

An aerial photograph of a city, likely Rio de Janeiro, showing a dense urban landscape with a river winding through it. The image is in a sepia or orange-brown color scheme.

FRENTE INTENSIVA DE AVALIAÇÃO REGULATÓRIA E CONCORRENCIAL

FIARC

USUPORT vs Resolução Normativa ANTAQ nº 34/2019

SEAE 2021

AVISO LEGAL

O presente parecer é uma MANIFESTAÇÃO TÉCNICA exarado conforme competência específica disposta no inciso VIII do art. 19 da Lei do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, em procedimento regulamentado pela Instrução Normativa SEAE nº 97 de 2020. As conclusões e manifestações aqui expostas NÃO autorizam nem sugerem o descumprimento de qualquer normativo legal juridicamente válido por qualquer agente público ou privado. A manifestação desta SEAE é de caráter estritamente TÉCNICO e MERITÓRIO, e não versa – sob nenhuma hipótese – acerca da juridicidade de atos normativos, incluindo validade, legalidade, constitucionalidade, e demais aspectos de cunho legal ou constitucional. As conclusões e manifestações aqui expostas são resultado de análises das equipes técnicas da SEAE, ato complexo do Direito Administrativo, e NÃO representam a opinião específica de nenhuma autoridade. As conclusões e manifestações aqui expostas NÃO representam a análise técnica, meritório, finalística, ou qualquer outra, dos demais órgãos e entidades do Ministério da Economia ou do governo federal. As conclusões e manifestações aqui expostas NÃO representam um apoio a qualquer proposta específica de alteração, revisão ou revogação de qualquer ato normativo, política pública, programa ou projeto, salvo se assim explicitamente mencionado.

ÍNDICE

SOBRE O FIARC ... 004

SOBRE A SEAE ... 007

CRITÉRIOS DE AVALIAÇÃO ... 010

SUMÁRIO EXECUTIVO ... 021

HISTÓRICO DAS NORMAS ANALISADAS ... 025

DA TRAMITAÇÃO ... 027

DA ANÁLISE

ASPECTOS PRELIMINARES ... 36

BREVE HISTÓRICO DOS LITÍGIOS ENVOLVENDO O SSE/THC 2 ... 48

DAS CONTRIBUIÇÕES COLHIDAS PELOS MECANISMOS DE PARTICIPAÇÃO SOCIAL ... 77

CONTRIBUIÇÕES DA TOMADA DE SUBSÍDIOS Nº 07/2021 ... 77

CONTRIBUIÇÕES DA AUDIÊNCIA PÚBLICA Nº 05/2021 ... 85

CONTRIBUIÇÕES DO CHAMAMENTO PÚBLICO PARA PARECER DE AMICUS CURIAE NO FIARC ... 93

OUTRAS CONTRIBUIÇÕES: ESTUDO AVULSO NEOWISE *ET AL* ... 101

ASPECTOS ECONÔMICOS, CONCORRÊNCIA E EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL ... 108

ASPECTOS ECONÔMICOS E CONCORRÊNCIA NO TRANSPORTE AQUAVIÁRIO DE CONTÊINERES ... 108

O CASO DA AUSTRÁLIA ... 128

EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL DA TOMADA DE SUBSÍDIOS ... 136

CONCLUSÕES SOBRE A DINÂMICA CONCORRENCIAL DOS MERCADOS ENVOLVIDOS ... 139

ANÁLISE ESPECÍFICA DO CASO FIARC ... 143

DEFINIÇÃO E DELIMITAÇÃO DO MERCADO RELEVANTE ... 143

AVALIAÇÃO DA CONCORRÊNCIA (CHECKLIST DA OCDE) ... 145

ESTIMATIVA QUANTITATIVA DO PREJUÍZO À CONCORRÊNCIA ... 147

RECOMENDAÇÕES DE APRIMORAMENTO REGULÁTÓRIO PARA INCREMENTAR A CONCORRÊNCIA ... 151

CONCLUSÕES ... 157

DESPACHO DE ENCAMINHAMENTO ... 159

1

Sobre o Programa Frente Intensiva de Análise Regulatória e Concorrencial – FIARC

1. Com vistas a institucionalizar e tornar mais transparente a atividade de advocacia da concorrência e o processo de proposição de revisão regulatória, já previstos em lei, em 2 de outubro de 2020, foi editada pela SEAE a Instrução Normativa nº 97/2020, estabelecendo o programa FIARC, seus procedimentos e demais aspectos orientadores.

2. O FIARC tem como objetivo aprimorar o conjunto de normas infralegais que disciplinam questões de natureza regulatória e concorrencial no Brasil, a partir da identificação e avaliação pela SEAE dos atos normativos elaborados por agências, autarquias e órgãos públicos que possam causar distorção concorrencial ou que tenham caráter anticompetitivo. O Programa está em linha com a Lei de Liberdade Econômica (Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019), com especial destaque para o art. 4º, que apresenta situações específicas em que a regulação poderá promover distorções de cunho concorrencial com elevados danos à sociedade e aos mercados. Além de contribuir para o desenvolvimento do arcabouço regulatório brasileiro – aproximando-o das melhores práticas internacionais – espera-se que o programa também crie incentivos para a adoção de um novo modelo de formulação, implementação e avaliação da regulação no Brasil.

3. O procedimento de investigação no âmbito do FIARC pode ser instaurado de ofício pela própria SEAE - como resultante de Requerimento de Informação encaminhado pelo Congresso Nacional - ou a partir de requerimento submetido por pessoas físicas ou jurídicas,

públicas ou privadas. Após ouvir o órgão ou entidade da Administração Pública federal, estadual, municipal ou do Distrito Federal responsável pela edição do ato normativo, a SEAE admitirá o requerimento submetido, caso sejam demonstrados os seguintes critérios:

- a. relevância e interesse público do requerimento;
- b. potencial impacto relevante concorrencial aferido com base nas documentações enviadas;
- c. conveniência e oportunidade;
- d. capacidade administrativa da Secretaria de dar seguimento ao trâmite no momento da avaliação; e
- e. outros critérios relevantes, observado os princípios da impessoalidade e simplicidade da Administração Pública.

4. Uma das principais diretrizes do programa é o compromisso com a transparência. Os pareceres elaborados no âmbito do FIARC resultam de análise investigativa fundamentada em processos de coleta de informações e participações públicas – que incluem tomadas de subsídios e audiências – com ampla participação dos agentes econômicos interessados, bem como dos órgãos responsáveis pela edição das normas em análise, além da possibilidade de instituições de pesquisa participarem com estudos na condição de *“amicus curie”*. Quaisquer associações e entidades podem se manifestar perante a SEAE para subsidiar a análise, desde que demonstrem sua representatividade nacional no setor econômico impactado. Tais procedimentos buscam obter ampla participação social e reunir um conjunto de informações abrangente, de modo a contextualizar de forma robusta o cenário concorrencial na qual o ato normativo se insere.

5. Com base nesse conjunto de informações, a SEAE emitirá parecer, cujas conclusões serão gradativas pelo sistema de bandeiras, na forma de:

- 1. Bandeira vermelha: ato normativo com caráter anticompetitivo, caso verificados fortes indícios de presença de abuso regulatório que acarretem distorção concorrencial. Nesse caso, a SEAE encaminhará ao órgão competente representação

formal, com proposição de alteração, na forma do inciso VIII do caput do art. 19 da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011;

2. Bandeira amarela: ato normativo com pontos suscetíveis a aperfeiçoamentos. Nesse caso, a SEAE proporá, aos órgãos e entidades competentes, medidas para a melhoria regulatória e do ambiente de negócios, na forma do inciso III do caput do art. 119 do Anexo I do Decreto nº 9.745, de 8 de abril de 2019; ou
3. Bandeira verde: ato normativo sem pontos de melhoramento. Nesse caso, a SEAE encerrará a análise investigativa.

6. Caso sejam verificados potenciais pontos de explícita contradição entre o ato normativo e o rol do art. 4º da Lei de Liberdade Econômica, a SEAE, além de oficiar os órgãos competentes e suas respectivas procuradorias jurídicas, encaminhará o parecer à Advocacia-Geral da União (AGU), a fim de que prossigam com análises de legalidade e juridicidade consoante suas competências. Além disso, quando cabível, o parecer recomendará critérios identificados que possam auxiliar a análise, pelo regulador, dos custos e benefícios da regulação.

Sobre a Secretaria de Advocacia da Concorrência e Competitividade – SEAE

7. A Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011, estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC, formado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE e pela Secretaria de Advocacia da Concorrência e Competitividade (*antiga Secretaria de Acompanhamento Econômico*) do Ministério da Economia – SEAE. O CADE exerce duas funções: repressiva e preventiva. A função repressiva (art. 36 da Lei 12.529/2011) visa coibir condutas anticoncorrenciais, ao passo que a função preventiva (art. 88 da Lei 12.529/2011), visa avaliar possíveis efeitos decorrentes dos processos de fusões e aquisições de empresas sobre a estrutura dos mercados. Por sua vez, a SEAE exerce a atividade de advocacia da concorrência, conforme as seguintes atribuições previstas nos incisos do artigo 19, da Lei nº 12.529/2011:

I - opinar, nos aspectos referentes à promoção da concorrência, sobre propostas de alterações de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, de consumidores ou usuários dos serviços prestados submetidos a consulta pública pelas agências reguladoras e, quando entender pertinente, sobre os pedidos de revisão de tarifas e as minutas;

II - opinar, quando considerar pertinente, sobre minutas de atos normativos elaborados por qualquer entidade pública ou privada submetidos à consulta pública, nos aspectos referentes à promoção da concorrência;

III - opinar, quando considerar pertinente, sobre proposições legislativas em tramitação no Congresso Nacional, nos aspectos referentes à promoção da concorrência;

IV - elaborar estudos avaliando a situação concorrencial de setores específicos da atividade econômica nacional, de ofício ou quando solicitada pelo Cade, pela Câmara de Comércio Exterior ou pelo Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça ou órgão que vier a sucedê-lo;

V - elaborar estudos setoriais que sirvam de insumo para a participação do Ministério da Fazenda na formulação de políticas públicas setoriais nos fóruns em que este Ministério tem assento;

VI - propor a revisão de leis, regulamentos e outros atos normativos da administração pública federal, estadual, municipal e do Distrito Federal que afetem ou possam afetar a concorrência nos diversos setores econômicos do País;

VII - manifestar-se, de ofício ou quando solicitada, a respeito do impacto concorrencial de medidas em discussão no âmbito de fóruns negociadores relativos às atividades de alteração tarifária, ao acesso a mercados e à defesa comercial, ressalvadas as competências dos órgãos envolvidos;

VIII - encaminhar ao órgão competente representação para que este, a seu critério, adote as medidas legais cabíveis, sempre que for identificado ato normativo que tenha caráter anticompetitivo.

8. FIARC é a exata procedimentalização do inciso VIII das respectivas competências da Secretaria.

9. Assim sendo, está entre as atribuições da SEAE a advocacia da concorrência (ou promoção da concorrência), que tem por foco incorporar preocupações com a concorrência na formulação das políticas públicas do Governo federal, nas normas elaboradas pelas agências reguladoras e pela administração pública de todos os níveis da federação, bem

como nas avaliações das propostas legislativas em tramitação no Congresso Nacional. Portanto, a SEAE busca persuadir os agentes públicos para que adotem políticas públicas e arcabouço normativo favoráveis à concorrência, por meio da demonstração dos seus benefícios sociais e econômicos - preços menores e qualidade superior de bens, produtos e serviços aos usuários/consumidores, além de maior incentivo à inovação tecnológica.

10. Por se tratar de atividade não-coercitiva (*soft power*), a advocacia da concorrência procura dissuadir a autoridade governamental a não implementar ou rever normas regulatórias que afetem negativamente o interesse público. Portanto, embora não atue como instância deliberativa, sendo as análises da SEAE de caráter opinativo, sua influência muitas vezes provoca alterações normativas ou regulatórias a favor de um ambiente mais competitivo e eficiente, aumentando a produtividade e beneficiando consumidores.

Critérios para a avaliação das restrições concorrenciais impostas por normas regulatórias

11. Conforme exposto no quadro abaixo, a Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019 (Lei de Liberdade Econômica) apresentou nove eixos orientadores focados no instituto legal de abuso do poder regulatório, nos termos do art. 4º:

Tipos de Abuso do Poder Regulatório

Reserva de Mercado	Criar reserva de mercado ao favorecer, na regulação, grupo econômico ou profissional, em prejuízo dos demais concorrentes.
Enunciado Anticoncorrencial	Redigir enunciados que impeçam a entrada de novos competidores nacionais ou estrangeiros no mercado.
Especificação técnica não necessária ao fim almejado	Exigir especificação técnica que não seja necessária para atingir o fim desejado, prejudicando o ambiente de concorrência, inclusive potencialmente.
Enunciado anti-inovação	Redigir enunciados que impeçam ou retardem a inovação e a adoção de novas tecnologias, processos ou modelos de negócios, ressalvadas as situações consideradas em regulamento como de alto risco.
Custos de transação sem de benefícios	Aumentar os custos de transação sem demonstração de benefícios, prejudicando o ambiente de concorrência, inclusive potencialmente
Demanda artificial	Criar demanda artificial ou compulsória de produto, serviço ou atividade profissional.
Limites à livre formação de sociedades ou atividades econômicas	Introduzir limites à livre formação de sociedades empresariais ou de atividades econômicas
Restrição de publicidade	Restringir o uso e o exercício da publicidade e propaganda sobre um setor econômico, ressalvadas as hipóteses expressamente vedadas em lei federal.

Mitigação dos efeitos da dispensa de ato público de liberação	Exigir, sob o pretexto de inscrição tributária, requerimentos de outra natureza de maneira a prejudicar o direito de se desenvolver atividade econômica de baixo risco sem a necessidade de quaisquer atos públicos de liberação da atividade econômica.
---	--

Fonte: Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019

12. A partir¹ desse rol exemplificativo de atos anticoncorrenciais listados nos incisos do caput do art. 4º da Lei nº 13.874/2019, foram detalhados nos artigos 4º a 12 da Instrução Normativa nº 97/2020 os seguintes critérios de aferição para a avaliação, proposição e promoção do estímulo de melhoramento regulatório e concorrencial:

Critérios para a Aferição do Abuso de Poder Regulatório – IN SEAE nº 97/2020

Conduta	Critérios
Reserva de Mercado (art. 4º)	I - impuser a adoção de padrão, técnica, forma, método, modo, equipamento, máquina, indicador, profissional, entre outros: a) que devam ser adquiridos, consumidos, observados ou prestados onerosamente pelo regulado; b) que tenham produção ou disponibilidade limitada ou regulada no mercado; e c) em detrimento de outras modalidades, inclusive espontâneas, capazes de produzir os mesmos resultados. II - conceder direitos exclusivos a um grupo, arranjo ou setor de agentes econômicos, ou profissionais, para ofertar bens ou serviços em determinado mercado; III - impedir a oferta de bens, serviços, produtos, direitos e quaisquer outros ativos à negociação, em mais de um ambiente de negócios, físico ou virtual, ou por mais de um sistema; IV - determinar ou der preferência a contratação de classe profissional específica na ausência de expressa vedação legal à atuação de outros profissionais; V - exigir do agente econômico a adoção de processos, insumos, restrições geográficas ou localização de estabelecimentos específicos, em detrimento do desenvolvimento regular das atividades por parte ou totalidade dos concorrentes em um mercado; ou VI - provocar, ainda que indiretamente, situações que elevem as barreiras de entrada de maneira a limitar o acesso ao mercado de consumidores para parte restrita de agentes econômicos.

¹ Note-se, conforme o aviso legal no início deste parecer, de que as manifestações exaradas com base no presente programa não versam sobre a juridicidade de qualquer normativo perante outros, inclusive em relação a eventual (i)legalidade de normas infralegais como decorrência da sanção da Lei de Liberdade Econômica.

Enunciados anti-concorrenciais (art. 5º)	I - diferenciar produtos, serviços, profissionais, empresas ou outros agentes de mercados entre nacionais ou estrangeiros, salvo se expressamente amparado em lei; II - limitar, de forma injustificada, a área geográfica de concorrência para produção, fornecimento ou oferta de um produto ou serviço; III - impuser limitações que não tenham natureza exclusivamente técnica à capacidade de prestação de bens ou serviços por parte de determinadas empresas ou profissionais; IV - obrigar a contratação de seguro, determinar capital social mínimo ou exigir autorização prévia para atividade que não apresente características sistêmicas ou potencial de geração de externalidades negativas; V - proibir o registro ou a comercialização de material, equipamento ou técnica larga e regularmente comercializados em outros países, especialmente naqueles que integram a Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico - OCDE, ressalvados os motivos de particularidade local, regional ou nacional; VI - conceder facilidades concorrenciais ou subsídios, na forma do § 6º do art. 165 da Constituição de forma discriminatória, inclusive: a) quando os critérios ou condições de acesso não sejam objetivos; ou b) na qual a concessão não seja de deferimento objetivo na presença dos requisitos legais. VII - permitir, autorizar ou regular conduta já considerada, pelo Plenário do Conselho Administrativo de Defesa Econômica em processo administrativo, como infração à ordem econômica; ou VIII - aplicar ou impuser variáveis regulatórias próprias da regulação dos serviços públicos a atividades econômicas privadas, sem prejuízo de medidas de ordenação de bens públicos ou do exercício do poder de polícia.
Especificação técnica não necessária ao fim almejado (art. 6º)	I - não possuir correlação necessária entre o resultado regulatório esperado e a especificação exigida; II - impedir o uso de padrão, técnica, forma, método, modo, equipamento, máquina, indicador, e relacionados amplamente permitido em outros mercados, com considerável prejuízo para o mercado ou a competitividade brasileira; III - fixar padrões de qualidade que excedam o nível que seria escolhido por consumidores ou usuários sob situação de ausência de assimetria de informação; IV - estabelecer especificação para exercícios de atividade econômica em que o risco, de qualquer tipo, oferecido em sua ausência é inexistente, irrelevante ou impossível; ou

	V - exigir a contratação de terceiros para análises técnicas que podem ser realizadas pelo próprio regulado.
Enunciados anti-inovação e anti-adoção de novas tecnologias, processos ou modelos de negócio (art. 7º)	I - inverter o princípio de presunção de boa-fé e legalidade da atividade econômica de forma a só permitir o exercício que for expressamente amparado em normativo; II - proibir ou inviabilizar economicamente tecnologia, processo ou modelo de negócio, sem se referir a situação considerada como de alto risco; III - assegurar de forma direta ou indireta a proteção de entidades ou grupos específicos estabelecidos, tais como integrantes de setor econômico tradicional ou consolidado; IV - interferir em situação concreta e específica de um ou poucos agentes econômicos na ausência de elementos concretos de riscos sistêmicos ou relacionados; V - vedar a oferta ou distribuição a grupo econômico ou setor essencial ao contínuo desenvolvimento tecnológico e inovativo; VI - aumentar de forma significativa e injustificada os custos de produção de novos entrantes em relação aos custos das empresas incumbentes; VII - limitar a capacidade das empresas de definirem os preços de bens ou serviços; VIII - facilitar, de forma injustificada, a adoção de condutas que caracterizem infração da ordem econômica, conforme art. 36 da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011; ou IX - gerar, ainda que indiretamente, outras situações que impeçam o avanço técnico ou tecnológico, que dificultem o desenvolvimento ou a adoção de novos procedimentos produtivos e/ou tecnologias ou que onerem sem justa causa a implantação de novos modelos de negócios; ou X - impedir ou dificultar a implementação de "sandbox" regulatório, consistente na suspensão ou criação de regulação, em caráter excepcional, para a apuração dos efeitos empíricos de novos modelos de negócio.
Aumento dos custos de transação sem demonstração de benefícios (art. 8º)	I - aumentar de forma injustificada os custos para obtenção de informação por parte do consumidor ou adquirente a respeito de bens ou serviços em determinado mercado; II - aumentar de forma injustificada os custos para celebração de acordo ou contrato entre agentes econômicos de todo tipo; III - aumentar de forma injustificada os custos exigidos para garantir o cumprimento efetivo do acordo ou contrato por qualquer uma das partes, ou para adoção das providências necessárias em caso de ruptura de acordo ou contrato; IV - aumentar de forma injustificada os custos explícitos e implícitos suportados pelo consumidor ou adquirente que deseje substituir um fornecedor por outro; V - desconsiderar a garantia de cumprimento e execução dos contratos entre os agentes econômicos privados, relativamente à matéria nele tratada;

