de mercado era ainda mais acentuado na espécie, pois somente a Representada atuava como operador portuário no Porto de Suape. Diante deste contexto, o CADE entendeu que a estruturação dos serviços portuários configuraria verdadeira *essential facility*, visto que o rival dependeria do operador portuário para desembarcar a mercadoria, não tendo outra alternativa para acessar o produto.

Para o CADE, havia uma sujeição ao exercício de poder econômico por parte do agente monopolista, o qual recusava o fornecimento da mercadoria de acesso a um mercado com nítido caráter anticompetitivo, que se manifestava mediante a cobrança de taxas potencialmente abusivas e pela elevação dos custos do candidato a concorrente. É nesse sentido o trecho do voto condutor elaborado pelo Conselheiro Luiz Augusto Hoffman (Brasil, 2021):

A doutrina das essential facilities se aplica quando o detentor de bem essencial (gargalo) é obrigado a conceder acesso a tal bem mediante um preço “razoável”. Por exemplo, referida doutrina pode determinar que uma ferrovia seja disponibilizada a condições “razoáveis” a uma empresa ferroviária rival ou então que uma empresa detentora de rede de transmissão de energia elétrica atue da mesma forma em relação a empresas rivais geradoras de eletricidade. O conceito de essential facility requer a existência de dois mercados, frequentemente descritos como um mercado à montante e outro à jusante (o caso de dois produtos complementares tem lógica parecida). Tipicamente, uma empresa atua em ambos os mercados ao passo que as outras atuam (ou visam a atuar) somente no mercado à jusante (vide abaixo para maiores discussões sobre as possíveis configurações de mercado que podem ser relevantes para a EFD). O competidor no mercado à jusante deseja adquirir o insumo da empresa verticalizada, que recusa a venda. A EFD define as condições sob as quais a empresa verticalmente integrada será obrigada a fornecer. Embora discussões envolvendo bem essenciais surjam em contextos eminentemente privados e desregulados, há uma tendência para que sejam suscitadas também em situações nas quais o detentor do bem essencial está sujeito à regulação econômica ou consiste em uma empresa controlada ou relacionada ao Estado.

O Quadro 2 sintetiza a *ratio decidendi* do voto de cada Conselheiro:

QUADRO 2 - POSICIONAMENTO E *RATIO DECIDENDI* POR CONSELHEIRO

Conselheiro	Posicionamento (Voto)	<i>Ratio Decidendi</i>
Luiz Augusto Azevedo de	Condenação da Representada por infração à ordem	Defendeu que estruturação de serviços portuários, na prática, configurariam verdadeira <i>essential facility</i> , visto que o rival dependeria do operador portuário para o desembarque da mercadoria, não podendo recorrer a

Almeida Hoffmann (Relator)	econômica, nos termos do art. 37, incisos, I, II, IV e §3º, incisos III, IV e X, da Lei n.º 12.529/2011.	outra alternativa para obter acesso ao produto. Desse modo, havia uma sujeição ao exercício de poder econômico por parte do agente monopolista, o qual recusava o fornecimento da mercadoria de acesso a um mercado com nítido caráter anticompetitivo, que se manifestava mediante a cobrança de taxas potencialmente abusivas e pela elevação dos custos do candidato a concorrente.
Mauricio Oscar Bandeira Maia	Condenação da Representada.	Acompanhou o voto do Relator.
Lenisa Prado	Arquivamento do feito, sem aplicação de penalidade.	Entendeu pela ausência de indícios de que a cobrança do SSE pela Tecon Suape S.A. causará (ou causou) prejuízo à livre concorrência, nem tampouco que os indícios trazidos a conhecimento denotem uma eminente lesão grave e de improvável reparação ao mercado atingido.
Luis Henrique Bertolino Braido	Condenação da Representada.	Acompanhou o voto do Relator.
Sérgio Costa Ravagnani	Arquivamento do feito, sem aplicação de penalidade.	Entendeu pela ausência de indícios de que a cobrança do SSE pela Tecon Suape S.A. causará (ou causou) prejuízo à livre concorrência, nem tampouco que os indícios trazidos a conhecimento denotem uma eminente lesão grave e de improvável reparação ao mercado atingido.
Alexandre Barreto de Souza (Presidente)	Condenação da Representada.	Acompanhou o voto do Relator.

FONTE: Sistema Eletrônico de Informações (SEI) (Brasil, 2021).

