

Terminais portuários são essential facilities?

Autor(a): Rafael Wallbach Schwind

Publicado em: 14 de janeiro de 2021

Publicação: jota_import

Link JurisTube:

<https://juristube.com.br/colunistas/rafael-wallbach-schwind/terminais-portuarios-sao-essential-facilities>

Fonte original: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/terminais-portuarios-sao-essential-facilities>

Identificador citável:

juristube.com.br/colunistas/rafael-wallbach-schwind/terminais-portuarios-sao-essential-facilities#ep-dada8b86

Resumo

Regulação dos portos se lastreia na concorrência e na liberdade de preços para criar ambiente para investimentos

Texto integral

Debate-se em disputas concorrenciais no setor de portos se os terminais portuários seriam essential facilities, o que justificaria uma regulação mais intrusiva, inclusive com a instituição de preços-teto ou mesmo a proibição de cobrança por determinadas atividades. No entanto, os terminais portuários não podem ser considerados essential facilities. Essential facility é definida como uma estrutura indispensável, sem a qual os agentes de mercado não podem desenvolver suas atividades em regime de concorrência. Sua essencialidade imporia que o acesso a ela fosse compartilhado entre os concorrentes. Sem a utilização da facility, a atividade nem mesmo poderia ser concebida. A recusa de acesso pelo detentor da facility constituiria barreira intransponível à competição. A teoria das essential facilities foi criada na jurisprudência norte-americana e teve suas bases fixadas no caso MCI Communications Corp. v. AT&T, de 1983. Segundo a decisão, há quatro elementos fundamentais: (i) controle da essential facility por um monopolista; (ii) inviabilidade prática ou razoável de duplicação da essential facility; (iii) restrição de uso da essential facility por outros competidores; e (iv) viabilidade técnica de acesso à essential facility. Esses critérios passaram a nortear a discussão posterior. Embora as cargas originárias do transporte marítimo tenham de ser desembarcadas em terminal portuário para que sigam aos seus destinos, os terminais portuários não se enquadram nos requisitos que caracterizam uma essential facility. Em primeiro lugar, há concorrência entre os terminais portuários, mesmo de regiões distintas. Isso foi demonstrado já em 2015 por estudo da UnB solicitado pela Antaq. Um hipotético aumento arbitrário de preços por um terminal apenas deslocaria a carga para outro concorrente. A inexistência de monopólio é ponto de suma importância. O Brasil é um país de dimensões continentais e que tem uma costa enorme, a qual comporta dezenas de grandes terminais portuários concorrendo entre si em diversas regiões. Essas peculiaridades não se verificam na maioria dos países e colocam em xeque a simples “importação” de conclusões de estudos que não examinam esses aspectos próprios da realidade brasileira. Em segundo lugar, desde a Lei de Portos de 2013, qualquer interessado em prestar serviços portuários pode tanto participar de licitações como criar Terminais de Uso Privado (TUPs), sem licitação, em concorrência com terminais arrendados à iniciativa privada. Isso reforça a inexistência de monopólios portuários e a descaracterização de essential facility. Não há nenhuma

impossibilidade jurídica ou prática de duplicação das estruturas. Em terceiro lugar, impõem-se aos titulares de terminais portuários certos deveres, como os relacionados à modicidade de preços e à permanente disponibilidade dos serviços com isonomia. Os terminais não têm a faculdade de simplesmente recusar a prestação dos serviços, o que é requisito para a caracterização de uma essential facility – ainda que os contratos e a legislação lhes garantam liberdade de exercício de suas políticas comerciais. Cobrar pela prestação de um serviço não implica restrição de acesso. É o que confere lógica à exploração dos terminais portuários e justifica a realização de pesados investimentos. A regulação do setor está atenta a isso e assim deve permanecer, sob pena de incentivar práticas oportunistas típicas de free riders – esta sim uma conduta anticoncorrencial danosa à sustentabilidade econômica dos setores de infraestrutura. O Cade já fixou o entendimento de que não é possível qualificar um terminal portuário como essential facility (Processo 08012.005660/2003-19, j. 17.7.2006). Um operador alegava dificuldade de acesso ao berço de atracação. O Cade rejeitou a tese e compreendeu a lógica econômica do empreendimento: “um investimento só é racional na medida em que o investidor é capaz de colher seus benefícios”; “afastar a possibilidade em tese de exploração exclusiva de um bem implica desestimular qualquer incremento ao seu potencial produtivo. Uma política antitruste que adotasse tal postura acabaria por prejudicar o próprio desenvolvimento que pretende promover”. A doutrina das essential facilities – criticada há décadas – é voltada para práticas discriminatórias ou de recusa de venda. Não é garantia de gratuidade nem permite que os agentes obtenham benefícios sem arcar com os custos correspondentes. A tentativa de enquadrar os terminais portuários no Brasil como essential facilities, ainda mais com o objetivo de fixar preços-teto ou vedar cobranças, é contrária à própria teoria das essential facilities. A regulação dos portos no país se lastreia na concorrência e na liberdade de preços de forma a criar um ambiente propício aos investimentos privados. A estabilidade regulatória é essencial. Introduzir modificações a “golpes de regulação” seria danoso a todo o setor produtivo. O episódio 48 do podcast Sem Precedentes faz uma análise sobre a atuação do Supremo Tribunal Federal (STF) em 2020 e mostra o que esperar em 2021. Ouça: <https://youtu.be/-hMj5lwWXEE>

Como citar este documento

As citações abaixo seguem os padrões ABNT NBR 6023:2018, APA 7ª edição, Chicago Author-Date (17ª ed.) e BibTeX (LaTeX). Copie o formato exigido pelo periódico ou gerenciador bibliográfico (Zotero, Mendeley, EndNote).

ABNT (NBR 6023:2018)

SCHWIND, Rafael Wallbach. Terminais portuários são essential facilities?. jota_import, 14 jan. 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/terminais-portuarios-sao-essential-facilities>. Acesso via: JurisTube — Acervo Digital de Direito. Disponível em: <https://juristube.com.br/colunistas/rafael-wallbach-schwind/terminais-portuarios-sao-essential-facilities>. Acesso em: 26 ago. 2026.

APA 7ª edição

Schwind, R. W. (2021, January 14). Terminais portuários são essential facilities?. *jota_import*. <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/terminais-portuarios-sao-essential-facilities>

Chicago Author-Date (17ª ed.)

SCHWIND, Rafael Wallbach. 2021. "Terminais portuários são essential facilities?." *jota_import*, January 14. <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/terminais-portuarios-sao-essential-facilities>

BibTeX

```
@article{rafael-wallbach-schwind-terminais-portu-rios-s-o-essential-facil-2021,  
author = {Schwind, Rafael Wallbach},  
title = {Terminais portuários são essential facilities?},  
journal = {jota_import},  
year = {2021},  
url = {https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/terminais-portuarios-sao-essential-facilities},  
urldate = {2021-01-14}  
}
```



Licença de Uso — CC BY-NC-SA 4.0

Este conteúdo está licenciado sob a licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA 4.0). O uso para fins acadêmicos e educacionais é permitido, desde que citada a fonte original (JurisTube) conforme as normas técnicas indicadas neste documento.

Termos completos:

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/deed.pt-br>