	VI - limitar formas e meios de pagamento devidamente autorizadas pelas autoridades do Sistema Financeiro Brasileiro; VII - permitir, autorizar ou regular conduta que o Plenário do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, em processo administrativo, já averiguou que aumenta dos custos de transação de concorrentes sem demonstração de benefícios; ou VIII - aumentar de forma injustificada os custos explícitos e implícitos suportados por atividades reguladas para a conformidade com as normas regulatórias.
Criação de demanda artificial ou compulsória de produto, serviço ou atividade profissional, inclusive de uso de cartórios, registros ou cadastros (art. 9º)	I - estabelecer a exigibilidade de atos públicos de liberação na ausência de risco inerente à atividade regulada, inclusive empreendimento com baixo risco, conforme art. 3º, inciso I da Lei de Liberdade Econômica; II - exigir dados e informações já disponíveis publicamente, ou já prestadas à Administração pública sobre as quais o órgão ou entidade goze, ou possa estabelecer, acesso; III - exigir comprovação tais como certidões, traslados, autenticações ou qualquer outro ato, de informações que o particular pode prestar por meio de: a) autodeclaração; ou b) documentos que possam ser fornecidos por cópia simples ou digitalizada; IV - obrigar a contratação ou impedir a dispensa de qualquer profissional, excetuadas as atividades com exercício regulado definidas em lei; V - proibir ou limitar a pactuação de preços de bens ou serviços entre particulares, inclusive por meio de limitação de descontos, tabelamento de preços, limitação de reajustes ou qualquer outra forma, sem expresse embasamento legal; VI - limitar de forma injustificada a capacidade dos consumidores ou adquirentes de optar por fornecedores ou prestadores de todo tipo; VII - estabelecer a exigibilidade de renovação de atos públicos de liberação de atividades econômicas, relativos à sua operação contínua, sem que haja necessidade ou quando existirem outras formas possíveis de mecanismos de autocontrole; ou VIII - condicionar o ato de liberação de atividade econômica a autorizações e licenças específicas de outros entes públicos.
Introdução de limites à livre formação de sociedades empresariais ou de atividades econômicas (art. 10)	I - criar obrigação, requerimento ou condicionante de qualquer tipo em relação à constituição, modificação ou extinção de sociedades empresariais; II - obrigar, proibir ou inviabilizar exercício de faculdade, direito ou disposição contratual, associativa, estatutária, ou de qualquer outra natureza; ou III - restringir, sob qualquer hipótese, a mera sociedade entre pessoas físicas que não detenham os requisitos profissionais para exercício da atividade fim da sociedade empresarial

	quando essas não tenham envolvimento, direto ou indireto, com a operação, exercício ou prestação relacionada aos fins técnicos ou profissionais da atividade exercida.
Restrição ao uso e o exercício da publicidade e propaganda sobre um setor econômico (art. 11)	I - impedir a publicidade sob alegação geral e incomprovada de vulnerabilidade ou falta de capacidade de decisão de seu destinatário, sem considerar as circunstâncias concretas de forma e conteúdo; II - impedir formas e conteúdos de publicidade sob a alegação de efeitos atribuídos aos produtos ou serviços objeto da propaganda na ausência de assimetria de informação pelo consumidor ou adquirente; III - conceder interpretação extensiva às hipóteses de proibição ou limitação de publicidade previstas em lei; ou IV - limitar, de forma injustificada, a liberdade das empresas na realização de publicidade e propaganda de bens ou serviços.
Exigência de requerimentos que mitiguem os efeitos da dispensa de ato público de liberação em atividades econômicas de baixo risco	I - exigir taxas ou emolumentos, inclusive por meio de obrigações acessórias, para impor requisito estranho à natureza tributária; ou II - estabelecer procedimento prévio de inspeção, análise de documentos, ou outra intervenção ex ante para verificação do atendimento aos requisitos para atividade sob dispensa de ato público de liberação.

Fonte: IN SEAE nº 97/2020

13. Em complemento, vale destacar a Instrução Normativa SEAE nº 111, de 05 de novembro de 2020, que estabelece os quesitos de referência para análises referentes a melhoria regulatória relacionada à diminuição dos custos de negócios. Os critérios elencados nesse normativo para avaliação da onerosidade regulatória, estão distribuídos em cinco categorias:

- I - Obrigações Regulatórias;
- II - Requerimentos Técnicos;
- III - Restrições e Proibições;
- IV - Licenciamento; e
- V - Complexidade Normativa, conforme quadro abaixo:

Parâmetros de referência para análise da onerosidade regulatória sobre os custos de negócios – IN SEAE nº 111/2020

<i>Onerosidade</i>	<i>Definição</i>	<i>Padrão Pró-Concorrência</i>
Obrigações Regulatórias	Exigibilidade de cumprimentos procedimentais ou relacionados, compulsórios e dispostos em ato normativo infralegal editado pelo regulador, incluindo quanto a fornecimento de dados e informações, pagamento de taxas e emolumentos e relacionados ou deveres genéricos referentes a comunicações, formulários, disponibilizações, entregas, transferências, entre outros	Obrigação não deve provocar distorção concorrencial entre agentes econômicos; onerosidade da obrigação não deve representar barreira econômica ou prejudicar agentes econômicos de menor porte ou potenciais entrantes; deve haver acessibilidade e isonomia aos meios de cumprimento da obrigação.
Requerimentos Técnicos	Exigibilidade de padrões de identidade técnica, padrão de forma, método, modo, equipamento, máquina, indicador, profissional, nacionalidade, entre outros, para fins qualitativos ou não, a ser observada no exercício de atividade dos agentes econômicos regulados.	A exigência de requerimento técnico não deve onerar mercado a ponto de limitar a concorrência; o requerimento técnico não deve inviabilizar produto ou serviço de oferta ampla e global; o requerimento técnico não deve submeter os produtores brasileiros a ambiente mais oneroso que concorrentes que produzam em solo estrangeiro; e o requerimento técnico não deve inviabilizar o desenvolvimento de tecnologias ou modelos disruptivos que possam potencialmente ocorrer na margem da regulação.
Restrições e Proibições	Vedação, disposta em ato normativo infralegal editado pelo regulador, que iniba, restrinja ou proíba, direta ou indiretamente, prática, oferta, método, disponibilização, produção, desenvolvimento, uso, funcionamento, entre outros, de produto ou serviço no setor regulado.	A regulação não deve limitar o uso de técnicas, meios ou resultados úteis ao mercado que não apresentem comprovado risco a terceiros ou caráter sistêmico; a regulação não deve inviabilizar o livre desenvolvimento tecnológico de diferentes alternativas concorrentes; a regulação não deve inviabilizar a oferta de produtos ou serviços de livre e amplo acesso em mercados desenvolvidos.

Licenciamento	Exigibilidade de ato público de liberação, na forma do § 6º do art. 1º da Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019	A regulação deve garantir isonomia, transparência e previsibilidade entre agentes econômicos estabelecidos e potenciais entrantes, inclusive para o desenvolvimento de modelos econômicos disruptivos; onerosidade do cumprimento do licenciamento, incluindo custos diretos e indiretos, não deve representar barreira de entrada ou distorção concorrencial; Licenciamento não deve sujeitar o produtor brasileiro a ambiente menos competitivo que seus concorrentes estrangeiros.
Complexidade Normativa	Onerosidade associada às barreiras de acesso à informação regulatória, inclusive quanto a quantidade e qualidade normativa, harmonização terminológica, isonomia e previsibilidade da aplicabilidade de dispositivos, acessibilidade a diferentes agentes inclusive estrangeiros, população em geral, profissionais da área, fiscais entre outros	A regulação deve ser clara, objetiva, previsível e isonômica, a fim de garantir simetria de informação regulatória entre os agentes econômicos do setor; a regulação deve ser consolidada, harmonizada e íntegra, a fim de garantir ampla acessibilidade a potenciais novos entrantes, incluindo de origem estrangeira.

Fonte: IN SEAE nº 111/2020

14. Além de corroborar a importância do instituto do abuso do poder regulatório como referência importante para o aprimoramento do ambiente concorrencial, o FIARC busca correlacionar a tipologia apresentada na Lei de Liberdade Econômica com as recomendações da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE contidas no *Toolkit OCDE de Advocacia da Concorrência*².

15. Para a análise concorrencial das restrições impostas pelos governos, a OCDE desenvolveu uma metodologia baseada em um *checklist* a ser observado na análise do

² Ver https://www.gov.br/economia/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-e-manuais/guiaadvocaciaconcorrencia_ascom.pdf

impacto dos efeitos da medida. Esses efeitos podem ser agrupados em quatro tipos, conforme quadro abaixo.

Checklist de restrições Potenciais a serem verificadas - OCDE

(A) Limitar o número ou variedade de fornecedores	A1) conceder direitos exclusivos a um único fornecedor de bens ou de serviços. (A2) estabelecer regimes de licenças, permissões ou autorizações como requisitos de funcionamento. (A3) limitar a capacidade de certas empresas para a prestação de bens ou serviços. (A4) aumentar significativamente os custos de entrada ou saída no mercado. (A5) criar uma barreira geográfica que impeça as empresas de fornecer bens, serviços, trabalho ou capital
(B) Limitar a capacidade das empresas de competirem entre si	(B1) limitar a capacidade dos vendedores definirem preços de bens ou serviços. (B2) limitar a liberdade dos fornecedores de realizarem publicidade ou <i>marketing</i> dos seus bens ou serviços. (B3) fixar padrões de qualidade do produto que beneficiem apenas alguns fornecedores ou que excedam o nível escolhido por determinados consumidores bem informados. (B4) aumentar significativamente o custo de produção para apenas alguns fornecedores, particularmente dando tratamento diferente às empresas já estabelecidas (incumbentes) em relação a novos entrantes.
(C) Diminuir o incentivo para empresas competirem	(C1) estabelecer um regime autorregulatório ou correção. (C2) exigir ou encorajar a publicação de dados sobre níveis de produção, preços, vendas ou custos das empresas.

	(C3) isentar um determinado setor industrial ou grupo de fornecedores da aplicação da legislação geral da concorrência.
(D) Limitar a escolha do consumidor e a informação disponível	(D1) limitar a capacidade dos consumidores de escolherem a empresa fornecedora do bem ou serviço. (D2) reduzir a mobilidade dos clientes entre empresas de bens ou serviços por meio de aumento dos custos explícitos ou implícitos da substituição do fornecedor atual por um concorrente (<i>switching costs</i>). (D3) alterar substancialmente a informação necessária para que os consumidores possam adquirir bens e serviços de forma eficaz

Fonte: OCDE

16. Como apontado pela OCDE, as consequências destas intervenções podem gerar impactos significativos nos setores afetados, reduzindo a produtividade e prejudicando consumidores, ainda que existam fundamentos econômicos válidos que justifiquem tais intervenções, como a prevenção de falhas de mercado³. Portanto, sendo justificada a intervenção governamental, todas as alternativas possíveis devem ser avaliadas no sentido de se encontrar uma solução *value for money*, isto é, a opção com melhor relação custo/benefício que atenda aos objetivos da ação do governo.

³ Organização Para Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE. *Guia de Avaliação da Concorrência*, versão 3.0, 2017. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/competition/49418818.pdf>, pag. 9

An aerial photograph of a city, likely Rio de Janeiro, showing a dense urban landscape with buildings, roads, and green spaces. The image is overlaid with a dark orange color scheme, giving it a high-contrast, graphic appearance. The text is positioned in the upper left and lower right areas of the image.

FRENTE INTENSIVA DE AVALIAÇÃO REGULATÓRIA E CONCORRENCIAL

USUPORT

VS

RESOLUÇÃO NORMATIVA ANTAQ Nº 34/19

4

SUMÁRIO EXECUTIVO

1. A Secretaria de Advocacia da Concorrência e Competitividade do Ministério da Economia (SEAE) apresenta, por meio deste Parecer, sua manifestação FIARC acerca do requerimento submetido pela Associação de Usuários dos Portos da Bahia – USUPPORT no âmbito do programa Frente Intensiva de Avaliação Regulatória e Concorrencial (FIARC), para avaliar e manifestar-se acerca sobre ato normativo que afetaria a eficiência na prestação de serviços, produção e distribuição de bens, nos termos do inciso VI, art. 1º da Instrução Normativa (IN) SEAE nº 97, de 2 de outubro de 2020 e inciso III do art. 120 do Anexo I do Decreto nº 9.745, de 2019.

2. De acordo com a USUPPORT, a SEAE deveria opinar pelo caráter eminentemente anticompetitivo da Resolução Normativa da Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ no 34, de 19 de agosto de 2019, que “aprova a norma que estabelece parâmetros a serem observados na prestação dos serviços de movimentação e armazenagem de contêineres e volumes nas instalações portuárias”, em particular no que tange à permissão para cobrança do Serviço de Segregação e Entrega – SSE (também conhecido como Terminal Handling Charge 2 – THC). A requerente alega que a regra em comento chancela a cobrança do SSE/THC 2, que viabilizaria condutas anticoncorrenciais, em violação a previsões da Lei no 13.874, de 20 de setembro de 2019 (Lei de Liberdade Econômica) e enquadramento nas situações previstas na Instrução Normativa SEAE no 97, de 2 de outubro de 2020, a qual estabelece o FIARC e dá outras providências⁴.

⁴ Publicada no Diário Oficial da União em 05/10/2020.

3. Este Parecer foca sua análise nas questões concorrenciais da norma citada acima, além de outras questões relacionadas à eficiência econômica da cadeia logística do transporte aquaviário de longo curso (internacional) de contêineres e volumes e mercado conexos, particularmente dos mercados de movimentação de contêineres nas instalações portuárias e de armazenagem alfandegada, de modo a avaliar eventuais efeitos negativos da regulação em apreço sobre o bem-estar do consumidor nos mercados mencionados, bem como possibilidades de aprimoramento normativo que tratem esses efeitos.

4. Com base nas informações e os documentos acostados aos autos do Processo SEI ME nº 10099/100204/2021-94, o presente caso classifica-se como sendo de **BANDEIRA VERMELHA**, uma vez que o ato normativo em comento tem caráter anticompetitivo, sendo verificados indícios significativos de distorção concorrencial, nos termos do art. 18 da Instrução Normativa (IN) SEAE nº 97, de 2 de outubro de 2020, com efeitos potencialmente negativos sobre o bem-estar do consumidor.

5. Nesse sentido, esta SEAE recomenda os seguintes encaminhamentos, em ordem de preferência, relativamente à regulação da movimentação de contêineres nas instalações portuárias:

- i. alterar a Resolução Normativa ANTAQ nº 34/2019 ou a legislação aplicável, de forma a determinar que todos os custos relativos à movimentação vertical e horizontal estejam incluídos nos preços praticados junto aos armadores (Box Rate e THC, no que couber); ou
- ii. alterar a Resolução Normativa ANTAQ nº 34/2019 ou a legislação aplicável, de forma que seja aplicado um regime de regulação *ex ante*, do tipo tarifa teto ou semelhante, a todas as cobranças obrigatórias aplicadas junto aos donos da carga ou seus prepostos, tais como os terminais secos.

6. Em vista das recomendações acima, sugere-se a representação formal da ANTAQ para conhecimento da Diretoria daquela Agência Reguladora e de sua Procuradoria das recomendações deste Parecer.

7. Sugere-se também dar conhecimento do teor do Parecer ao Ministério de Infraestrutura, na condição de Ministério setorial correspondente. Finalmente, considerando as conclusões constantes deste Parecer, recomenda-se o seu encaminhamento

à Advocacia-Geral da União (AGU), para avaliação da compatibilidade dos dispositivos da Resolução Normativa ANTAQ nº 34/2019 com a Lei nº 13.874/2019 (Lei da Liberdade Econômica).

FIARCG DECISÃO DO CASO

RESUMO

*USUPPORT vs Resolução Normativa ANTAQ nº 34/2019
Serviço de Segregação e Entrega (Terminal Handling Charge 2 – THC2)*

A Resolução Normativa ANTAQ no 34/2019 é anticoncorrencial apresentando as seguintes distorções:

Prejuízo ao bem-estar do consumidor por meio da cobrança compulsória, em duplicidade, do SSE/THC 2 pelos terminais portuários molhados junto aos terminais secos concorrentes no mercado *downstream* de armazenagem. Permite a cobrança pelos referidos terminais portuários por um serviço sem regulação de preço em condições de poder de mercado.

ATO NORMATIVO COM CARÁTER ANTICOMPETITIVO:

- Resolução Normativa ANTAQ nº 34/2019

Recomendações de alteração da normatização aplicável, em ordem de preferência:

- ✓ determinar que todos os custos relativos à movimentação vertical e horizontal estejam incluídos nos preços praticados junto aos armadores (Box Rate e THC, no que couber); ou
- ✓ aplicar um regime de regulação *ex ante*, do tipo tarifa teto ou semelhante, a todas as cobranças obrigatórias aplicadas junto aos donos da carga ou seus prepostos, tais como os terminais secos.

Representação formal junto à ANTAQ para conhecimento das recomendações.

HISTÓRICO DAS NORMAS ANALISADAS

8. A Resolução Normativa ANTAQ no 34/2019 tem origem em uma longa disputa, seja no âmbito administrativo ou judicial, envolvendo a legalidade e alegadas práticas anticompetitivas da cobrança do hoje denominada “Serviço de Segregação e Entrega”, denominado em muitos desse processos de THC 2 (Terminal Handling Charge 2). Tais processos envolveram os integrantes do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC, atualmente definidos pela Lei no 12.529, de 30 de novembro de 2011, como o CADE (primeiro processo datado de 1999) e esta SEAE, mas também envolveram a ANTAQ como agência reguladora do setor aquaviário e até o Tribunal de Contas da União no exercício de sua competência de Controle Externo do Poder Executivo Federal. Além disso, fora da controvérsia na esfera administrativa, a disputa também tem sido objeto de igualmente longa controvérsia no Poder Judiciário, em inúmeros processos.

9. Aqui cabe apenas apontar que a norma pretendeu dar fim à disputa, estabelecendo a legitimidade da cobrança, após uma tentativa anterior da ANTAQ por meio da Resolução 2.389/2012 não obteve êxito nesse intento. Tal norma foi objeto questionamento de múltiplos atores tais como esta SEAE, em vista de seu potencial caráter anticoncorrencial e terminou por ensejando uma determinação do Tribunal de Conta da União – TCU em julho de 2018 para que ocorresse a revisão da norma.