Assim, o CADE entendeu que a estruturação de serviços portuários, na prática, configuraria verdadeira *essential facility*, visto que: (i) o rival dependeria do operador portuário para desembarcar a mercadoria, (ii) não poderia recorrer a outra alternativa para obter acesso ao produto, (iii) havia cobrança de taxas potencialmente abusivas e elevação dos custos ao potencial concorrente, com nítido caráter anticompetitivo, de modo a dificultar o acesso ao mercado a jusante. Ao final, condenou a Representada

por infração à ordem econômica, nos termos do art. 36, I, II, IV, e §3º, III, IV e X, da LDC.

Considerações finais

O artigo propôs a análise da doutrina e precedentes referentes à DEF, em especial, sua origem e a configuração de uma instalação como essencial, bem como suas implicações no mercado relevante. Como hipótese primária, levantou-se a possibilidade de aplicação da DEF no ordenamento nacional para evitar atos de abuso de posição dominante e domínio de mercado relevante de bens e serviços, com base no art. 36, §3º, III, V, X, XI e XII, da LDC.

Para tanto, a partir da análise de estudos e referências de organismos internacionais, buscou-se destacar a importância e as características do mercado portuário no cenário nacional, incluindo sua legislação e os conflitos que permeiam o ramo.

No tópico inicial, apresentou-se: (i) o surgimento da referida Doutrina nos EUA, a partir da promulgação da legislação Antitruste dos Estados Unidos; (ii) a consequente aplicação e interpretação dada pelos Tribunais dos Estados Unidos à referida Doutrina – e, por fim, (iii) os parâmetros adotados pelos precedentes judiciais e pelas principais referências teóricas do Direito Antitruste dos EUA e brasileiro.

Em seguida, buscou-se analisar o panorama histórico do Direito Portuário brasileiro, bem como as características dos mercados dos portos e seu impacto na economia nacional para então compreender os desafios enfrentados pelo CADE nesse setor dos portos.

O último tópico analisou as *ratio decidendi* dos votos dos Conselheiros do CADE no PA n.º 08700.005499/2015-51, em que a autoridade concorrencial brasileira entendeu, por maioria de votos, haver elementos suficientes para caracterizar infração à ordem econômica, uma vez que foram comprovados os efeitos deletérios à concorrência por prática abusiva da Representada, com aplicação da Teoria da DEF.

Nos termos do voto condutor do PA n.º 08700.005499/2015-51 restou claro que os serviços portuários, na prática, configurariam verdadeira

essential facility, visto que o rival dependeria do operador portuário para o desembarque da mercadoria, não podendo recorrer a outra alternativa para obter acesso ao produto.

Desse modo, havia uma sujeição ao exercício de poder econômico por parte do agente monopolista, o qual recusava o fornecimento da mercadoria de acesso a um mercado com evidente caráter anticompetitivo, que se manifestava mediante a cobrança de taxas potencialmente abusivas e pela elevação dos custos do possível concorrente.

Isso porque, ainda que os preços não possam ser tidos como abusivos, a cobrança em si realizada pela Representada foi feita de forma indevida, em vista de ter sido realizada (i) mediante a cobrança por custos já remunerados; (ii) em caráter discriminatório; e (iii) sem justificativa econômica razoável; restando inequívoco o seu efeito de elevar artificialmente os custos e criar dificuldades à atuação de seus concorrentes no mercado a jusante, pois dificultava o acesso à infraestrutura essencial.

Nesse sentido, a hipótese inicial levantada pelo artigo é comprovada pelos estudos de precedente do Cade, em que foi possível concluir pela aplicação da DEF ao mercado dos portos no Brasil.

A conclusão de subsunção da DEF às vedações impostas pelas Lei de Defesa da Concorrência é corroborada pelo precedente analisado que apontou os serviços portuários como estruturas de difícil duplicação e necessárias para que um possível concorrente adentre outros mercados paralelos. Nesse sentido, seu controle exclusivo por empresas que também atuam nesses outros mercados interligados ao setor portuário traz notáveis impactos no Direito Concorrencial, principalmente no que diz respeito a recusas e barreiras artificiais para dificultar o acesso a estes insumos essenciais, sendo, portanto, necessária e possível a aplicação da DEF em casos de exercício abusivo do direito de infraestrutura essencial.