10. Assim, a ANTAQ publicou a Resolução Normativa no 34/2019 em uma nova tentativa de pacificar os litígios adotando solução alinhada ao entendimento dos terminais molhadas

acerca da cobrança. Para tanto, definiu explicitamente o conceito de Serviço de Segregação de Entrega – SSE, algo que não tinha ocorrido na Resolução 2.389/2012, bem como estabeleceu procedimentos para verificação de eventual abusividade na sua cobrança. Cumpre ressaltar que a nova Resolução não estabeleceu qualquer mecanismo de regulação *ex ante*, tal como estabelecimento de tarifa-teto, prevendo apenas uma regulação *ex post* em casos de eventual abusividade. Por fim, importante apontar que à época a norma contou com posicionamento contrário desta SEAE quanto à opção regulatória adotada pela ANTAQ, como será detalhado na Seção 7 deste Parecer.

DA TRAMITAÇÃO DO FIARC

6.1 DESCRIÇÃO DO REQUERIMENTO

12. Trata-se de requerimento de análise ao FIARC, trazida pela Associação de Usuários dos Portos da Bahia – USUPPORT acerca da Resolução Normativa ANTAQ no 34, de 19 de agosto de 2019, que “aprova a norma que estabelece parâmetros a serem observados na prestação dos serviços de movimentação e armazenagem de contêineres e volumes nas instalações portuárias”, em particular quanto à normatização do Serviço de Segregação e Entrega – SEE, também conhecido como Terminal Handling Charge 2 – THC 2⁵.

13. Considerando os critérios anticoncorrenciais definidos para embasar a atuação do FIARC, o requerimento é no sentido de que norma seja sinalizada como lesiva aos princípios da liberdade econômica (art. 4º, incisos I, II, IV e VII da Lei nº 13.874, de 2019) e que se enquadraria também nos termos da Instrução Normativa SEAE nº 97, de 2020 (arts. 4º, inciso VI, 5º, VII, 7º, VII, VIII, 8º, VII e 13, I). Tais dispositivos são reproduzidos abaixo:

- Lei nº 13.784/2019:

CAPÍTULO III

DAS GARANTIAS DE LIVRE INICIATIVA

Art. 4º É dever da administração pública e das demais entidades que se vinculam a esta Lei, no exercício de regulamentação de norma pública pertencente à legislação sobre a qual esta Lei versa, exceto se em estrito cumprimento a previsão explícita em lei, evitar o abuso do poder regulatório de maneira a, indevidamente:

⁵ No decorrer deste parecer se utilizará preferencialmente a denominação conjunta SSE/THC 2, mas poderá ser utilizada apenas uma denominação ou outra na medida que seja de uso mais apropriado a depender do contexto.

I - criar reserva de mercado ao favorecer, na regulação, grupo econômico, ou profissional, em prejuízo dos demais concorrentes;

II - redigir enunciados que impeçam a entrada de novos competidores nacionais ou estrangeiros no mercado;

(...)

IV - redigir enunciados que impeçam ou retardem a inovação e a adoção de novas tecnologias, processos ou modelos de negócios, ressalvadas as situações consideradas em regulamento como de alto risco;

(...)

VII - introduzir limites à livre formação de sociedades empresariais ou de atividades econômicas;

- IN SEAE nº 97/2020:

CAPÍTULO II

DO ABUSO REGULATÓRIO E CONCORRENCIAL

(...)

Reserva de mercado

Art. 4º Pode constituir criação de reserva de mercado, prejudicando o ambiente de concorrência, inclusive potencialmente na forma do inciso I do caput do art. 4º da Lei de Liberdade Econômica, o ato normativo que:

(...)

VI - provocar, ainda que indiretamente, situações que elevem as barreiras de entrada de maneira a limitar o acesso ao mercado de consumidores para parte restrita de agentes econômicos.

Enunciados anti-concorrenciais

Art. 5º Pode constituir enunciado que impeça a entrada de novos competidores nacionais ou estrangeiros no mercado, prejudicando o ambiente de concorrência, inclusive potencialmente na forma do inciso II do caput do art. 4º da Lei de Liberdade Econômica, o ato normativo que:

(...)

VII - permitir, autorizar ou regular conduta já considerada, pelo Plenário do Conselho Administrativo de Defesa Econômica em processo administrativo, como infração à ordem econômica;

(...)

Art. 7º Pode constituir enunciado que impeça ou retarde a inovação e a adoção de novas tecnologias, processos ou modelos de negócios, prejudicando o ambiente de concorrência, inclusive potencialmente na forma do inciso IV do caput do art. 4º da Lei de Liberdade Econômica, o ato normativo que:

(...)

VII - limitar a capacidade das empresas de definirem os preços de bens ou serviços;

VIII - facilitar, de forma injustificada, a adoção de condutas que caracterizem infração da ordem econômica, conforme art. 36 da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011;

(...)

Aumento dos custos de transação sem demonstração de benefícios

Art. 8º Pode constituir aumento dos custos de transação sem demonstração de benefícios, prejudicando o ambiente de concorrência, inclusive potencialmente na

forma do inciso V do caput do art. 4º da Lei de Liberdade Econômica, o ato normativo que:

(...)

VII - permitir, autorizar ou regular conduta que o Plenário do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, em processo administrativo, já averiguou que aumenta dos custos de transação de concorrentes sem demonstração de benefícios;

(...)

Art. 13. O procedimento de investigação no âmbito do FIARC será instaurado com fundamento em:

I - de encaminhamentos do Programa de Melhoria Contínua de Competitividade - PMCC, conforme estabelecido na Portaria nº 12.302, de 28 de novembro de 2019, da Secretaria Especial de Produtividade, Emprego e Competitividade do Ministério da Economia, desde que estes sejam acompanhados de:

a) indicação específica de dispositivo normativo potencialmente incidente nas hipóteses exemplificadas dos artigos 4º a 12 desta Instrução Normativa;

b) expressa menção a um ou mais dos incisos do art. 4º da Lei nº 13.874, de 2020; e

c) demonstração de encaminhamento prévio de manifestação, ofício ou similar ao órgão ou entidade da Administração pública federal, estadual, municipal ou do Distrito Federal responsável pela edição do ato normativo em questão.

14. A USUPORT alega quanto à Resolução Normativa ANTAQ no 34/2019:

... tal norma viola frontalmente dispositivos da Lei da Liberdade Econômica e da Instrução Normativa, o que demanda a intervenção dessa Secretaria a fim de endereçar o flagrante abuso de poder regulatório decorrente de sua edição. Tal violação decorre da redação dos arts. 2º, III, IX, X, 5º, caput e §§ 1º e 2º, e 9º, caput e parágrafo único da RN nº 34/2019, a partir das quais se autoriza a

cobrança, pelos Operadores Portuários (“OPs”), em desfavor de seus concorrentes no mercado de armazenagem alfandegada (as Instalações Portuárias Alfandegadas, ou “IPAs”), dos denominados “serviços de segregação e entrega” de cargas containerizadas. Esses serviços seriam supostamente prestados pelos OPs quando a carga retirada do navio é destinada à armazenagem alfandegada por terceiros. Porém, tais valores (THC2) nada mais são do que preços impostos pelos OPs em face das IPAs unicamente em razão da posição dominante exercida por aqueles no mercado a montante de movimentação portuária, sendo que (i) não há efetiva prestação de serviço e (ii) a entrega da carga já foi remunerada pelo armador quando da contratação da descarga do navio (a partir do pagamento da Terminal Handling Charge, ou “THC”).

15. Por fim, o requerimento destaca que busca a sinalização do FIARC em considerar a Resolução Normativa ANTAQ no 34/2109 como regra anticoncorrencial, a ser objeto de revisão por parte da ANTAQ ou do Governo Federal. Com a análise do FIARC, busca-se avaliar as justificativas apresentadas que, caso consideradas pertinentes, ensejarão a proposta de revisão da norma.

16. Os principais documentos utilizados como referência para elaboração deste Parecer são:

- a) Agência Nacional de Transportes Aquaviários - ANTAQ (2015). **Nota Técnica nº 48/2015/GRP**, da ANTAQ, de 03/12/15.
- b) Agência Nacional de Transportes Aquaviários - ANTAQ (2020). **Análise de Impacto Regulatório – AIR – Plano de Trabalho GRP SEI 0875650 - Acórdão nº 69-2019-ANTAQ SEI 0840591** - Do Preço-Teto para o SSE e de uma Franquia para Cargas. Proposta de critérios a serem utilizados para identificação de abusos ilegais nas cobranças em terminais de contêineres
- c) Agência Nacional de Transportes Aquaviários - ANTAQ (2021). **Anuário Estatístico**.
- d) Agência Nacional de Transportes Aquaviários (2021). **Estatístico Aquaviário 2.1.4**.

- e) Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ, Ministério da Infraestrutura – MInfra e Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE (2021). **Memorando de Entendimentos nº 1/2021.**
- f) Australian Competition & Consumer Commission - ACCC (2020). **Container stevedoring monitoring report 2019-2020.**
- g) Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE (2016). **Guia – Análise de Atos de Concentração Horizontais.**
- h) Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE (2017). **Mercado de Serviços Portuários.** Cadernos do CADE. Departamento de Estudos Econômicos.
- i) Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE (2018). **Mercado de Transporte Marítimo de Contêineres.** Cadernos do CADE. Departamento de Estudos Econômicos.
- j) Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE (2020). **Nota Técnica nº 7/202/CGAA3/SGA1/SG/CADE**, de 01/04/20.
- k) Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE (2021). **Despacho Ordinatório Conselheira Lenise Rodrigues Prado.** Processo Administrativo nº 08700.004781/2021-69
- l) Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE (2021). **Votos no Processo Administrativo no 08700.005499/2015-51;** representado: Terminal de Contêineres do Porto de Suape em Pernambuco – Tecon Suape S. A., representantes: Atlântico Terminais S. A. e Suata Serviço Unificado de Armazenagem e Terminal Alfandegado S. A.
- m) European Union (2019). **Evaluation of the Commission Staff Working Document Regulation (EC) No 906/2009 of 28 September 2009 on the application of Article 81(3) of the Treaty to certain categories of agreements, decisions and concerted practices between liner shipping companies (consortia).** Commission Staff Working Document.
- n) Keedi, S. (2020). **Transportes, Unitização e Seguros Internacionais de Carga – Prática e Exercícios**, 8ª ed., Aduaneiras.
- o) Ministério da Infraestrutura (2019). **Plano Nacional de Logística Portuária.**
- p) Neowise et al (2021). **Estudos Técnicos de Fundamentação e Convergência Metodológica - Serviço de Segregação e Entrega.** Relatório técnico – Seção 2.

- q) Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE (2017). **Guia de Avaliação da Concorrência**. Versão 3.0.
- r) Organization for Economic Cooperation and Development - OECD (2001). **Recommendation of the Council concerning structural separation in regulated industries**, 26 April 2001, C (2001) 78/FINAL.
- s) Organization for Economic Cooperation and Development - OECD (2011) **Competition in Ports and Ports Services**. Policy Roundtables.
- t) Organization for Economic Cooperation and Development (2016). **Structural separation in regulated industries – Report on implementing the OECD Recommendation**.
- u) Possas, M. L. (1996). **Os Conceitos de Mercado Relevante e de Poder de Mercado no Âmbito da Defesa da Concorrência**. Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ. Instituto de Economia (IE).
- v) Secretaria de Acompanhamento Econômico (2011). **Parecer Analítico sobre Regras Regulatórias nº 15/COGTL/SEAE/MF**, de 23/05/21
- w) Secretaria de Advocacia da Concorrência e Competitividade (2021). **Parecer SEI nº 5472/2021/ME**, de 14/04/2021.
- x) Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência (2018) **PARECER SEI Nº 37/2018/COGTS/SUPROC/SEPRAC-MF**, de 25/08/18.
- y) Tiriyaki, G. F. e Rios, R. S. (2021) **Fundamentos econômicos sobre os riscos à concorrência da Resolução Normativa nº 34/2019 da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ)**. Programa de Pós-Graduação em Economia da Universidade Federal da Bahia – PPGE/UFBA. Parecer Amicus Curiae do FIARC.
- z) Tribunal de Contas da União – TCU (2018). **Relatório de Auditoria Operacional e Acórdão, Processo Administrativo TC 014.624/2014-1**.
- aa) World Bank (2007). **Port Reform Tool Kit**. 2nd Edition. Public-Private Infrastructure Advisory Facility.

17. Principais normas citadas:

- a) Decreto nº 6.759, de 5 de fevereiro de 2009 – **Dispõe sobre os regimes aduaneiros de comércio exterior**;
- b) Decreto nº 8.033 de 27 de junho de 2013 – **Regulamenta a Lei dos Portos**;

- c) Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal – IN SRF nº 248, de 25 de novembro de 2002 – **Dispõe sobre a aplicação do regime de trânsito aduaneiro;**
- d) Instrução Normativa SEAE nº 97, de 2 de outubro de 2020 - **Estabelece o FIARC e dá outras providências;**
- e) Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001 – **Dispõe sobre o funcionamento da ANTAQ;**
- f) Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013 – **“Lei dos Portos”;**
- g) Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019 – **“Lei de Liberdade Econômica”**
- h) Portaria da Secretaria de Portos da Presidência da República nº 111, de 7 de agosto de 2013 – **Estabelece normas, critérios e procedimentos para pré-qualificação dos operadores portuários**

6.2 DA INSTRUÇÃO REALIZADA PELA SEAE

18. Foram adotadas pela SEAE os seguintes procedimentos de participação social e recebimento de documentos externos:

- Tomada de Subsídios
 - Realização entre 20/07 e 20/08/21- Questionário disponibilizado na plataforma "Participa + Brasil"
 - Weblink: <https://www.gov.br/participamaisbrasil/antag27>.
 - Quantidade de participantes: 10
- Audiência Pública:
 - 26/08/21- 15h às 16h20 - Sessão Remota, com participação dos inscritos
 - Weblink: <https://www.gov.br/participamaisbrasil/audiencia-publica-seae-sepec-n-05-2021>
 - Quantidade de participantes externos: 29
- Parecer *Amicus Curiae*
 - Edital de Chamamento Público (Publicado no DOU Seção 3 de 20/07/2021);
 - Weblink: <https://www.gov.br/participamaisbrasil/edital-de-chamamento-publico-para-parecer-de-amicus-curie-no-fiarc>
 - Quantidade de pareceres apresentados: 01.
- Outros:
 - Estudo avulso da Consultoria Neowise et al.

DA ANÁLISE

7.1 ASPECTOS PRELIMINARES

19. Preliminarmente, a fim de balizar a discussão, é importante que sejam apresentadas as principais normas do setor, bem como alguns conceitos importantes.

20. Como principais normativos do setor portuário aplicáveis à análise a seguir, além da própria Resolução Normativa no 34/2019 da ANTAQ, tem-se:

- Lei no 12.815, de 5 de junho de 2013 – “Lei dos Portos”;
- Lei no 10.233, de 5 de junho de 2001 – Dispõe sobre o funcionamento da ANTAQ;
- Decreto no 8.033 de 27 de junho de 2013 – Regulamenta a Lei dos Portos;
- Portaria da Secretaria de Portos da Presidência da República no 111, de 7 de agosto de 2013 – Estabelece normas, critérios e procedimentos para pré-qualificação dos operadores portuários
- Decreto no 6.759, de 5 de fevereiro de 2009 – Dispõe sobre os regimes aduaneiros de comércio exterior;
- Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal – IN SRF no 248, de 25 de novembro de 2002 – Dispõe sobre a aplicação do regime de trânsito aduaneiro.

21. Os mercados de interesse deste Parecer envolvem a **cadeia logística de transporte aquaviário internacional de contêineres**. A fim de discutir os mercados envolvidos, pode-se definir os principais players envolvidos em tal cadeia logística como sendo: (a) Autoridade Portuária; (b) operador portuário/terminal; (c) Terminal de Uso Privado – TUP; (d) recinto alfandegado, com destaque para o terminal “seco”; (e) armador; (f) dono da carga (importador); e (g) ANTAQ.

A fim de entender o papel da “**(a) Autoridade Portuária**”, deve-se primeiro ter em mente a definição legal de Porto Organizado, a qual é apresentada no art. 2º, inciso I da Lei 12.815/2013:

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

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

22. O Porto Organizado, portanto, é um bem público que necessariamente está sob jurisdição de uma Autoridade Portuária. A Autoridade Portuária é responsável pela gestão geral do porto e pela respectiva infraestrutura aquaviária, tal como o canal de acesso e a infraestrutura terrestre de acesso (rodovias e ferrovias). Tradicionalmente a função de Autoridade Portuária tem sido exercida pelas Companhias Docas, empresas estatais federais ou controladas pelos entes subnacionais, mas agora estão em curso importantes processos de desestatização de Autoridades Portuárias públicas, tais como nos casos da Companhia Docas do Espírito Santo (Porto de Vitória e Barra do Riacho) e da Santos Port Authority S. A. (Porto de Santos). Após a desestatização a função de Autoridade Portuária será exercida por meio de contrato de concessão firmado com a União sob fiscalização da ANTAQ.

23. Quanto à movimentação e armazenagem de cargas nos portos organizados, o art. 2º da Lei no 12.815, de 5 de junho de 2013, define que esta deve ser realizada por meio de “(b) operador portuário” devidamente qualificado:

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

(...)

XIII - operador portuário: pessoa jurídica pré-qualificada para exercer as atividades de movimentação de passageiros ou movimentação e armazenagem de mercadorias, destinadas ou provenientes de transporte aquaviário, dentro da área do porto organizado.

24. A atividade de operador portuário é de livre entrada para qualquer empresa que deseje operar, bastando cumprir os requisitos regulatórios, tais como regularidade fiscal e jurídica e critérios de segurança, definidos na Portaria da Secretaria de Portos da Presidência da República nº 111, de 7 de agosto de 2013. Porém, para que possam realizar as atividades relacionadas à movimentação de cargas, os operadores portuários devem contar com o uso da superestrutura de terminais portuários com seus respectivos equipamentos e instalações portuárias. Os terminais por sua vez são eles próprios operadores portuários ou atuam com operadores terceiros. A questão aqui é que o acesso às áreas do porto organizado é limitado, de forma que a atuação como terminal portuário é que determina a concorrência no interior do porto, a concorrência intraportuária. Assim, doravante, neste Parecer se fará referência aos terminais e operadores portuários em conjunto como uma única entidade, apesar de não o serem rigorosamente falando, mas tendo em mente que a exploração de uma instalação portuária (para efeito deste Parecer, o terminal) representa a barreira à entrada relevante para a atuação na atividade de movimentação e armazenagem de contêineres nos portos públicos.

25. Cabe destacar, que no caso de portos públicos de menor porte, as funções de Autoridade Portuária e de exploração da superestrutura portuária (terminais), são exercidas pelas Companhias Docas públicas. Já no caso dos principais Portos Públicos, de maior porte, existe a separação entre estas atividades, no modelo de gestão portuária denominado de landlord port⁶. Assim, nestes portos de maior porte, as áreas e respectivos terminais voltados à movimentação de cargas são explorados por meio de empresas privadas que firmam contratos de arrendamento com o poder público e exploram toda a superestrutura do porto, ficando a infraestrutura a cargo da Autoridade Portuária. Adicionalmente, cumpre apontar que os terminais são tipicamente especializados em determinados tipos de carga, já que se exige uma superestrutura própria e customizada, por exemplo, para granéis sólidos

⁶ Para uma exposição detalhada acerca dos modelos de gestão portuária ver: World Bank (2007). **Port Reform Tool Kit – Module 3 – Alternative Port Management Structures and Ownership Models**. 2nd Edition. Public-Private Infrastructure Advisory Facility, p. 78-84. Disponível em: < <https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/library/port-reform-toolkit-ppiaf-world-bank-2nd-edition>> Acesso em: 08/04/21.

minerais, graneis líquidos e, sendo o segmento de interesse para este Parecer, para contêineres.