Referências

AREEDA, Phillip. ESSENTIAL FACILITIES: AN EPITHET IN NEED OF LIMITING PRINCIPLES. **Antitrust Law Journal**, Washington, v. 58, n. 3, p. 841-853, abr. 1990.

BESERRA, Benjamin Galotti. **Ensaio para um compêndio básico de Direito Portuário**. Brasília: Gráfica Alpha, 2005.

BORK, Robert H. *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*. New York: Basic Books, 1978.

BRASIL, Agência Nacional de Transportes Aquaviários. **Setor portuário movimenta mais de 105 milhões de toneladas em novembro de 2023**, 2024. Disponível em: <https://agenciagov.ebc.com.br/noticias/202401/setor-portuario-movimenta-mais-de-105-milhoes-de-toneladas-em-novembro>. Acesso em: 20 jun. 2025.

BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Cadernos Cade – Mercados de Serviços Portuários**. Brasília, 2017.

BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **AC n. 08012.000838/2000-84**. Requerentes: Asco Group Limited e Wilport Operadores Portuários S/A. Relator: Conselheiro Celso Fernandes Campilongo, julgado em 20/09/2000.

BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **PA n. 08012.005660/2003-19**. Requerente: Intermarítima Terminais LTDA. Relator: Conselheiro Abraham Benzaquen Sicsú, julgado em 19/07/2006.

BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **AC n. 08012.007025/2008-72**. Requerentes: Terminal Químico de Aratu S.A. e União Terminais e Armazéns Gerais Ltda. Advogadas: Barbara Rosenberg e Gabriela Ribeiro Nolasco. Relator: Conselheiro Vinícius Marques de Carvalho. Julgado em 23/06/2010.

BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **AC n. 08012.011114/2007-32**. Requerentes: Nova Logística S.A. e Empreendimentos Comerciais Mesquita Ltda. Relator: Conselheiro Olavo Zago Chinaglia, julgado em 09/11/2011.

BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica **PA nº Processo Administrativo n. 08700.005499/2015-51**, Requerentes: Atlântico Terminais S.A. e Serviço Unificado de Armazenagem e Terminal Alfandegado S.A. Relator Cons. Luiz Augusto Azevedo de Almeida Hoffmann, julgado em 03/02/2021.

BRASIL. Decreto nº 2.647, de 12 de setembro de 1860. Aprova o Regulamento das Companhias ou Sociedades Anônimas. **Coleção de Leis do Império do Brasil**, Rio de Janeiro, 1860.

BRASIL. Decreto nº 1.746, de 13 de outubro de 1869. Autoriza o Governo a contratar a construção, nos diferentes portos do Império, de docas e armazéns para carga, descarga, guarda e conservação das mercadorias de importação e exportação. **Coleção de Leis do Império do Brasil**, 1869.

BRASIL. Decreto nº 15.693, de 22 de setembro de 1922. Aprova o regulamento de portos organizados. **Diário Oficial da União (DOU)**, Seção 1, 30 set. 1922, p. 18513. Publicado originalmente em 30 de setembro de 1922.

Brasil. Decreto nº 24.447, de 22 de junho de 1934. Define, nos portos organizados, as atribuições conferidas a diferentes Ministérios, pelo art. 1º do Decreto nº 20.829, de 21 de dezembro de 1931, retificado pelo Decreto nº 20.981, de 20 de janeiro de 1932, e dá outras providências. Publicado no **Diário Oficial da União, Seção 1**, em 10 de julho de 1934

BRASIL. Decreto 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. **Diário Oficial da União: seção 1**, Brasília, DF, 28 jun. 2013.

BRASIL. Lei nº 8.029, de 12 de abril de 1990. Dispõe sobre a extinção e dissolução de entidades da administração pública federal, e dá outras providências. **Diário Oficial da União: seção 1**, Brasília, DF, 13 abr. 1990.

BRASIL. Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990. Dispõe sobre o Programa Nacional de Desestatização e dá outras providências. **Diário Oficial da União: seção 1**, Brasília, DF, 13 abr. 1990.

BRASIL. Decreto-Lei nº 99.475, de 24 de agosto de 1990. Dispõe sobre a descentralização da administração dos portos, hidrovias e eclusas e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 28 ago. 1990

BRASIL. Lei nº 8.630, de 25 de fevereiro de 1993. Dispõe sobre o regime jurídico da exploração dos portos organizados e das instalações portuárias e dá outras providências. **Diário Oficial da União: seção 1**, Brasília, DF, 26 fev. 1993.