26. A outra grande figura além do Porto Organizado (Público) para a gestão do setor portuário voltado ao transporte aquaviário de longo curso (internacional) de contêineres é o “(c) Terminal de Uso Privado – TUP”. Segundo definido no art. 2º, inciso III da Lei nº 12.815/2013, o TUP é uma instalação portuária que se localiza fora da área do Porto Organizado que é administrada por empresas que operam em regime de autorização, regime regulatório mais flexível que a concessão. No passado o TUP, com outra denominação, era voltado exclusivamente a cargas próprias, representando estruturas de produção verticalizadas, mas a normatização foi flexibilizada de forma que o atendimento a carga de terceiros foi facilitado e os TUPs passaram a concorrer diretamente com os Portos Organizados. Os TUPs também são clientes dos Portos Organizados (Públicos) na medida que dependem da utilização de canais de acesso de responsabilidade dos segundos, que em alguns casos, atendem todo o Complexo Portuário⁷ e não somente o Porto Organizado. Se boa parte dos TUPs ainda mantém a característica de verticalização de cadeias produtoras, voltadas principalmente a graneis sólidos minerais e vegetais e graneis líquidos combustíveis, hoje também têm atuação destacada no segmento de contêineres de navegação de longo curso⁸, algo que será detalhado na Seção 7.4.

27. Assim, o quadro competitivo geral do mercado de movimentação portuária internacional de contêineres nos portos é composto por TUPs e terminais voltados ao segmento, localizados nos Portos Organizados. Ocorre que esse mesmo conjunto de terminais presta outra atividade de interesse para a discussão presente, além da movimentação de cargas: a atividade de armazenagem alfandegada. Nesta atividade ocorre o armazenamento dos contêineres até que possa ocorrer o desembarço aduaneiro.

⁷ O conceito de Complexo Portuário compreende tanto o Porto Organizado quanto os TUPs em uma mesma localidade, por exemplo, um mesmo estuário.

⁸ A navegação de longo curso, a que ocorre entre países, é a de interesse deste parecer, que é aquela na qual ocorrem as operações de comércio exterior.

28. Nesse sentido, tem-se a caracterização de outra figura que participa da cadeia que é o “(d) recinto alfandegado”. Trata-se de instalações autorizadas pela Receita Federal do Brasil como recintos aduaneiros e, portanto, aptos a realizar a armazenagem de mercadorias até que ocorra o desembaraço aduaneiro (no caso da importação). Como apontado no parágrafo anterior, tais recintos podem ser os próprios operadores portuários/terminais “molhados” que atuam nos dois elos da cadeia ou serem terminais retroportuários alfandegados (ou de forma mais geral, terminais “secos”), que atuam apenas no mercado *downstream* de armazenagem alfandegada.

29. Se no segmento de movimentação de cargas nos portos públicos e TUPs a concorrência ocorre entre terminais aquaviários (denominados de “terminais molhados”), no segmento de armazenagem alfandegada existe um outro conjunto de players atuando: o recinto alfandegado seco. Este “terminal seco”, que pode estar localizado dentro ou fora da área do porto organizado, possui autorização da Receita Federal do Brasil – RFB para atuar como recinto alfandegado, mas não possui acesso direto aos navios que transportam as cargas, que necessariamente devem ser descarregadas pelo operador portuário do terminal molhado. Assim, os terminais secos dependem e competem com os terminais molhados, na medida que se utilizam dos serviços de movimentação de carga, mas também competem pelo mercado de armazenagem alfandegada.

30. Um outro player envolvido na cadeia logística internacional de contêineres de interesse para a presente discussão é o “(e) armador”. O **armador é o transportador marítimo** que realiza transporte de bens ou pessoas, utilizando embarcações próprias ou alheias.

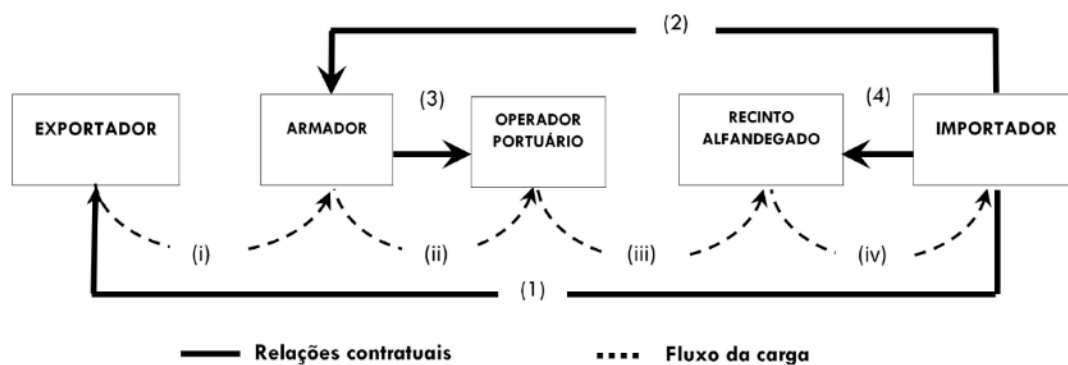
31. Tem-se ainda figura do “(f) dono da carga”, que para a presente discussão é o **importador**⁹. Esta é a pessoa física ou jurídica destinatária final da carga transportada e que é o responsável por contratar, diretamente ou por meio de terceiros, todos os serviços

⁹ Algumas questões discutidas neste Parecer também têm potencial de impactar as operações de exportação, mas o requerimento do FIARC se aplica apenas à importação de contêineres, de forma que este será o foco principal da análise. Quando um aspecto da discussão for relevante para a exportação isso será apontado explicitamente.

necessários para realizar da operação de comércio exterior: (a) o contrato de exportação/importação com o exterior; (b) a contratação do armador; (c) a contratação do recinto alfandegado responsável pela armazenagem alfandegada, se for o caso; (d) o contrato com o transportador em solo nacional (por exemplo o operador ferroviário ou rodoviário); e (e) quaisquer outros serviços necessários para que a carga chegue ao destino final.

32. Por fim, **cumprе destacar o papel da “(g) ANTAQ” nessa cadeia logística como a agência reguladora do setor de transporte aquaviário**. Se na criação da ANTAQ em 2001, por meio da Lei no 10.233, de 5 de junho de 2001, essa ainda tinha funções como órgão regulador mais limitadas, já que estas eram exercidas usualmente pelas respectivas Autoridades Portuárias, a Agência passou a exercer com o passar do tempo funções crescentes nesse papel. Assim, os processos licitatórios de arrendamento e respectivos contratos, assim como a regulação de tarifas no setor portuário, incluindo desde condições gerais para a regulação das receitas dos arrendatários passando por regimes mais intrusivos, tais com tarifa teto (*price cap*), agora são de competência da ANTAQ, que também será responsável pelos processos licitatórios e fiscalização dos contratos de concessão das Autoridades Portuárias a serem desestatizadas. É nesta condição de órgão regulador do setor portuário, incluindo a regulação das receitas auferidas pelos terminais portuários, observados os respectivos contratos de arrendamento, que a ANTAQ publicou a Resolução Normativa no 34/2019.

33. Apontados os principais players envolvidos na cadeia de transporte aquaviário internacional de contêineres, é interessante explicitar um fluxo típico dessa cadeia, conforme o diagrama abaixo:



a. Cadeia Contratual:

1. Importador celebra contrato de compra e venda com o Exportador.
2. Importador contrata com o Armador o transporte da carga para entrega no porto de destino.
3. Armador formaliza contrato com o Operador Portuário para descarga e movimentação de contêiner entre o navio e portão do terminal.
4. Importador formaliza contrato com o Recinto Alfandegado para armazenagem da carga antes de sua nacionalização.

b. Fluxo da carga:

- i. Exportador entrega a carga aos cuidados do Armador.
- ii. Armador disponibiliza a carga ao Operador Portuário para retirada/descarga do navio.
- iii. Operador Portuário movimenta a carga no terminal portuário e disponibiliza ao Recinto Alfandegado.
- iv. Recinto Alfandegado recebe e armazena a carga e a disponibiliza ao Importador.

Fonte: Nota Técnica nº 7/202/CGAA3/SGA1/SG/CADE, de 01/04/20, Processo nº 08700.005499/2015-51.

34. Supondo o exemplo acima de uma operação típica de importação, esta se dá inicialmente por meio de um contrato de exportação/importação entre uma empresa nacional importadora e o exportador estrangeiro. Tipicamente a responsabilidade da empresa exportadora se encerra com a entrega do contêiner no porto indicado. O importador, adicionalmente, deve firmar um contrato de transporte internacional com o armador, que se responsabilizará pela entrega em um porto que atenda a localidade do destino final. A partir de tal entrega o armador se responsabiliza pela entrega em porto que atenda a localidade respectiva, ficando, porém, a escolha do terminal específico ou possivelmente até do porto, caso mais de um porto atenda adequadamente a localidade do destino final, pelo armador, que tipicamente possui contratos permanentes de médio prazo (por exemplo, 3 a 4 anos) com determinados terminais.

35. Importante ressaltar que, no exemplo em questão, tipicamente o importador não exerce qualquer tipo de influência na escolha dos terminais envolvidos, seja no porto de origem no exterior ou no porto de destino nacional. Isto ocorre porque os armadores, que já são em si empresas de grande porte, adicionalmente atuam quase sempre por meio de alianças mundiais de porte ainda maior, permitindo operação em grande escala, a fim de obterem ganhos de eficiência. Assim, um importador típico não tem porte para influenciar nesse processo logístico, contratando um pacote fechado que inclui a entrega em porto que atenda determinada localidade. Tal papel preponderante do armador, com alta probabilidade de pertencer a uma grande aliança mundial, de forma a que este possua elevado poder de barganha junto aos demais agentes na cadeia logística aquaviária internacional, é um aspecto de suma importância para a discussão da dinâmica dos mercados objeto deste Parecer, que será aprofundado na Seção 7.4.

36. No exemplo em questão, uma vez entregue o contêiner no porto, se encerram as obrigações do armador. Tipicamente, a contratação do armador se dá por meio de um contrato de serviços sob sua responsabilidade, que inclui o recebimento no exterior, transporte e entrega no porto de destino. Como o armador não possui infraestrutura própria, firma um contrato com um operador portuário/terminal que é remunerado pelo Box Rate (pacote de serviços), que abarca todos os serviços envolvidos na movimentação horizontal e vertical no porto, tais como a estiva, capatazia, conferência da carga, etc. De particular interesse para o caso em tela é o serviço portuário de capatazia, definido no art. 40, da Lei no 12.815, de 5 de junho de 2013:

Art. 40.....

.....

§ 1º Para os fins desta Lei, consideram-se:

I - capatazia: atividade de movimentação de mercadorias nas instalações dentro do porto, compreendendo o recebimento, conferência, transporte interno, abertura de volumes para a conferência aduaneira, manipulação, arrumação e entrega, bem

como o carregamento e descarga de embarcações, quando efetuados por aparelhamento portuário;

37. O Terminal Handling Charge - THC compreende em tese justamente a parcela do Box Rate destinada à remuneração pelos serviços de capatazia (movimentação horizontal). Na definição de Keedi (2020), na obra intitulada “Transportes, Unitização e Seguros Internacionais de Carga – Prática e Exercícios” (8ª ed., Aduaneiras), o conceito do THC pode ser entendido da seguinte forma:

As despesas da movimentação portuária, desmembradas do frete e cobradas à parte, são denominadas de capatazia ou Terminal Handling Charge (THC), dependendo, respectivamente, de tratar-se de carga solta (aquela a granel ou geral) ou carga em container.

Essa operação deve ser entendida como a movimentação de carga dentro do terminal portuário desde o momento que ela entra no portão (gate) do porto até ser levada ao lado do navio para ser embarcada ou desde a sua colocação no cais na operação de desembarque até a sua passagem de saída pelo gate do porto

38. Tal entendimento também é o já expressado pela área técnica da ANTAQ¹⁰, que aponta sua aderência à experiência internacional (grifos nossos):

49. A prática internacional e os entendimentos devidamente fundamentados da área técnica da Agência dão conta, portanto, que a Terminal Handling Charge corresponde ao valor cobrado, via preço, com vistas a remunerar todo o conjunto de movimentações prestadas aos contêineres 'em terra' e consubstancia, em suma, o preço, tomado por unidade de contêiner, destinado a garantir, adicionalmente ao frete marítimo, a prestação de serviços envolvidos na etapa de movimentação das cargas ao longo da zona portuária, desde o costado do navio até sua efetiva entrega ao destinatário mediato ou imediato, para efetiva saída da área ou terminal portuário.

¹⁰ Nota Técnica nº 48/2015/GRP, da ANTAQ, de 03 de dezembro de 2015.

39. Assim, tem-se que na experiência internacional, o valor a ser dispendido com os serviços de responsabilidade do operador/terminal são pagos por meio do Box Rate, que possui uma parcela referente aos serviços de movimentação horizontal em terra (capatazia) denominada de Terminal Handling Charge – THC. O ponto a enfatizar aqui é que, conforme apontado pela própria área técnica da ANTAQ na manifestação acima, e também por esta SEAE em diferentes ocasiões¹¹, na prática internacional não se diferenciam o Box Rate e THC na exportação e importação, sendo os mesmos simétricos nos serviços a que se referem, algo que será de importância para a discussão subsequente.

40. Entregue o contêiner no porto se encerra a obrigação do armador. A partir desse momento será necessário realizar o desembaraço aduaneiro, competindo ao importador se responsabilizar pelo mesmo e retirar a carga ou contratar um recinto alfandegado para realizar tal serviço e armazenar a mercadoria pelo tempo necessário. Além disso, existem diversos regimes de trânsito aduaneiro possíveis, incluindo a possibilidade de suspensão temporária de tributos até determinado momento¹². É esse serviço de desembaraço aduaneiro e respectiva armazenagem com possibilidade de utilização de diferentes regimes de trânsito aduaneiro, bem como diversos serviços conexos, que constitui o mercado de armazenagem alfandegada. Este mercado de armazenagem alfandegada tem atuação tanto dos terminais aquaviários (“molhados”), que obrigatoriamente devem ser recintos aduaneiros se atuam na exportação e importação¹³, como de terminais “secos”, sendo estes últimos localizados dentro ou fora da área do porto organizado, inclusive recebendo carga proveniente dos TUPs.

41. É no contexto de escolha de um recinto aduaneiro seco para realização do serviço de armazenagem alfandegada que se insere a cobrança do Serviço de Segregação e

¹¹ Ver, por exemplo: (i) Parecer Analítico sobre Regras Regulatórias nº 15/COGTL/SEAE/MF, de 23/05/11; e (ii) PARECER SEI Nº 37/2018/COGTS/SUPROC/SEPRAC-MF, de 25/08/18.

¹² Ver a IN SRF no 248, de 25 de novembro de 2002 para os regimes de trânsito aduaneiro.

¹³ Nos termos do art. 8º do Decreto nº 6,759, de 5 de fevereiro de 2009.

Entrega – SSE, conhecido ao longo dos debates também como *Terminal Handling Charge 2 – THC 2*. Esta cobrança é feita apenas no sentido importador junto aos recintos aduaneiros secos pelos terminais molhados, sob a alegação de que se trata de um serviço distinto, com custos adicionais, fora do fluxo “normal” caso o serviço de armazenagem alfandegada fosse realizado junto ao próprio terminal molhado. O SSE envolveria a separação dos respectivos contêineres em uma pilha distinta no porto e entrega ao responsável pelo transporte indicado pelo respectivo terminal alfandegado na condição de preposto do dono da carga, em um serviço de movimentação horizontal distinto. O ponto a ressaltar aqui é que a cobrança pelo terminal molhado responsável pela movimentação dos contêineres no porto só ocorre no caso de utilização de um recinto aduaneiro concorrente do terminal molhado no mercado *downstream* de armazenagem alfandegada. Isto é, o terminal molhado representa simultaneamente um elo essencial *upstream* na cadeia de transporte aquaviário de que participa o terminal seco, assim como é seu concorrente *downstream*. Tal estrutura de mercado torna racional que ocorra uma estratégia, caso esta seja viável, de elevação artificial de custos de rivais no mercado *downstream*.

42. Conforme será detalhado em seções subsequentes, a controvérsia envolvendo o SSE/THC 2 se dá inicialmente acerca da cobertura do contrato de movimentação nas instalações portuárias entre o terminal molhado e o armador: tal contrato abarcaria ou não toda a movimentação horizontal (capatazia) no porto até a entrega da carga ao importador ou seus prepostos? Isto é, a parcela do Box Rate denominada de THC incluiria o serviço que constituiria o SSE? Ou este seria uma cobrança em duplicidade, portanto uma segunda cobrança por serviços de movimentação horizontal no porto já pagos no contrato com o armador, daí a denominação de THC 2?
43. Explicitados os aspectos preliminares acima acerca dos mercados envolvidos, cumpre realizar a seguir um histórico quanto ao tratamento do assunto ao longo do tempo. Tal histórico não pretende ser exaustivo, buscando-se apenas expor os principais temas da controvérsia e o posicionamento dos diferentes atores envolvidos a fim de balizar a discussão atual.

7.2 BREVE HISTÓRICO DOS LITÍGIOS ENVOLVENDO O SSE/THC 2

44. A cobrança do SSE/THC 2 tem sido objeto de ampla disputa desde longa data entre terminais secos e molhados, segundo o entendimento de que a cobrança em si teria caráter anticoncorrencial. Logicamente tais processos envolveram os integrantes do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC, atualmente definidos pela Lei no 12.529, de 30 de novembro de 2011, como o CADE e esta SEAE, mas também envolveram a ANTAQ como agência reguladora do setor aquaviário e até o Tribunal de Contas da União no exercício de sua competência de Controle Externo do Poder Executivo Federal. O primeiro processo julgado pelo CADE data inicialmente de processo aberto em 1999 com condenação em 2005 ¹⁴, o que demonstra a durabilidade da controvérsia. Além disso, fora da controvérsia na esfera administrativa, a disputa também tem sido objeto de igualmente longa controvérsia no Poder Judiciário, em inúmeros processos.

45. Não cumpre aqui recapitular todo esse longo histórico, sendo de maior importância entender apenas os desenvolvimentos mais recentes. Tendo em vista tal entendimento, utiliza-se principalmente como referência o caso mais recente concluído no CADE acerca da matéria, o qual teve julgamento finalizado naquele Tribunal Administrativo em fevereiro de 2021, o Processo Administrativo no 08700.005499/2015-51, tendo como representado o Terminal de Contêineres do Porto de Suape em Pernambuco – Tecon Suape S. A. e os terminais alfandegados secos Atlântico Terminais S. A. e Suata Serviço Unificado de Armazenagem e Terminal Alfandegado S. A. como representantes. Em particular utilizar-se-á o Voto do Relator, que foi o voto vencedor no julgamento que teve placar de 4 a 2 pela condenação do representando à multa de R\$ 9 milhões, bem como pela obrigação de se abster “...de exigir a cobrança aos recintos alfandegados independentes na área de influência Porto de Suape/PE de serviços de segregação e entrega de contêineres (SSE), além de

¹⁴ Processo Administrativo nº 08012.007443/1999-17, tendo como representados: Tecondi, Terminal 37, COSIPA e TECON Santos Brasil. Ver a **Tabela 1** abaixo.

serviços já abrangidos na Box Rate (e remunerados pela *Terminal Handling Charge*)...”.

46. Tal voto traz extenso histórico acerca da discussão do SSE/THC 2 no CADE e no Poder Judiciário em um contexto de diferentes regulamentações acerca da matéria pelas Autoridades Portuárias e ANTAQ, o qual será abordado aqui de forma sintética. Para tanto, tal Voto apresenta inicialmente tabela contendo todos os processos acerca da matéria no CADE, que se reproduz abaixo:

Tabela 1 – Histórico de processos envolvendo SSE/THC no CADE

Processo Administrativo nº	Representados	Síntese	Situação
08012.007443/1999-17	Tecondi, Terminal 37, COSIPA e TECON Santos Brasil	Instituição de "taxa de cobrança" relacionada ao serviço de segregação e de entrega de mercadoria proveniente de importação. Mercado relacionado à zona de influência do Porto de Santos/SP.	Condenação em 27.04.2005
08012.009690/ 2006-39	Rodrimar S.A Transportes, Equipamentos Industriais e Armazéns Gerais	Instituição de "taxa de ISPS-CODE", para liberação de contêiner de importação, serviços já remunerados através de outros preços autorizados no contrato de concessão ou arrendamento. Mercado relacionado à zona de influência do Porto de Santos/SP.	Processo suspenso em razão da celebração de Termo de Cessação da Conduta ("TCC"), em 19.08.2015
08012.005422/ 2003-03	TECON Rio Grande S.A	Instituição de cobrança de preço pela manutenção por 48 (quarenta e oito) horas da carga no pátio de mercadorias transportadas em contêineres provenientes de importação. Mercado relacionado à zona de influência do Porto do Rio Grande/RS.	Condenação em 04.02.2016
08012.003824/ 2002-84	TECON Salvador S.A. e Intermarítima Terminais Ltda	Instituição de "taxa de cobrança" relacionada ao serviço de movimentação e segregação de mercadoria proveniente de importação. Mercado relacionado a zona de influência do Porto de Salvador/BA.	Condenação em 22.03.2016
08012.005967/ 2000-69	Santos Brasil S.A. (TECON) e TECONDI (Terminal de Contêineres da Margem Direita S/A)	Estipulação e cobrança de entrega postergada por parte dos operadores portuários em face dos Recintos Alfandegados. Mercado relacionado a zona de influência do Porto de Santos/SP.	Arquivamento em 28.06.2016
08012.001518/ 2006-37	Rodrimar S.A Transportes, Equipamentos Industriais e Armazéns Gerais	Instituição de "taxa de cobrança" relacionada ao serviço de segregação. Mercado relacionado a zona de influência do Porto de Santos/SP.	Condenação em 22.08.2018
08700.008464/ 2014-92	TECON Rio Grande S/A.	Cobrança da taxa de "fiel depósito". Mercado relacionado a zona de influência do Porto de Rio Grande/RS.	Condenação em 11.09.2018
08700.005418/ 2017-84	TECON Suape S.A.	Instituição de "taxa de ISPS-CODE", para liberação de contêiner de importação, serviços já remunerados através de outros preços autorizados no contrato de concessão ou arrendamento. Mercado relacionado à zona de influência do Porto de Suape/PE	Condenação em 22.10.2019
08700.007396/ 2016-14	APM Terminals Itajaí S.A.	Suposta instituição de "taxa de cobrança" relacionada ao serviço de segregação de mercadoria proveniente de importação e cobrança de preço pela armazenagem de contêineres, no regime DTA, retirados em menos 48 (quarenta e oito) horas. Mercado relacionado à zona de influência do Porto de Itajaí/SC	Processo em andamento (fase instrução pela SG)
08700.007049/ 2018-45	Portonave S/A Terminais Portuários de Navegantes	Suposta instituição de "taxa de cobrança" relacionada ao serviço de movimentação e segregação de mercadoria proveniente de importação e cobrança de preço pela armazenagem de contêineres, no regime DTA, retirados em menos 48 (quarenta e oito) horas. Mercado relacionado a zona de influência do Porto de Itajaí/SC	Processo em andamento (fase instrução pela SG).
08700.000351/ 2019-53	Embraport - Empresa Brasileira de Terminais Portuários S.A.	Suposta instituição de "taxa de cobrança" relacionada ao serviço de segregação de mercadoria proveniente de importação. Mercado relacionado a zona de influência do Porto de Santos/SP.	Processo em andamento (fase instrução pela SG). Houve pedido de medida preventiva concedida e, posteriormente, revogada pela SG. Foi provido recurso voluntário pelo Tribunal do CADE para restaurar a medida preventiva anteriormente imposta.
08700.003006/ 2017-18	Brasil Terminal Portuário S.A	Suposta instituição de "taxa de cobrança" relacionada ao serviço de segregação de mercadoria proveniente de importação. Mercado relacionado a zona de influência do Porto de Santos/SP.	Processo em andamento (fase instrução pela SG). Houve pedido de medida preventiva não acolhido pela SG. Foi provido recurso voluntário pelo Tribunal do CADE para conceder a medida preventiva.

Fonte: Voto do Relator Conselheiro Luiz Augusto Azevedo de Almeida Hoffmann, no processo 08700.005499/2015-51.

47. Importante ressaltar, quanto aos julgados no quadro acima, que não é apenas o SSE/THC 2 propriamente dito que foi objeto de condenação, mas outras cobranças feitas junto aos terminais alfandegados secos, como “cobrança ISPS code” e “taxa de fiel depósito”. Em outras palavras, **a cobrança do SSE/THC 2 parece se inserir em um contexto mais amplo de cobranças de taxas pelos terminais molhados junto aos terminais secos que foram julgados como anticompetitivas pelo CADE**, algo que será de importância para a análise da Seção 7.4.

48. Retornando ao Voto do Relator no supracitado processo, é interessante transcrever o trecho que se refere à primeira condenação do CADE quanto a cobrança do THC 2¹⁵:

49. Assim, tratando-se da cobrança de THC2, a primeira decisão sobre o tema foi emitida pela ANTAQ no âmbito do Processo Administrativo nº 50300.000022/2002, correspondente à área de influência do Porto de Salvador/BA, no qual a agência regulatória concluiu que “embora existem custos adicionais para o operador portuário na movimentação de cargas destinadas a outros recintos alfandegados, o serviço prestado está totalmente abrangido pelo conceito de movimentação de containers consagrado no contrato de arrendamento, não estando pois configurada a existência de serviços adicionais” aptos a legitimar a cobrança, por meio do acórdão de 27.06.2003.

50. Vale notar que o entendimento construído por este Tribunal Administrativo, em relação à cobrança do serviço de segregação e entrega de contêineres (“SSE”) foi dissonante ao supramencionado entendimento firmado pela ANTAQ. A identificação da cobrança de THC2 como infração concorrencial percorreu a existência de vácuo regulatório sobre a definição de tal serviço e sobre a própria definição dada ao Box Rate e também identificou que tal cobrança para atividade de armazenagem geraria uma vantagem para o operador portuário, de maneira que na verdade não haveria custos adicionais para a movimentação de cargas destinadas a outros recintos alfandegados.

¹⁵ Voto do Relator Conselheiro Luiz Augusto Azevedo de Almeida Hoffmann no processo 08700.005499/2015-51.

51. Nesse passo, a ANTAQ, na tentativa de regular a cobrança de serviços livremente negociados pelas partes, entre eles, a cobrança do serviço de segregação e entrega de contêineres, emitiu a Resolução nº 2.389/2012. Entretanto, no Processo Administrativo nº 08012.001518/2006-37, o CADE manifestou posição contrária à ideia de que esta Resolução da ANTAQ conferiria isenção antitruste à cobrança de THC2 e manteve o entendimento da cobrança de THC2 como ilícita em face do direito concorrencial, em razão da existência de vácuo regulatório.

49. Cumpre esclarecer que a Resolução no 2.389/2012 foi editada justamente em um contexto de uma tentativa por parte da ANTAQ de que fosse dirimida a controvérsia acerca da cobrança do THC 2, já tendo sido essa cobrança à época objeto de 6 processos no âmbito do CADE conforme o quadro acima. Na época ocorreu, inclusive, um processo de Consulta Pública visando à obtenção de contribuições para nova norma, que contou com análise desta SEAE. Na Conclusão daquela análise, apontava-se quanto à minuta apresentada (grifos no original)¹⁶:

*47. Em que pese o esforço da Antaq em promover o debate público sobre as iniciativas de regulamentação setorial, cumpre mais uma vez enfatizar que **a norma em apreço não trouxe os esclarecimentos referentes à identificação e análise do problema e aos objetivos pretendidos, bem como em relação à avaliação, ainda que sucinta, dos custos e benefícios de sua implementação, permitindo-se aos interessados a elaboração de ilações próprias, com possível comprometimento da compreensão do problema da forma pretendida pela Antaq.***

48. No mérito, entende-se que a proposta de regulamento apresenta como aspecto positivo, o tratamento, ainda que incompleto, da disciplina da responsabilidade civil. Não obstante, positiva conceitos que podem impactar negativamente as relações estabelecidas ao longo da cadeia de prestação de serviços e ensinar a prática de condutas anticompetitivas.

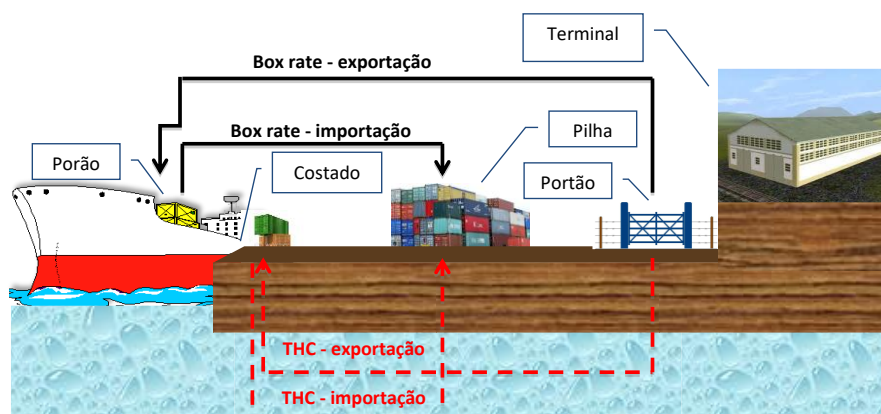
¹⁶ Parecer Analítico sobre Regras Regulatórias nº 15/COGTL/SEAE/MF, de 23/05/11, p. 14-15.

49. Ante essas considerações, a SEAE entende que a norma carece de aperfeiçoamento, em especial, em relação à exata delimitação dos serviços compreendidos na atividade de movimentação de cargas remuneradas pelo THC e pelo BR.

50. Ocorre que após a consulta pública, em posição contrária à recomendação técnica do próprio grupo de trabalho estabelecido pela Agência¹⁷, bem como desta SEAE no supracitado Parecer, que entendiam que a cobrança THC 2 consistiria em uma conduta eminentemente anticoncorrencial, a Diretoria da ANTAQ optou pela aprovação da Resolução no 2.389/2012, que teve como principal inovação definir o Box Rate e THC, estabelecendo quanto a este último uma diferenciação quanto à ocorrência na exportação e na importação. Se consoante ao entendimento da área técnica da Agência e aderente à prática internacional o entendimento era de que o Box Rate e THC deveriam ser cobranças cobrindo os mesmos serviços de forma simétrica na direção importadora ou exportadora, a nova Resolução optou por diferenciar tais serviços a depender da direção do fluxo logístico. Tal escolha expressou um alinhamento da Diretoria da ANTAQ com o posicionamento dos terminais molhados de que deveria haver uma diferenciação em relação aos serviços abrangidos no THC, a depender do sentido, se exportação ou importação, exatamente para delimitar que o THC 2 representaria a cobrança de um serviço adicional qualitativamente distinto e com custos adicionais no caso da importação quando o cliente optasse por realizar armazenagem alfandegado no terminal seco. O diagrama abaixo ilustra essa diferenciação:

¹⁷ Grupo de Trabalho instituído pela Portaria ANTAQ nº. 32, de 22.2.2008.

Figura 1 – Definições de Box Rate e THC a partir da Resolução ANTAQ nº 2.389/2012



Fonte: Parecer Analítico sobre Regras Regulatórias nº 15/COGTL/SEAE/MF, de 23/05/11

51. Tal entendimento está expresso nas definições de Box Rate e THC da Resolução ANTAQ no 2.389/2012 (grifos nossos):

Art. 2º Para os efeitos desta Norma, considera-se:

(...)

*VI - Cesta de Serviços (Box Rate): preço cobrado pelo serviço de movimentação das cargas **entre o portão do terminal portuário e o porão da embarcação**, incluída a guarda transitória das cargas até o momento do embarque, **no caso da exportação**, ou **entre o porão da embarcação e sua colocação na pilha do terminal portuário**, no caso da importação, considerando-se, neste último caso, a inexistência de cláusula contratual que determine a entrega no portão do terminal;*

*VII - Taxa de Movimentação no Terminal (Terminal Handling Charge - THC): preço cobrado pelo serviço de movimentação de cargas **entre o portão do terminal portuário e o costado da embarcação**, incluída a guarda transitória das cargas até o momento do embarque, **no caso da exportação**, ou **entre o costado da embarcação e sua colocação na pilha do terminal portuário**, no caso da*

importação, considerando-se, neste último caso, a inexistência de cláusula contratual que determine a entrega no portão do terminal;

52. Assim, tal tipo de definição normativa pela ANTAQ buscou legitimar a prática de cobrança do SSE/THC 2 como algo lícito, baseado em uma estrutura de custos economicamente justificável e que deveria implicar em uma outra relação comercial fora daquela estabelecida entre terminal molhado e armador. Ocorre que, se por um lado a publicação da Resolução ANTAQ no 2.389/2012 obteve algum sucesso em enfraquecer a tese de ilegalidade em si quanto à cobrança do THC 2 (independentemente da avaliação dos seus efeitos), por outro seu sucesso nesse intento não foi pleno. Conforme apontado pela Superintendência do CADE no processo que levou à condenação do Tecon – Suape em fev/2021, se por um lado a Resolução alterou o entendimento daquela Superintendência, tal como já expresso em processo anterior citado na jurisprudência do caso (nº 08012.001518/2006-37), por outro a Resolução não foi capaz de mudar o posicionamento do Tribunal Administrativo de que o THC 2 seria uma cobrança ilegal per se, isto é, pela sua mera existência, independentemente de qualquer análise adicional:

VI.2.3. Processo Administrativo nº 08012.001518/2006-37:

(...)

210. Levando-se em consideração os diferentes normativos regulatórios sob os quais a prática vigorou, a SG, na Nota Técnica n.º 310, de 07/10/2014, dividiu a análise da conduta em três períodos distintos: (i) do início da cobrança de THC2 pela Rodrimar até a publicação do acórdão n.º 13/2010 da Antaq; (ii) da publicação do acórdão n.º 13/2010 até a publicação da resolução n.º 2.389/12 da Antaq; e (iii) da publicação da resolução n.º 2.389/12 da Antaq até o momento da análise da conduta.

211. A SG concluiu, em suma, que a cobrança da THC2 seria anticompetitiva no período de 02/03/2006 a 22/02/2012 (por práticas combinadas dos artigos 20 e 21 da Lei nº 8.884/94, correspondentes ao artigo 36 da Lei nº 12.529/11), tendo

recomendado o arquivamento a partir dessa última data, uma vez que a Antaq teria preenchido um “vácuo regulatório” com a publicação da Resolução nº 2.389/2012, por meio da qual reconhece a existência de custos adicionais para segregação e entrega dos contêineres aos Recintos Alfandegados independentes - tendo delegado a competência da determinação daqueles valores à Codesp. Importante frisar, todavia, que permaneceu o entendimento da SG de que o THC2 é uma cobrança que causa efeitos anticompetitivos, posicionando-se a Superintendência contrariamente à sua cobrança, mesmo após a resolução da Antaq.

212. Em 22/06/2016, na 88ª Sessão Ordinária de Julgamento do Cade, o Conselheiro Paulo Burnier da Silveira apresentou seu voto, com entendimento distinto da Nota Técnica da SG, entendendo que a resolução da Antaq não afastou a competência do Cade para analisar a ocorrência de infração à ordem econômica decorrente da cobrança da THC2, nos termos relatados no item III.1 desta nota.

213. O Conselheiro-Relator concluiu pela condenação da Representada durante os períodos de 02/03/2006 a 12/12/2006 e de 28/03/2008 a 22/06/2016, divergindo da recomendação apresentada pela SG, que havia limitado a conduta até a data de 13/02/2012. Segundo o Conselheiro, a resolução da Antaq de 2012 não legitima a cobrança do THC2, ressaltando o seguinte:

“O CADE tem sinalizado há mais de dez anos (desde 2005, com a decisão condenatória no PA n.º 08012.007443/1999-17), de forma consistente e reiterada, que a cobrança de THC2 é ilícita à luz do direito concorrencial, não devendo pairar qualquer dúvida sobre o entendimento, até hoje consolidado deste Tribunal sobre a matéria”.

(...)

VII.3. Análise da Ocorrência de Prática Anticompetitiva:

(...)

249. Segundo o Representado, o Operador Portuário incorre em custos maiores quando o Importador opta por armazenar a carga em um Recinto Alfandegado

independente do que teria ao armazenar a carga em seu próprio terminal, o que justificaria a cobrança da taxa THC2. Até então, em virtude do vácuo regulatório existente sobre a abrangência dos serviços contidos na Box Rate, esse ponto gerava controvérsias entre o Operador Portuário e os Recintos Alfandegados, o que se refletiu nos processos administrativos julgados pelo Cade envolvendo a cobrança da taxa THC2.

250. Cabe lembrar que no parecer proferido no âmbito do Processo Administrativo nº 08012.001518/2006-37, a SG entendeu pela não configuração de infração à ordem econômica no período posterior à Resolução nº 2.389/2012, já que esse normativo já reconhecia a existência de custos adicionais para a segregação e entrega dos contêineres aos Recintos Alfandegados independentes. No entanto, o Tribunal não acompanhou esse entendimento, considerando a continuidade da existência de um vácuo regulatório e enfatizando os efeitos adversos para a concorrência no mercado de armazenagem alfandegada advindos da cobrança indevida pelo THC 2.

53. A continuidade de tais litígios no órgão antitruste levou à intervenção do Tribunal de Contas da União – TCU que, no âmbito de sua competência, elaborou Relatório de Auditoria Operacional¹⁸ acerca do setor portuário. Por ocasião daquela Auditoria o TCU chegou ao entendimento que a ANTAQ não havia regulado as falhas de mercado que trariam problemas concorrenciais na controvérsia envolvendo o THC 2. Assim, o Tribunal decidiu por¹⁹:

9.1. determinar à Agência Nacional de Transportes Aquaviários ANTAQ que:

9.1.1. elabore e publique as composições de custo dos serviços prestados pelos terminais portuários com o objetivo de balizar o exame de pertinência da THC 2 e de ocorrência de abuso em sua cobrança;

9.1.2. proceda à revisão da regulamentação concernente à cobrança do serviço de segregação e entrega de contêiner (SSE ou THC 2), de modo a adequá-la ao novo arcabouço jurídico-institucional estabelecido pela Lei 12.815/2013 e pela Lei

¹⁸ Processo Administrativo TC 014.624/2014-1.