BRASIL. Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em autarquia, dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. **Diário Oficial da União: seção 1**, Brasília, DF, 13 jun. 1994.

BRASIL. Lei 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. **Diário Oficial da União: seção 1**, Brasília, DF, 1 dez. 2011.

BRASIL. Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013. Dispõe sobre a exploração direta e indireta pela União de portos e instalações portuárias e sobre as atividades desempenhadas pelos operadores portuários; altera as Leis nºs 5.025/1966, 10.233/2001, 10.683/2003, 9.719/1998, e 8.213/1991; revoga as Leis nºs 8.630/1993 e 11.610/2007 e dispositivos das Leis nºs 11.314/2006 e 11.518/2007; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 jun. 2013.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1.448/2022. Plenário. Relator: Vital do Rêgo. Sessão de 22/6/2022. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 24 ago. 2011. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/1448/NUMACORDAO%253A1448%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/5>. Acesso em: 20 jun. 2025.

CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. Defesa da concorrência na Nova Lei dos Portos. **RDC**, v. 4, n. 2, p. 183-209, nov. 2016.

COMPARATO, Fábio Konder. O indispensável direito econômico. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 93, p. 263-276, 1990.

COMPARATO, Fábio Konder. Monopólio Público e Domínio Público: exploração indireta da atividade monopolizada. *In: Direito Público: Estudos e Pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1993.

DIATHESOPOULOS, Michael D. *Third Party Access and Refusal to Deal: How Sector Regulation and Competition Law Meet Each Other*. Dez. 2010. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1732210>. Acesso em: 5 fev. 2024.

ESTEVEZ, Luiz Alberto. Regulação e Segurança na Atividade de Praticagem no Brasil: Uma Análise Econômica. **RDC**, v. 4, n. 1, p. 5-20, mai. 2016.

FARIA, Isabela Brockelmann. Considerações sobre *essential facilities* e *standard essential patents* nas guerras de patentes. **RDC**, v. 2, n. 1, p. 89-105, maio 2014.

FOX, Eleanor M. *Monopolization and Dominance in the United States and the European Community: Efficiency, Opportunity, and Fairness*. **Notre Dame Law Review**, [s.l.], v. 61, 1986.

GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. Eficiência e Direito: pecado ou virtude, uma incursão pela Análise Econômica do Direito. **Revista Jurídica da Faculdade de Direito do UNICURITIBA**, Curitiba, Unicuritiba, Revista Eletrônica, v. 1, n. 28. 2012, p. 77-122. Disponível em <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/412/317>. Acesso em: 20 jun. 2025.

GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. O Direito e a Ciência Econômica: a possibilidade interdisciplinar na Contemporânea Teoria Geral do Direito. **Anais da XI Conferência Anual da Associação Latino-Americana e do Caribe de Direito e Economia - ALACDE**, Brasília, site da Berkeley University: 2007, v. 1. p. 1-11. Disponível em <http://escholarship.org/uc/item/39q6m55k?query=everton>, Acesso em: 20 jun. 2025.

GONÇALVES, Priscila Brolio. **Desafios Atuais da Regulação Econômica e Concorrência**. Pedro Zanotta, Paulo Brancher. São Paulo: Atlas, 2010.

HOVENKAMP, Herbert. **FEDERAL ANTITRUST POLICY: the law of competition and its practice**. 2. ed. Des Moines: Thomsom Wes, 1994.

HOVENKAMP, Herbert. **Federal antitrust policy: the law of competition and its practice**. 5 ed. ST. Paul, MN: West Academic Publishing, 2016.

LACERDA, Sander Magalhães. Investimentos nos portos brasileiros: oportunidade da concessão da infraestrutura portuária. **BNDES Setorial**, Rio de Janeiro, n. 22, p. 297-315, 2005.

LIPSKY JUNIOR, Abbott B.; SIDAK, J. Gregory. Essential Facilities. **Stanford Law Review**, Stanford, v. 51, n. 5, p. 1187-1249, maio 1999. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=205668. Acesso em: 20 jun. 2025.

MACHADO, Caroline Ferreira Feijó. *Essential facility Doctrine* e a propriedade intelectual: a imposição do compartilhamento de padrões tecnológicos essenciais frente aos direitos de exclusividade do inventor. **RDC**, v. 7, n. 2, p. 2318-2253, nov. 2019.

MAKAR, Scott. *The Essential Facility Doctrine and the Health Care Industry*. **Florida State University Law Review**, Gainesville, v. 21, n. 3, p. 913-943, nov. 1994.

MAYER, Giovanna. **Regulação Portuária Brasileira**: uma reflexão sob a luz da análise econômica do direito. 2009. 160 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009.

MOREIRA, Egon Bockmann. O Direito Administrativo da Economia, a Ponderação de Interesses e o Paradigma da Intervenção Sensata. *In*: **Estudos de Direito Econômico**, Belo Horizonte, p. 53-98, 2004.

NESTER, Alexandre Wagner. **A Doutrina das Essential Facilities**: compartilhamento de infraestrutura e redes. 2006. 383 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006.

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Defesa da Concorrência e Globalização Econômica**: o controle da concentração de empresas. São Paulo: Malheiros, 2002.

OLIVEIRA, Milena Mônica Fernandes de; FERNANDES, Brenda Camilli Alves. A Nova Lei dos Portos: Uma Busca por Capacidade e Eficiência no Comércio Exterior Brasileiro. **X Congresso de Iniciação Científica do Ifrn**, Currais Novos, p. 2223-2232, jul. 2013.

ORNELAS, Ronaldo Santos. **Relação Porto/Cidade: o caso de Santos**. 2008. 141 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

PIMENTEL, Celso Martins. **Evolution of Brazilian Port Legislation**. UN: [S.n.], 1999.

PORTO DE SANTOS. **Resumo histórico**. Disponível em: <https://www.portodesantos.com.br/conheca-o-porto/historia-2/>. Acesso em: 20 jun. 2025.

POSNER, Richard A. **Antitrust Law**. 2. ed. Chicago: University of Chicago Press, 2001.

ROSA, Maurício Benedeti. **Caracterização, revisão de literatura e benchmark internacional: compartilhamento de infraestrutura**. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), 2022.

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

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação e Concorrência: estudos e pareceres**. São Paulo: Malheiros, 2002.

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

SEELLEN, Christopher M., *The Essential Facilities Doctrine: What Does It Mean To Be Essential?* **Marquette Law Review**, Milwaukee, v. 80, n. 4, p. 1117-1133, jun. 1997.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo da Economia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

STEIN, Alex Sandro. **Curso de Direito Portuário**. São Paulo: LTR, 2002.

TYE, William B. *Competitive Access: a comparative industry approach to the essential facility doctrine*. **Energy Law Journal**, Washington, v. 8, n. 2, p. 337-379, mar. 1987.

US Court of Appeals, District of Columbia Circuit. Norman F. HECHT et al., Appellant v. PRO-FOOTBALL, INC., et al., Appellee, 570 F.2d 982 (D.C. Cir. 1977). Disponível em: <<https://casetext.com/case/hecht-v-pro-football-inc>>. Acesso em: 20 jun. 2025.

US Court of Appeals, First Circuit. Gamco, Inc., appellant, v. Providence Fruit & Produce Bldg., Inc., et al, appellee. 194 F.2d 484 (1st Cir. 1952). Disponível em: < <https://openjurist.org/955/f2d/1373/city-of-anaheim-v-southern-california-edison-company>>. Acesso em: 20 jun. 2025.

US Court of Appeals for the Second Circuit. Berkey Photo, Inc. v. Eastman Kodak Co. - 603 F.2d 263 (2d Cir. 1979) Disponível em: <<https://www.lexisnexis.com/community/casebrief/p/casebrief-berkey-photo-inc-v-eastman-kodak-co>>. Acesso em: 20 jun. 2025.

US Court of Appeals for the Second Circuit. Twin Laboratories, Inc., Appellant, v. Weider Health & Fitness, a Corporation, I, Bruteenterprises, Inc., Appellees, 900 F.2d 566 (2d Cir. 1990). Disponível em: < <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/900/566/306296>>. Acesso em: 20 Jun. 2025.

US Court of Appeals, Ninth Circuit. CITY OF ANAHEIM, City of Riverside, City of Banning, City of Colton, City of Azusa, appellant, v. SOUTHERN CALIFORNIA EDISON COMPANY, appellee. 955 F.2d 1373 (9th Cir. 1992). Disponível em: < <https://openjurist.org/955/f2d/1373/city-of-anaheim-v-southern-california-edison-company>>. Acesso em: 20 Jun. 2025.