¹⁹ Idem. Acórdão, p. 1.

12.529/2011, com vistas a dar cumprimento à sua obrigação legal de harmonizar e arbitrar conflitos de interesse entre terminais portuários e recintos alfandegados independentes, em obediência ao art. 20, inciso II, art. 27, incisos II e IV, da Lei 10.233/2001 e ao art. 2º, inciso II, do Decreto 4.122/2002;

54. Neste momento, antes de se prosseguir com o histórico da matéria, é importante abordar algumas questões conceituais que perpassam a discussão no CADE sobre o THC 2. Em particular se a cobrança seria *per se* ilegal ou, na verdade, se ela seria lícita mas sujeita a abuso em casos concretos. Logicamente uma cobrança em duplicidade, mesmo que por pessoas jurídicas diferentes, pelo mesmo serviço, é *per se* ilegal, então ao que parece a essência de um ponto de vista legal é a questão da duplicidade. Ressalte-se que a questão econômica de fundo se relaciona com as estruturas de mercados envolvidos, o que se conecta, mas é independente da questão da duplicidade, como será abordado na Seção 7.4. Porém, para o órgão antitruste, a questão central nessa discussão parece ser que tipicamente uma conduta concorrencial unilateral, tal como criação de custos artificiais aos concorrentes, no caso concreto tende a ser de muito mais difícil comprovação do que a existência de prática que envolva conluio entre empresas, tal como o cartel. Então se a cobrança de SSE/THC 2 **fosse inerentemente em duplicidade**, dados os termos contratuais e estruturas de custos envolvidos nos contratos entre armadores e terminais molhados, a condenação seria facilitada.

55. A questão técnica de fundo é que tipicamente a condenação por conduta anticompetitiva unilateral não envolvem dano por objeto, enquanto as condutas colusivas frequentemente envolvem práticas *per se* ilícitas (por exemplo, provas de reunião entre concorrentes para combinar preços). Se o dano por objeto não ocorre, a conduta deve ser analisada a partir de seus efeitos sobre os mercados relevantes. Conforme aponta o Voto do Relator no processo do Tecon Suape (grifos no original) acerca da teoria do dano²⁰:

²⁰ Voto do Relator Conselheiro Luiz Augusto Azevedo de Almeida Hoffmann, no processo 08700.005499/2015-51.

a) *Teoria do dano*

*283. Dispõe o art. 36, da Lei nº 12.529/2011, constituir ilícito concorrencial “os atos sob qualquer forma manifestados, **que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:** (i) limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; (ii) dominar mercado relevante de bens ou serviços; (iii) aumentar arbitrariamente os lucros; e (iv) exercer de forma abusiva posição dominante.*

56. Desta forma, se uma conduta é caracterizada como tendo **por objeto** uma prática inerentemente anticoncorrencial **não é necessário analisar os seus efeitos no caso concreto** para averiguar se ela é lícita ou não. Caso contrário, quando determinada prática em si não seja anticoncorrencial, **é necessário analisar o caso concreto**, seja para verificar se existem outras práticas anticoncorrenciais por objeto ou se a prática em questão pode ser considerada anticoncorrencial **em função dos efeitos que possa produzir**, alcançados ou não.

57. O ponto a ressaltar aqui é que uma condenação antitruste por conduta unilateral a partir dos seus efeitos tende a ser bastante complexa e demorada, exigindo elevado expertise, devendo utilizar a regra da razão, em contraste com condenações por objeto (conduta *per se* ilegal)²¹:

Diferentemente de práticas em que os efeitos lesivos à concorrência são presumidos (e.g., cartel), bastando a materialização da conduta investigada -- independentemente da verificação de seus efeitos -- para a caracterização de ilícito anticompetitivo, segundo a regra da razão, a respeito de certas práticas (e.g., condutas unilaterais) devem ser necessariamente examinados seus efeitos, uma vez que tem o potencial de também gerar efeitos pró-competitivos, bem como a existência de justificativa econômica razoável para a conduta, como descreve a OCDE: “The annex notes that non-cartel agreements may have beneficial, pro-competitive effects, which requires “a more judicious application of the rule of

²¹ Idem, nota de rodapé nº 56. O texto por sua vez cita como referência a publicação “OECD Peer Reviews of Competition Law and Policy: Brazil (2019)”, p. 45.

reason.” CADE’s approach is therefore that the Competition Law allows for two types of approaches towards anti-competitive behaviour: a form-based approach and an effects-based approach. CADE has applied a form-based approach in relation to certain conducts, such as horizontal price-fixing and resale price maintenance, where its view is that the practice under investigation could constitute an infringement regardless of any case-specific analysis of actual or potential effects. While this approach is not to be interpreted as a clear-cut “per se illegal” rule, CADE puts the burden on the party to justify the conduct under investigation, and to demonstrate that the conduct would not produce the alleged anticompetitive effects. CADE’s approach is even stricter when it comes to hard-core cartel cases, where it considers that this conduct represents, in of itself, a violation of the Competition Law. As regards unilateral conduct, CADE has interpreted the Competition Law such that unilateral conducts must be assessed on their potential or actual competitive effects. Consequently, a conduct is deemed anti-competitive only if its negative effects are not outweighed by its efficiencies. In such cases, the burden is on CADE to establish the anti-competitive effects of the conduct under investigation, while the party presents its efficiency arguments”.

58. Assim, o caso do SSE/THC 2 tem a particularidade de ser um caso de conduta unilateral que obteve condenações no passado como um ilícito *per se*, sendo desnecessária a comprovação de dano potencial ou efetivo à concorrência para a condenação, de forma semelhante ao que ocorre com condutas colusivas. Tal tipo de condenação era facilitada pela não existência de uma definição regulatória explícita dos serviços abarcados pelo THC 2, o que permitia inferir que estes já estariam abarcados pelo *Box Rate* e THC em virtude dos serviços previstos nos contratos firmados entre terminal molhado e armador, os quais seguiriam a prática internacional.

59. É neste contexto que se insere a edição da Resolução nº 34/2019. Ao que parece, tendo em vista o insucesso perante o CADE em legitimar a cobrança do SSE/THC 2 como lícita ao diferenciar o THC na importação e exportação, bem como a determinação do TCU de que regulasse novamente a matéria, a ANTAQ pretendeu que a nova regulação atingisse esse objetivo. Ressalte-se que tal posicionamento foi

tomado pela Diretoria da Agência mais uma vez com posição contrária da área técnica²² e da Secretaria antecessora desta SEAE²³. Assim, o SSE foi explicitamente definido, sendo introduzido como um serviço necessariamente à parte do THC. A norma também passou a prever um procedimento específico quanto à possibilidade de abusividade nessa cobrança.

60. O ponto a enfatizar é que com a edição da Resolução nº 34/2019, a ANTAQ fez opção por escolha regulatória que dificultou ou até inviabilizou o tratamento como ilegalidade *per se* da cobrança do THC 2. Isso porque claramente determina que o *Box Rate* e o THC não podem abarcar determinados serviços que devem ser remunerados pelo SSE como serviços distintos **a não ser que exista previsão contratual em sentido contrário:**

Art. 9º. O SSE na importação não faz parte dos serviços remunerados pela Box Rate, nem daqueles cujas despesas são ressarcidas por meio do THC, salvo previsão contratual em sentido diverso.

Parágrafo único - No caso em que restar demonstrada a verossimilhança de que exista abuso ilegal na cobrança do SSE, a ANTAQ poderá estabelecer o preço máximo a ser cobrado a esse título, mediante prévio estabelecimento e publicidade dos critérios a serem utilizados para sua definição.

61. Pode-se delimitar em tese quatro posicionamentos quanto à legalidade do SSE/THC:

- a. (a) legalidade *per se* sempre;
- b. (b) legalidade *per se* apenas após a Resolução ANTAQ nº 2.389/2012,²⁴;

²² Ver a Nota Técnica nº 48/2015/GRP, da ANTAQ, de 03/12/15.

²³ PARECER SEI Nº 37/2018/COGTS/SUPROC/SEPRAC-MF, de 25/06/18.

²⁴ Rigorosamente falando isso dependeria dos termos específicos do contrato com os armadores, mas ao que consta a prática internacional não é tratar o Box Rate/THC como serviços distintos na exportação da importação, sendo tal diferenciação uma opção da regulação do Brasil. A questão parece ser que os armadores tem elevado poder de barganha e determinam os termos contratuais que seguem um padrão mundial, não cabendo aos terminais ditar condições. Inclusive não existe qualquer impedimento que os terminais diferenciassem condições contratuais distintas na importação ou exportação, pois se tratam de contratos livremente negociados. O que se trata aqui é a preferência por atuar em um mercado onde não existe competição, em um virtual monopólio, ou atuar em um mercado com elevada competição e margens em processo de corrosão pelo poder de oligopsonia dos armadores.

- c. (c) legalidade *per se* apenas após a Resolução Normativa ANTAQ nº 34/2019;
e
- d. (d) ilegalidade *per se* em todos os casos, pois o SSE/THC 2 representa custos em duplicidade.

62. A questão a se ter em mente, é que obviamente é ilegal que ocorra a cobrança em duplicidade. Dessa forma, a questão legal de fundo é se os contratos entre armadores e terminais já preveem a cobrança dos serviços sob a rubrica de SSE/THC 2. Assim, caso os contratos com os armadores não prevejam expressamente que o Box Rate e THC contemplem o que seria cobrado no SSE/THC 2, conforme a prática internacional e houvesse a previsão que o THC abarque a movimentação horizontal de forma genérica, não se aplicaria a ilegalidade *per se*.

63. Caso essa hipótese esteja correta, com efeito a ANTAQ, com a edição da Resolução ANTAQ nº 34/2019, teve como provável efeito a necessidade de um ajuste no contrato entre armadores e terminais para que pudesse ocorrer ilegalidade *per se* na cobrança de SSE/THC 2. Como será abordado na Seção 7.4, dada a estrutura dos mercados envolvidos, não parece que os importadores possuiriam ingerência sobre os armadores para exigir tal tipo de ajuste contratual em um contrato de que sequer participam ou se os segundos têm sequer qualquer interesse em evitar a prática de elevação de preços no mercado de armazenagem alfandegada. **Isso não impede que ocorra duplicidade de cobrança no caso concreto, mas ao que parece deve-se presumir a não duplicidade como regra, salvo disposição contratual específica, devendo ocorrer a comprovação efetiva da duplicidade.** Em suma, se a tese de ilegalidade *per se* da cobrança do THC 2 já havia sido enfraquecida com a edição da Resolução nº 2.389/2012, com a edição da Resolução Normativa nº 34/2019 esta parece muito mais difícil de ser defendida.

64. Uma outra questão importante é que a Resolução nº 2.389/2011 previa explicitamente a aplicação de uma tarifa teto a cobranças tais como o THC 2 (grifos nossos) ²⁵:

*Art. 5º Os serviços não contemplados no Box Rate, quando demandados ou requisitados pelos clientes ou usuários do terminal sob a responsabilidade de operadores portuários, obedecerão condições de prestação e de remuneração livremente negociadas com o operador portuário ou divulgadas em tabelas de preços de serviços, **observados os tetos de preços fixados pela Autoridade Portuária** e as condições comerciais estipuladas no contrato de arrendamento.*

65. Assim, na ocasião em que foi repassada a função regulatória da Autoridade Portuária à ANTAQ por meio da Resolução ANTAQ nº 34/2109, se previu liberdade de preços com possibilidade de regulação de preço posterior. Isto é, foi-se de um regime de regulação *ex ante*, ao menos se este fosse aplicado pela respectiva Autoridade Portuária, para um regime *ex post*. Por fim, a Resolução previu explicitamente um rol de práticas anticoncorrenciais passíveis de punição:

Art. 7º Constituem infrações passíveis de penalidades o descumprimento de quaisquer dispositivos da presente norma.

Parágrafo único - A apuração das infrações observará o devido processo legal, nos termos da norma que disciplina o processo administrativo sancionador da ANTAQ.

Art. 8º. São consideradas práticas abusivas ou lesivas à concorrência, no âmbito desta norma e da norma que dispõe sobre a fiscalização da prestação dos serviços portuários, as que tem por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente, visando eliminá-la;

²⁵ No caso dos terminais localizados nos portos públicos, já que a norma não se aplicava ao TUPs, ao contrário da Resolução ANTAQ nº 34/2019 que se aplica a ambos os casos.

II - aumentar artificialmente os custos operacionais dos rivais à jusante ou do mesmo mercado relevante;

III - elevar sem justa causa os preços ou valer-se de meios artificiosos, exercendo posição dominante sobre a carga com a finalidade de aumentar arbitrariamente os lucros;

IV - fraudar preços por meio da:

a) sua alteração, sem a correspondente modificação da essência ou da qualidade do bem ou do serviço;

b) divisão em partes de bem ou serviço, habitualmente oferecido à venda em conjunto;

c) junção de bens ou serviços, comumente oferecidos à venda em separado;

d) inclusão de insumo não efetivamente empregado na produção do bem ou na prestação dos serviços;

V - sonegar bens e serviços, recusando-se a vendê-los a quem pretenda comprá-los nas condições publicamente ofertadas;

VI - reter insumos, cargas ou mercadorias com o fim de inviabilização da concorrência; ou

VII - ampliar voluntariamente e sem justa causa o tempo de permanência de cargas na instalação portuária em prejuízo da nova destinação.

66. A análise dos parágrafos anteriores é em essência a mesma realizada pelo Voto do Relator no processo recente envolvendo o Tecon/Suape (grifos nossos)²⁶:

61. Nesse diapasão, ao meu ver, não houve alteração de entendimento da Resolução de 2012 para a Resolução de 2019 quanto aos serviços abrangidos pela Box Rate e

²⁶ Voto do Relator Conselheiro Luiz Augusto Azevedo de Almeida Hoffmann no processo 08700.005499/2015-51.

remunerados pela THC, uma vez que a Resolução ANTAQ no 2.389/2012 não afirmava ser o serviço de movimentação de carga entre a pilha no pátio e o portão do terminal portuário pertencente à Box Rate, tampouco remunerado pela THC, não havendo que se falar em preenchimento de “vácuo regulatório” com a edição da Resolução no 34/2019, ao meu ver. Na realidade, a Resolução de 2019 trata – sobre a questão – apenas de afastar eventuais dúvidas sobre a movimentação da cargas entre a pilha e o portão do terminal portuário, **ao definir de forma categórica o SSE e, ao fazê-lo, exclui-lo do rol de serviços abarcados pela Box Rate.**

62. De todo modo, cumpre salientar a inovação trazida pela Resolução de 2019 a respeito dos preços a serem cobrados pelos operadores portuários pelos serviços não contemplados no Box Rate. A respeito, nota-se que ambas as supracitadas Resoluções da ANTAQ dispõem estarem tais serviços sujeitos às condições livremente negociadas pelas partes ou então divulgadas em tabelas de preços, no que diz respeito à oferta e remuneração de tais serviços. **Todavia, a Resolução de 2012 estabelecia ser de competência da Autoridade Portuária a fixação do teto de preços a serem cobrados por tais serviços, ao passo que a Resolução de 2019 retirou de tal autoridade a competência para fixação dos preços. Com efeito, com a vigência da Resolução no 34/2019 o operador portuário passa a gozar de autonomia para fixar os preços máximos pelos serviços não contemplados na Box Rate,** bastando a divulgação prévia em tabelas de preços, com a ressalva de serem vedadas as práticas de preços abusivos ou lesivos à concorrência. Houve com a nova regulação, portanto, o intuito de retirar da Administração Pública a competência de regular os preços a serem praticados pelos serviços não contemplados pela Box Rate, em consonância com o movimento de desestatização das atividades portuárias observadas no histórico recente do setor.

63. Não obstante, tendo como pano de fundo os diversos casos de condutas anticompetitivas no setor, examinadas tanto pelo CADE quanto pelo Poder Judiciário, nota-se ainda que **a Resolução ANTAQ no 34/2019 prevê condutas “abusivas ou lesivas à concorrência” no que tange aos serviços portuários,** tais como criar dificuldades à atuação de concorrentes, aumentar artificialmente os custos dos rivais (tanto no mesmo mercado relevante quanto no mercado à jusante) e elevar sem justa causa ou fraudar os preços.

64. Isto posto, à luz tão somente da normativa setorial, observa-se ser a cobrança de SSE (THC2) lícita, uma vez que, via de regra, não está inclusa nos serviços da Box Rate (remunerados pela THC), entendimento este que já encontrava respaldo na Resolução ANTAQ no 2.389/2012 e que foi reforçado na Resolução ANTAQ no 34/2019.

65. De todo modo, vale pontuar que a normativa setorial possibilita a cobrança da SSE por parte do operador portuário, em caráter autorizativo, mas não a impõe, de modo que a cobrança pela SSE corresponde a uma faculdade conferida ao operador portuário. Importante ponderar que a cobrança pelos serviços não contemplados, via de regra, pela Box Rate, tais como o SSE, está sujeita à livre negociação entre as partes, de modo que podem ser de fato incluídos na Box Rate e, portanto, cobrados pelo operador portuário diretamente perante o armador, caso haja previsão contratual nesse sentido.

66. Portanto, mister ressaltar que, ainda que não seja per se ilícita do ponto de vista da ANTAQ, a cobrança de SSE pode ser “lesiva à concorrência”, o que será adiante analisado.

67. Se o texto acima poderia dar alguma margem de interpretação quanto à ilegalidade *per se* do ponto de vista da lei concorrencial e atuação do CADE, outros trechos do Voto como o abaixo não parecem guardar qualquer ambiguidade quanto à licitude da cobrança (grifos nossos):

284. Como visto anteriormente, a cobrança pelos serviços de segregação e entrega de contêineres pela ótica da ANTAQ é lícita, encontrando amparo na normativa da ANTAQ. Isto posto, cumpramos notar não se tratar de uma conduta que seja ilícita pelo seu objeto. Todavia, cabe a este Conselho verificar se, no caso em tela, a cobrança praticada pela Representada a título de SSE, ainda que não configure um ilícito *per se*, caracterizou infração à ordem econômica em virtude de sua possibilidade de produzir (ainda que não alcançados) efeitos anticompetitivos.

(...)

318. Não obstante, verifica-se da manifestação da referida agência que, ainda que a cobrança em geral seja lícita, pode haver, a depender do caso concreto, a incidência de práticas competitivas, sendo este o cerne da questão no caso em tela, **uma vez não se tratar a cobrança da THC2 de ilícito concorrencial per se,** como exposto anteriormente.

68. Cumpre apontar ainda que, além do Voto do Relator, os outros 3 Votos de Vista restantes no referido processo (um pela condenação e dois pelo arquivamento) são todos no sentido da licitude da cobrança do SSE/THC 2 e, portanto, pela impossibilidade de ilegalidade *per se*²⁷ (grifos nossos):

Voto Vista Conselheiro Luis Henrique Braido - pela condenação seguindo o voto do Relator:

6. O caso em tela sem dúvida não constitui um ilícito por objeto nem de um ilícito *per se*. A cobrança de SSE pelos operadores portuários aos recintos alfandegados é, a princípio, lícita. Sua eventual condenação, à luz da Lei 12.529/2011, requer a verificação de efeitos anticompetitivos, mesmo que apenas potenciais.

Voto Vista Conselheiro Sérgio Ravagnani – pelo arquivamento:

36. Desse modo, corrobora-se com entendimento do Voto-Relator e dos Votos-Vista do presente processo, bem como de outros já manifestados pelo Tribunal do CADE em outros julgamentos de mesma natureza, **em que se reconheceu que a cobrança de SSE não é ilegal per se,** devendo analisar o caso concreto para apurar a existência de eventual abuso.

Voto Vista - Conselheira Lenisa Rodrigues Prado - pelo arquivamento:

137. Após esta análise não exauriente de pontos afetos à regra da razão e à regra *per se*, entendo que na hipótese do caso concreto sob exame **não é possível admitir que a conduta investigada seja um ilícito por sua própria essência,** eis que a conduta está delineada em regramento próprio, emanado da Agência Reguladora competente e que está revestido pelo manto da presunção de legalidade.

²⁷ Votos de Vista no processo 08700.005499/2015-51.

69. Os votos acima pareciam indicar uma posição que se consolidava no Tribunal Administrativo do CADE quanto à legalidade da cobrança em si (mesma posição da Superintendência), algo que parecia reforçado pela assinatura do Memorando de Entendimentos nº 1/2021 entre CADE, ANTAQ e Ministério da Infraestrutura – MInfra, firmado em 17 de junho de 2021, o qual prevê (grifos nossos):

2.1. As partes, de comum acordo, reconhecem os seguintes postulados, bem como os compromissos a eles associados:

2.1.1. nos termos da Resolução Normativa ANTAQ 34, de 2019 e à luz da jurisprudência consolidada do CADE, a cobrança pelo SSE não configura, por si só, um ato ilícito:

*2.1.2. Conforme entendimento consolidado na jurisprudência do CADE e, também, consignado na Resolução Normativa ANTAQ 34, de 2019, **ainda que se reconheça que a cobrança do SSE não seja considerada, por si só, um ato ilícito, em determinadas circunstâncias pode se revelar abusiva,** quando verificada, por exemplo: (i) a abusividade dos valores, (ii) o caráter discriminatório e não isonômico, (iii) a falta de racionalidade econômica para a cobrança, (iv) a cobrança em duplicidade por rubricas já abrangidas pela box rate, pelo SSE e/ou remuneradas pela Terminal Handling Charge (THC), (v) a cobrança por serviço sem a efetiva contraprestação, dentre outras.*

70. Entretanto, ao que parece a questão da licitude per se do SSE/THC 2 acabou não se mostrando totalmente pacificada no Tribunal, na medida em que a Conselheira Lenisa Rodrigues Prado apontou que existiria ainda controvérsia acerca da matéria. Tal fato foi apontado pela USUPPORT, que em correspondência datada de 3 de setembro de 2021 encaminhada por e-mail à SEAE e juntada ao processo do FIARC de que trata este Parecer, encaminhou Despacho Ordinatório assinado pela Conselheira supracitada que apontou que o Memorando de Entendimentos supracitado foi

firmado à revelia dos Conselheiros do CADE pelo Presidente e que a questão da legalidade per se não estaria pacificada²⁸ (grifos no original):

As manifestações narradas pelo Jota evidenciam que os demais integrantes desse Tribunal administrativo não participaram da elaboração do texto do acordo. Paradoxalmente, todos deverão observar as estipulações de tal ajuste em seus votos, de maneira a respeitá-lo para supostamente garantir a tão desejada segurança jurídica.

Dadas as circunstâncias, pronunciamentos e narrativas, eis as conclusões logicamente extraídas da notícia jornalística referenciada: ou o Memorando de Entendimentos corresponde ao posicionamento majoritário do Tribunal do CADE para que dele possam advir os resultados esperados, ou trata-se de uma tentativa velada de coagir os julgadores a adotarem um determinado posicionamento.

Reconhecidamente, os integrantes deste Tribunal não participaram da elaboração do texto e, portanto, o teor do Memorando de Entendimentos nº 01/2021 não representa o posicionamento prevalente da Corte.

(...)

*Da leitura do excerto, constata-se que tal ajuste está calcado em premissa equivocada, descrita no item 2.1.1, vez que a jurisprudência do CADE a respeito da legalidade da cobrança do THC2/SSE **não é pacífica**, muito menos está consolidada no âmbito deste Tribunal.*

(...)

O assunto a respeito da legalidade (ou ilegalidade) na cobrança de taxa portuária é extremamente controverso, o que pode ser comprovado pelos julgamentos recentes proferidos nos seguintes processos:

1. Recurso Voluntário nº 08700.004935/2020-31

²⁸ Processo Administrativo nº 08700.004781/2021-69 - Despacho Ordinatório Conselheira Lenise Rodrigues Prado de 01/09/21.

Interessados: LocalFrio e APM (Porto de Itajaí)

2. Recurso Voluntário nº 08700.004943/2020-88

Interessados: LocalFrio e Porto Nave (Porto de Navegantes)

3. Processo Administrativo nº 08700.007236/2015-86

Interessados: Atlântico, Suata e Tecon (Porto de Suape)

4. Recurso Voluntário nº 008700.002136/2019-97

Interessados: Marimex e Embraport (Porto de Santos).

A discussão a respeito da (i)lícitude da cobrança por objeto (per se), exatamente a premissa em que calcado o Memorando de Entendimentos nº 01/2021, foi travada na sessão de julgamento em que foi submetido ao Plenário o processo referido no item 3, sendo que o resultado daquele não foi obtido por unanimidade.

(...)

A definição mais próxima do que é entendimento estável se encontra nas disposições acerca da criação de enunciados de Súmula, descritas na Seção IV do Regimento Interno do CADE. São pacíficos os entendimentos que tenham sido “tomados pela maioria absoluta dos membros que integram o Plenário do Tribunal em, pelo menos, 10 (dez) precedentes concordantes” (inciso I, do § 2º do artigo 64). O histórico de discussões travadas no Colegiado a respeito da cobrança de SSE/THC2 certifica o equívoco consignado na premissa elementar do Memorando de Entendimentos, que é a estabilização do entendimento a respeito do assunto.

71. Assim, ao que parece a questão da ilegalidade per se não está pacificada no CADE. Se a decisão no processo mais recente do Tecon Suape em fevereiro de 2021 pareceu apontar nesse sentido, a falta de alinhamento no Tribunal Administrativo acerca do Memorando de Entendimentos aponta que a controvérsia ainda pode persistir.

72. Apesar da aparente possibilidade de continuidade de tal controvérsia no âmbito do Tribunal Administrativo antitruste, cumpre apontar que o Voto do Relator vencedor no caso do Tecon Suape também fez ampla revisão das decisões judiciais, as quais tem apontado na direção pela legalidade da cobrança, mas sem descartar a possibilidade de abusividade no caso concreto. Os trechos abaixo apontam como tal visão do Poder Judiciário pode informar a atuação do CADE e delimita o entendimento do que seria a atuação do CADE e da ANTAQ na questão do THC 2:

IV.3.4. Conclusões sobre as decisões judiciais

214. Como visto acima, a cobrança pelo operador portuário de tarifas relacionadas ao SSE foi objeto de diversas ações judiciais, tanto na Justiça Estadual quanto na Justiça Federal, tendo inclusive o STJ se pronunciado sobre a matéria em algumas oportunidades.

215. Na esfera estadual, dos 5 (cinco) julgados destacados, em 4 (quatro) casos^[36] o Poder Judiciário se manifestou pela legalidade e legitimidade da cobrança do SSE pelo operador portuário perante o recinto alfandegado independente. Em tais julgados, prevaleceu o entendimento que tal cobrança, além de encontrar amparo na regulação da ANTAQ, diz respeito à prestação de serviços adicionais, não remunerados pela THC, de modo que a cobrança é de fato devida. No outro caso^[37], o Poder Judiciário entendeu que a tarifa em comento (relativa à “transferência de contêineres”) não se confundia com a cobrança de THC2, e já estava inclusa no preço dos serviços cobertos no contrato de arrendamento, tendo determinado que a Representada se absteresse de cobrar tal tarifa da empresa autora. Mencionar se os casos transitaram em julgado.

216. De todo modo, identificou-se a partir dos julgados a possibilidade de haver práticas abusivas sob a ótica concorrencial, caso a prestação dos serviços adicionais não fosse devidamente comprovada ou caso houvesse abusividade nos preços praticados pelo operador portuário, devendo ser respeitada a competência deste Conselho para apurar eventuais infrações à ordem econômica.”

217. Por sua vez, no âmbito da Justiça Federal, o Poder Judiciário predominantemente decidiu pela legitimidade da cobrança. Dos 5 (cinco) julgados analisados, em 2 (duas)[38] oportunidades se decidiu que a cobrança do SSE é devida, sendo acolhido o pleito formulado pelos operadores portuários de anular a decisão deste Conselho que proibia a cobrança (ambas relativas ao Processos Administrativo no 08012.007443/1999-97), sob a justificativa que o SSE é oneroso e autônomo em relação aos serviços cobrados dos armadores. A legitimidade da cobrança também foi atestada em outro processo[39] pelo MM. Juízo de Primeiro Grau, estando a apelação interposta pelo CADE pendente de julgamento pelo TRF1. Em outro caso, o TRF3 rechaçou o pleito de nulidade da Resolução ANTAQ, por entender que sua concepção atendeu os ritos previstos e é resultado das competências legais da agência setorial. Por meio de um outro julgado, contudo, o TRF3 negou pedido de nulidade da decisão do CADE no Processo Administrativo no 08012.007443/1999-97, tendo entendido que ao cobrar pelo SSE, o operador portuário interfere nos custos dos recintos alfandegados, que não tem qualquer poder ou direito de negociação, estando sujeito aos preços fixados pelo operador portuário. Não obstante, concluiu-se que a decisão deste Conselho foi feita dentro dos ditames legais e em linha com a sua competência de apurar infração à ordem econômica, competência esta, portanto, distinta da legislação portuária e da normativa regulatória.

218. A legalidade da cobrança também foi assentada nos dois supramencionados julgados do STJ, que entendeu que o SSE envolve serviços adicionais, não contemplados na Box Rate e passíveis, portanto, de cobrança por parte do operador portuário, em linha com as normas da ANTAQ.

219. Isto posto, extrai-se das decisões judiciais supracitadas elementos importantes acerca da análise a ser realizada pelo CADE em se tratando da cobrança de THC2.

220. Primeiramente, tem-se que ao CADE não compete a revisão de atos normativos e decisórios das agências reguladoras, por falta de amparo legal. Nesse sentido, importante pontuar que a competência para regular o setor portuário é da ANTAQ, conforme já frisado neste voto. Todavia, quando a atuação dos agentes do setor portuário “afrontarem as Leis nº 8.884/94 e 12.529/11, que cuidam da prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, ficarão sob a jurisdição

administrativa do CADE”, devendo ser examinado no caso concreto se, por meio da cobrança do THC2, houve “qualquer prejuízo à livre concorrência; não ocorreu dominação de mercado”; “não se configurou segundo as provas dos autos, qualquer abuso de posição dominante; não houve qualquer empecilho ao acesso de novas empresas ao mercado; e também não se criou qualquer dificuldade ao funcionamento ou desenvolvimento de empresa concorrente dos serviços realizados”.

221. Ademais, a análise dos julgados judiciais corrobora o fato que a cobrança da THC2, por si só, não é ilegal, entendimento este até mesmo já consolidado sob a então vigência da Resolução ANTAQ no 2.389/2012 – e, como discorrido anteriormente, mantido pela Resolução ANTAQ no 34/2019 -, uma vez que possui o respaldo normativo da agência reguladora setorial e, por envolver “serviço adicional, não compreendido por serviços remunerados por Box Rate ou THC, que demanda a utilização de equipamentos específicos e mão-de-obra destinada exclusivamente à separação das mercadorias ao recinto alfandegado”, mas “desde que comprovada a efetiva prestação dos serviços pelos operadores portuários”.

222. Não obstante, assim como frisado nos julgados judiciais, este Conselho tem como competência legal investigar e punir por eventuais infrações à ordem econômica, nos termos da Lei no 12.529/2011, competência esta que não se confunde com a atribuição da agência reguladora setorial. Nesse sentido, reputo que o fato de a cobrança do SSE ser lícita, sob o ponto de vista legal e regulatório, não significa ser incapaz de caracterizar infração anticompetitiva no caso concreto, não se resumindo a função judicante deste Conselho à existência ou não de regulação setorial específica sobre a matéria.

73. Assim, se a discussão acerca da ilegalidade per se não foi totalmente pacificada no Tribunal Administrativo do CADE, como demonstrado na discussão envolvendo o Memorando de Entendimentos entre CADE, ANTAQ e Mlinfra, ao menos no último processo que foi julgado (do Tecon Suape em fevereiro de 2021) prevaleceu tal entendimento. De forma talvez mais pertinente, o Poder Judiciário parece fortemente inclinado a considerar a cobrança do SSE/THC 2 como legal, inclusive com decisões no STJ, o que tende a inviabilizar uma eventual posição do CADE de ilegalidade per se da cobrança, particularmente no

período após a edição da Resolução Normativa ANTAQ no 34/2019. De resto, a questão central parece ser que a ilegalidade per se ocorre tecnicamente pela duplicidade de cobrança, o que, dados os termos da Resolução no 34/2019, parece algo difícil de supor sem analisar o caso concreto, salvo previsão explícita no contrato com o armador que preveja a cobertura distinta daquela definida pela Resolução para o Box Rate/THC na importação.

74. **Ocorre que, mesmo que a questão legal venha a ser pacificada, isso não significa que a permissão pela cobrança é uma boa escolha do ponto de vista econômico, em particular sob a ótica concorrencial e respectivos efeitos sobre o bem-estar do consumidor.** Pelo contrário, afastada a possibilidade de condenação por ilegalidade per se no CADE, eventuais práticas anticompetitivas teriam que ser comprovadas por meio de processo muito mais complexo, utilizando a regra da razão, mais custoso e de difícil sucesso.

75. Assim, se for pacificada a discussão acerca da sua legalidade, a permissão para tal tipo de cobrança, ao menos no seu formato atual, pode vir a facilitar a conduta anticoncorrencial, podendo tal escolha regulatória passar a ter consequências negativas bem mais significativas sobre o bem-estar do consumidor nos mercados envolvidos, na medida que a possibilidade de condenação do CADE passe a ser muito mais improvável, com potencial encarecimento de toda a cadeia logística e prejuízo ao consumidor. Por isso mesmo, **mais necessário se faz o questionamento quanto ao caminho escolhido pela ANTAQ de um ponto de vista econômico: justamente o objetivo deste parecer.**

76. Não é necessariamente vedado que a política pública termine por limitar a concorrência direta ou indiretamente, por exemplo ao limitar a entrada em determinado setor visando certos objetivos. No setor financeiro, exigem-se requerimentos técnicos e capital mínimo a fim de garantir a segurança das atividades envolvidas, o que termina por limitar indiretamente a concorrência. Em determinadas indústrias de rede, tal como a distribuição de energia, limita-se diretamente a concorrência ao determinar-se a prestação do serviço por uma única empresa, pois se entende que tal tipo de serviço é um monopólio

natural e esta será a opção de menor custo para o consumidor. No entanto, neste último caso, tal opção é acompanhada de um regime de regulação de preços, em vista do elevado poder de mercado que existe em virtude do monopólio legalmente concedido. Uma outra forma é a invocação de uma isenção antitruste, em que se privilegia uma solução regulatória de menor competição e bem-estar do consumidor no mercado afetado para alcançar outros objetivos de política pública.

77. A questão é que uma opção que termine por limitar a competição deve ser justificada, já que a competição é o principal mecanismo de promoção do bem-estar do consumidor – fundamentado no constitucionalmente no art. 1º de nossa Carta Magna – e, assim, favorece o interesse público. Pode ser feita opção diversa, em vista das estruturas e características peculiares dos mercados envolvidos ou outros objetivos da política pública que justifiquem a opção, desde que devidamente justificada a partir de previsão legal, ou de motivação econômica que esclareça o benefício líquido para a coletividade. Nesse sentido, a Lei nº 13.874/2109 (Lei de Liberdade Econômica), que também se aplica aos setores regulados, estabelece que (grifos nossos):

CAPÍTULO III

DAS GARANTIAS DE LIVRE INICIATIVA

Art. 4º É dever da administração pública e das demais entidades que se vinculam a esta Lei, no exercício de regulamentação de norma pública pertencente à legislação sobre a qual esta Lei versa, exceto se em estrito cumprimento a previsão explícita em lei, evitar o abuso do poder regulatório de maneira a, indevidamente:

I – criar reserva de mercado ao favorecer, na regulação, grupo econômico, ou profissional, em prejuízo dos demais concorrentes;

(...)

VI – criar demanda artificial ou compulsória de produto, serviço ou atividade profissional, inclusive de uso de cartórios, registros ou cadastros;

78. Assim, resta saber se a escolha regulatória da ANTAQ, em buscar viabilizar a ocorrência de uma relação contratual entre o terminal molhado e o terminal seco a ser remunerada pelo SSE/THC 2 em regime de total liberdade contratual, faz sentido sob a ótica concorrencial e de favorecimento do bem-estar do consumidor. Caso não o faça, deveria existir justificativa em termos de atendimento a outros objetivos da política pública portuária, previstos em lei, que possam compensar o público da opção de limitar a competição, bem como respectivos ganhos de bem-estar do consumidor. Por fim, a referida escolha regulatória deve ser acompanhada por conjunto de regras e incentivos apropriados para mercados com pouca ou nenhuma competição. Tais questões serão abordadas na Subseção 7.5.4.

7.3 DAS CONTRIBUIÇÕES COLHIDAS PELOS MECANISMOS DE PARTICIPAÇÃO SOCIAL

79. Para fins de colher subsídios para análise do caso FIARC, bem como assegurar ampla participação social para todos os interessados no tema objeto de análise, a SEAE realizou os seguintes processos públicos: (i) Tomada de Subsídios SEAE/SEPEC/ME nº 07/2021; (ii) Audiência Pública SEAE/SEPEC/ME nº 05/2021; e (iii) Edital de Chamamento Público para Parecer *Amicus Curiae* no FIARC. A seguir, um breve resumo das contribuições recebidas.