United States Court of Appeals, Seventh Circuit. CITY OF ANAHEIM, City of Riverside, City of Banning, BLUE CROSS & BLUE SHIELD UNITED OF WISCONSIN and Compcare Health Services Insurance Corporation, Plaintiffs-Appellees, Cross-Appellants, v. MARSHFIELD CLINIC and Security Health Plan of Wisconsin, Inc., Defendants-Appellants, Cross-Appellees. 65 F.3d 1406 (7th Cir. 1995). Disponível em: <<https://casetext.com/case/blue-cross-blue-shield-v-marshfield-clinic>>. Acesso em: 20 jun. 2025.

US Court of Appeals, Seventh Circuit. Flip Side Productions, Inc. v. Jam Productions, Ltd., 843 F.2d 1024 (7th Cir. 1988). Disponível em: <<https://casetext.com/case/flip-side-productions-v-jam-productions>>. Acesso em: 20 jun. 2025.

US Court of Appeals, Seventh Circuit. MCI Communications Corp., appellant, v. AT&T Co., appellee. 708 F.2d 1081 (7th Cir. 1983). Disponível em: <<https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/708/1081/330445/>>. Acesso em: 20 Jun. 2025.

US District Court, D. Minnesota, Sixth Division. Otter Tail Power Co. v. United States. 331 F. Supp. 54 (D. Minn. 1971). Disponível em: <<https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/331/54/1400948/>>. Acesso em: 20 Jun. 2025.

US District Court for the Northern District of Georgia. Enrique ROBLES, M.D., plaintiff, v. HUMANA HOSPITAL CARTERSVILLE; Fareed Z. Kadum, M.D.; and Charles Goolsby, defendant. 785 F. Supp. 989 (N.D. Ga. 1992). Disponível em: <<https://casetext.com/case/pontius-v-childrens-hosp>>. Acesso em: 20 Jun. 2025.

US District Court, W.D. Pennsylvania. Pontius, plaintiff v. Children's Hosp., defendant. 552 F. Supp. 1352 (W.D. Pa. 1982). Disponível em: <<https://casetext.com/case/pontius-v-childrens-hosp>>. Acesso em: 20 Jun. 2025.

US Supreme Court. Aspen Skiing v. Aspen Highlands Skiing, 472 U.S. 585 (1985). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/472/585/>>. Acesso em: 20 Jun. 2025.

US Supreme Court. Associated Press v. United States. 326 U.S. 1 (1945). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/326/1/>>. Acesso em: 20 jun. 2025.

US Supreme Court. Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc. 504 U.S. 451 (1992). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/504/451/>>. Acesso em: 20 Jun. 2025.

US Supreme Court. Otter Tail Power Co. v. United States. 410 U.S. 366. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/366/>>. Acesso em: 20 jun. 2025.

US Supreme Court. United States v. Terminal Railroad Association of St. Louis. 224 U.S. 383 (1912). Disponível em: <<https://supremejustia.com/cases/federal/us/224/383/>>. Acesso em: 20 Jun. 2025.

ZANINI, Gisele Duro. *et al.* Percepção jurídica da lei nacional dos portos (n.º 8.630, de 25.02. 1993) através da Teoria Tridimensional do Direito. **Revista Eletrônica Direito e Política**, [s.l.], v. 2, n. 3, p. 268-290, 2015.



Este trabalho possui uma Licença *Creative Commons - Atribuição 4.0 Internacional*.

Como citar este artigo (ABNT)

FERREIRA, Bráulio Cavalcanti; MÜLLER, César Santini; MATOS, Rafael Vieira; STELZER, Joana; GONÇALVES, Everton das Neves. Essential Facilities Doctrine: A Infraestrutura Portuária sob a ótica do Direito Concorrencial no Brasil. *Revista Semestral de Direito Econômico*, Porto Alegre, v. 03, n. 01, e3105, jan./jun. 2026. DOI: <https://doi.org/10.51696/resede.e3105>

Recebimento: 25/09/2025

Avaliação preliminar: 26/09/2025

Aprovação: 18/02/2026

Retorno de correções: 08/06/2026



**REVISTA SEMESTRAL DE
DIREITO ECONÔMICO**