7.3.1 CONTRIBUIÇÕES DA TOMADA DE SUBSÍDIOS Nº 07/2021

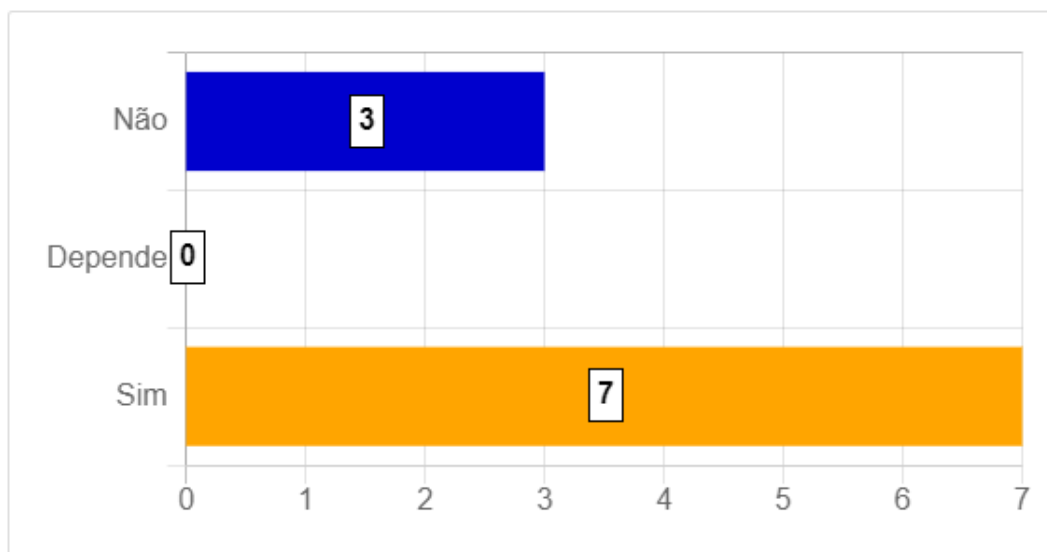
80. A Tomada de Subsídios SEAE nº 07/2021 foi publicada no Diário Oficial da União no dia 20 de julho de 2021, e disponibilizada na mesma data no Portal do Participa + Brasil. O objetivo foi de contribuir com o aprimoramento das condições de concorrência e de outros incentivos à eficiência econômica por meio de levantamento de informações acerca da Resolução Normativa ANTAQ no 34/2019²⁹.

81. A tomada de subsídios consistiu num conjunto de questionamentos sobre o tema suscitado pelo FIARC a serem respondidos pelos participantes na plataforma do Participa + Brasil, visando colher subsídios e contribuições para a análise do caso. No total, a tomada de subsídios recebeu 10 (dez) contribuições, sendo 8 (oito) delas de pessoa física e 02 (duas) de pessoas jurídicas da iniciativa privada. Não ocorreram contribuições de entes do setor público.

82. A seguir, apresentam-se os questionamentos realizados, acompanhados das respostas, da Tomada de Subsídios, incluindo as justificativas para cada resposta e perguntas complementares. Ressalte-se que ocorreu repetição de texto idêntico em alguns casos, o que será indicado nas tabelas.

²⁹ Disponibilizada no seguinte endereço eletrônico: <https://www.gov.br/participamaisbrasil/antag27>.

- 1 - Os serviços remunerados pelo Serviço de Segregação e Entrega de contêineres – SSE estão contemplados pelo valor cobrado pela Cesta de Serviços (Box Rate) e pela Taxa de Movimentação no Terminal (Terminal Handling Charge – THC) na importação?



○ **Não:**

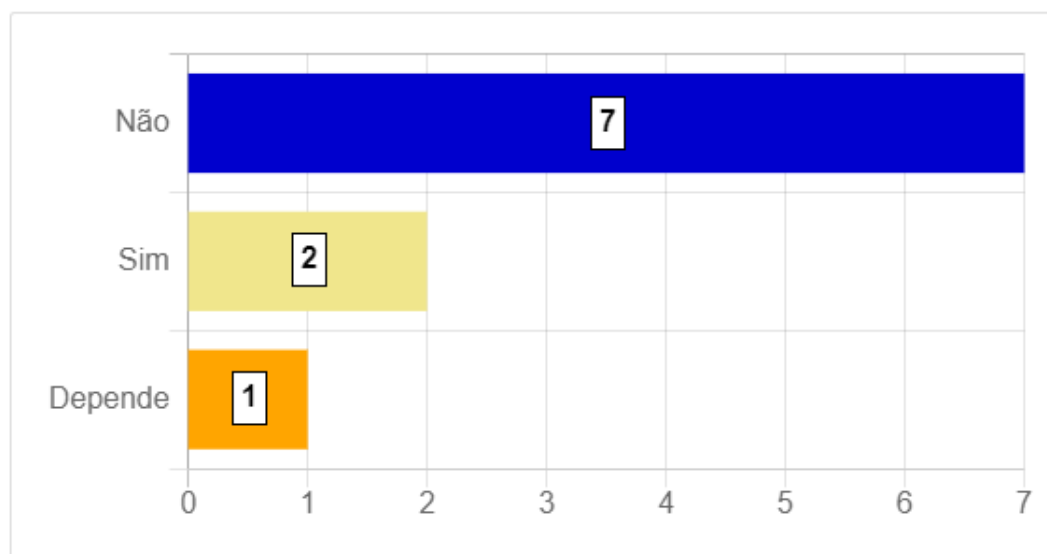
Caso possível, justifique a opção escolhida.	
1	A RN 34/2019 traz que a Box Rate (art. 2º, III) compreende a movimentação “entre o porão da embarcação e sua colocação na pilha do terminal portuário”, sendo uma relação entre o transportador e o operador portuário. O THC (art. 2º, X, art. 3º) abarca a movimentação entre o “costado da embarcação e sua colocação na pilha do terminal portuário”, e é cobrado pelo transportador ao dono da carga. O SSE (art.2º, IX) é referente, entre outros, à “movimentação das cargas entre a pilha no pátio e o portão do terminal portuário”, e deve ser realizado em até 48h (art. 70, §3º, IN SRF 248/2002), sendo cobrado do dono da carga, ou seu representante, pelo terminal. Ou seja, os 03 serviços possuem finalidades distintas, não geram relações entre as mesmas partes, e não podem ser confundidos (art. 9º, RN)
2	O box rate compreende os serviços de estiva para carga/descarga dos navios e sua colocação/retirada das pilhas no pátio. O THC é cobrado pelo transportador ao cliente, para ressarcimento do box rate que foi cobrado dele pelos terminais. E o SSE trata dos serviços prestados exclusivamente aos importadores, uma vez que após a descarga do navio a carga já está sob responsabilidade dos donos da carga e todos os serviços a partir deste ponto do processo devem ser remunerados pelo respectivo responsável. Essas premissas estão alinhadas à RN 34.
3	Atualmente, o Serviço de Segregação e Entrega de contêineres (SSE) não está contemplado na cesta de serviços (box rate) e na Taxa de Movimentação no Terminal (Terminal Handling Charge – THC). Para manter coerência com as respostas apresentadas pela Abiquim à ANTAQ no contexto da Audiência Pública 5/2019 e nº 8/2021, registramos que a nossa defesa é pela cobrança da referida taxa de movimentação no terminal (Terminal Handling Charge – THC) uma única vez nas operações de comércio exterior e, em nenhuma hipótese, devem ser cobradas dos usuários novas taxas de movimentações de contêineres por prestadores de serviços logísticos. A Abiquim considera que o THC-2 ou SSE é uma dupla tributação que onera as indústrias químicas e sua cobrança deveria ser eliminada.

○ **Sim:**

Caso possível, justifique a opção escolhida.	
1	As atividades de segregação e entrega já estão contempladas pela THC/Box rate. Conforme definido pela própria Lei 12.815/2013, as "Capatazias" / THC cobrem o recebimento, conferência, transporte interno, abertura de volumes para a conferência aduaneira, manipulação, arrumação e entrega, bem como o carregamento e descarga de embarcações. Portanto, a Resolução fraciona a prestação de um serviço que, por determinação legal, já está abrangido pelo serviço de Capatazia. Se assim não fosse, o terminal “molhado” também cobraria uma SSE para a carga de exportação, que demanda um serviço muito mais elaborado que a importação. Não o faz porque, à semelhança da importação, esse serviço está incluído no box rate contratado pelo armador.
2	Tais atividades são remuneradas pelas "Capatazias" / THC (arts. 8º do Decreto 24.508/1934, 57, §3º, 1, da Lei 8.630/1993 e 40, §1º, da Lei 12.815/2013) – remuneração pelos serviços básicos do Operador Portuário e que compreendem movimentação de mercadorias destinadas ou provenientes de transporte aquaviário, o que envolve o desempilhamento, conferência aduaneira, manipulação, transporte e entrega das mercadorias nas portas, ou portões dos armazéns ou pátios onde serão depositadas. Cobrar pela segregação e entrega é um bis in idem pelo qual o Operador Portuário recebe duas vezes pela mesma atividade: a THC, paga pelo armador e incluída na Box Rate, e a THC2, cobrada da Instalação Portuária Alfandegada.

3	Sim. Nos termos da Lei 12.815/2013, a Capatazia refere-se ao serviço de: “[m]ovimentação de mercadorias nas instalações dentro do porto, compreendendo o recebimento, conferência, transporte interno, abertura de volumes para a conferência aduaneira, manipulação, arrumação e entrega, bem como o carregamento e descarga de embarcações, quando efetuados por aparelhamento portuário” (Art. 40, § 1º, inciso I). Em contrariedade à lei, a Resolução nº 34/2019 “encurtou”/fracionou o conceito legal de THC/Capatazia, seguindo a Resolução que a precedeu (Res. 2.389/2012). Esse fracionamento da THC/Capatazia é ilegal e já foi reprovado pelo Tribunal de Contas da União, pelo CADE e pela SEAE.
4,5	Os serviços que se pretendem ser remunerados pela THC2 reflete em custos não operacionais que já encontram-se abarcados tanto pela Box Rate quando pela THC na importação. Inclusive, na importação, o armador antecipa o pagamento da THC a fim de custear toda a operação de movimentação de cargas realizada pelo operador portuário. Ou seja, o armador contrata os serviços de atracação, estiva e movimentação de cargas junto ao operador portuário, sendo que esses serviços são ressarcidos pela box rate, que, por sua vez, inclui o valor da THC. A Resolução da Antaq nº 34/2019, ao limitar os serviços que estão abarcados no conceito da THC, fraciona um serviço que já se encontra incluída na descrição do serviço de capatazia, acabando por autorizar uma cobrança em duplicidade. Obs. – Resposta repetida
6, 7	Os serviços de SSE já estão contempladas pelo valor cobrado pelo Box rate e pelo THC. A Lei 12.815/2013 define a Capatazia como serviço de: movimentação de mercadorias nas instalações dentro do porto, compreendendo o recebimento, conferência, transporte interno, abertura de volumes para a conferência aduaneira, manipulação, arrumação e entrega, bem como o carregamento e descarga de embarcações, quando efetuados por aparelhamento portuário. Nos autos do processo 50300.000381/2008-86 (revisão da Res. 2.389/2012), ao aprovar a nova minuta de resolução encaminhada pelo corpo técnico da ANTAQ que proibia expressamente a cobrança de THC2, a Procuradoria-Federal juntou à ANTAQ o Parecer 107/2015 em que reconhece que as atividades de segregação e entrega de mercadorias estão inseridas no box rate. Obs. – Resposta repetida.

- 2 - Entende que a Resolução Normativa Antaq no 34/2019 é adequada para mitigar eventuais práticas anticoncorrenciais da cobrança do SSE apartada do THC?



○ **Não:**

Caso possível, justifique a opção escolhida.	
1	A regulação em questão autoriza expressamente uma cobrança que já foi considerada anticompetitiva pelo CADE. Estabelecer um preço-teto como propõe o Art. 9, parágrafo único, da Resolução nº 34/2019 da ANTAQ tampouco endereça o problema, pois a cobrança é em si abusiva, considerando que o serviço prestado pelo terminal molhado já foi remunerado pela Box rate e recuperado pelo armador junto ao importador via cobrança do THC.
2	A única forma de mitigar a anticompetitividade da THC2 é a proibição da cobrança. Estabelecer a proibição apenas no caso de “abusividade”, conforme art. 9º, para. único, da Res. ANTAQ 34/2019 não basta para afastar os danos à concorrência resultantes da cobrança; ao contrário, os consagra. É uma cobrança ilegítima, desprovida de lastro contratual, imposta pelos terminais aos recintos alfandegados que com eles concorrem na armazenagem de contêineres – sob pena de não poderem retirar os contêineres recebidos pelos terminais. Não há limite que seja “razoável” para a cobrança da THC2, ônus indevido imposto pelos terminais que concorrem com recintos alfandegados na armazenagem. A abusividade advém do caráter ilegítimo da cobrança, injustificadamente ignorada pela Resolução nº 34/2019.
3	Não. A Resolução Normativa ANTAQ nº 34/2019 meramente chancela um abuso, uma conduta anticompetitiva frontalmente contrária a precedentes do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, porque convalida cobrança abusiva. A previsão de um mecanismo para controlar a abusividade (art. 9º, parágrafo único) é inócua – um contrassenso.
4,5	Em verdade, a RN 34/2019 estimula práticas anticoncorrenciais. Os operadores portuários detém poder de mercado e o monopólio da operação, sendo que os recintos alfandegados possuem uma relação de dependência e, portanto, não possuem outra opção senão se sujeitar ao pagamento da THC2, sob pena de ser impedido de atuar no mercado. Assim, a RN 34/2019 beneficia a posição monopolista do operador portuário na medida em que ao legitimar que estes cobrem THC2 por um suposto “novo” serviço, em verdade, está autorizando que se imponha uma condição de acesso ao mercado de armazenagem alfandegada: “se não pagar, não opera”. Ademais, não existe um patamar razoável para uma cobrança que, por ser realizada em duplicidade e por concorrentes verticalmente integrados, é essencialmente abusiva. Obs. – Resposta repetida.
6, 7	Ao editar essa resolução, a ANTAQ não observou sua atribuição legal prevista no art. 27, IV da Lei 10.233/2001, que lhe impõe o dever de “elaborar e editar normas e regulamentos relativos à prestação de serviços de transporte e à exploração da infra-estrutura aquaviária e portuária, garantindo isonomia no seu acesso e uso, assegurando os direitos dos usuários e fomentando a competição entre os operadores”. Por fim, ao autorizar a cobrança da THC2, a Resolução violou as relações jurídicas estabelecidas em uma operação de importação pela via marítima e, com isso, cria um cenário que beneficia indevidamente Operadores Portuários em prejuízo das IPAs, que competem diretamente no mercado de armazenagem alfandegada de mercadorias. Obs. – Resposta repetida.

○ **Sim:**

Caso possível, justifique a opção escolhida.

1, 2

O art. 9º, parágrafo único, da RN 34/2019, traz mecanismo de mitigação de prática abusiva através de estipulação de preço teto, em caso de verossimilhança de abusividade, sendo capaz de mitigar eventuais práticas anticompetitivas da cobrança de SSE. No entanto, a norma precisa ser complementada com a introdução de dispositivo para apuração de casos de abusividade. Após a publicação da metodologia de abusividade do SSE, prevista para setembro/2021, conforme previsto no Memorando de Entendimentos nº 01/2021 entre Antaq e Cade, será obtida mais completa adequação do art. 9º, parágrafo único, à mitigação das práticas anticoncorrenciais.

Obs. – Resposta repetida.

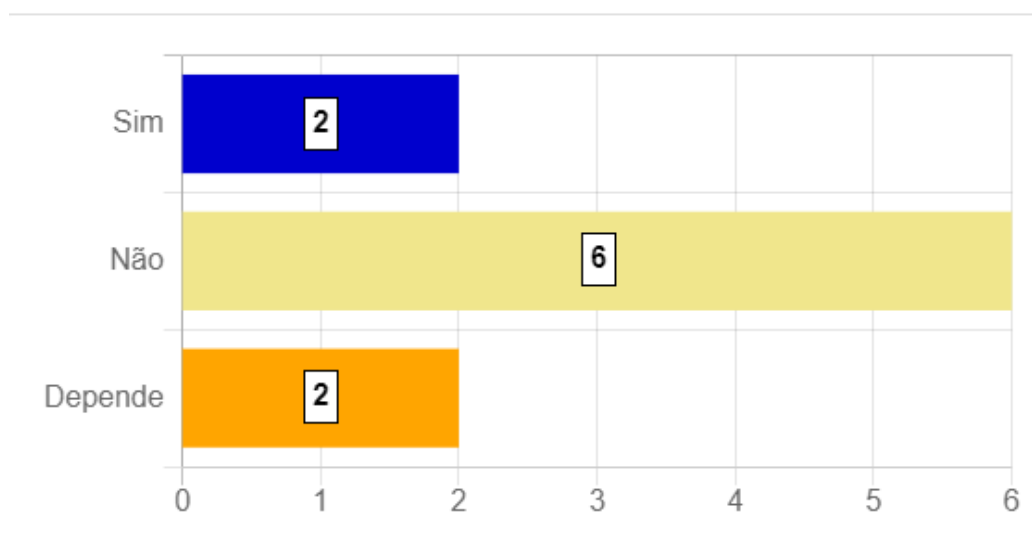
○ **Depende:**

Caso possível, justifique a opção escolhida.

1

Não temos evidências empíricas para avaliar a matéria qualitativamente e nem quantitativamente.

• **3 - Existe experiência internacional de cobrança em separado do SSE, ou serviço equivalente, do THC?**



○ **Sim:**

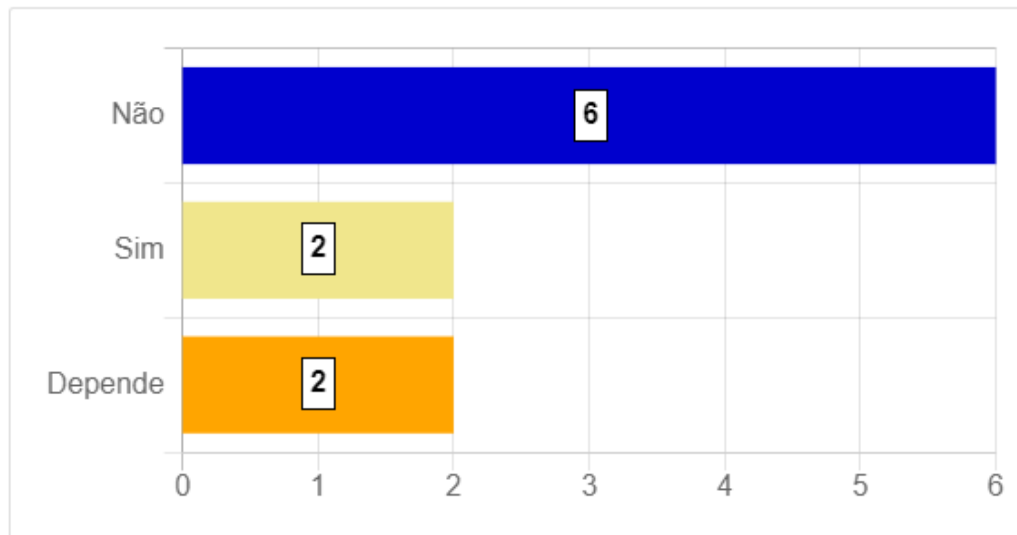
Caso tenha respondido “Sim” identifique o país de ocorrência e explique brevemente o funcionamento da experiência internacional identificada, apontando as fontes das informações apresentadas.

1, 2

Conforme informações foram extraídas dos sites dos terminais, de maneira comum, o serviço inclui a colocação da carga em pátio separado para entrega e o maquinário necessário para tanto, sendo opcional e solicitado pelo dono da carga. Como exemplos: No Chile, Terminal Pacífico Sur Valparaíso, Porto de Valparaíso, o serviço é chamado de “stacking separado o pronto despacho”, e DP World, Porto de San Antonio, “pronto despacho”; No Uruguai, Terminal Cuenca de Plata, Porto de Montevideo, chamado de “despacho directo”; Nos Estados Unidos, APM Terminals, Porto de Los Angeles, conhecido como “peel-off”. Há também a previsão de “despacho directo” no Código Aduaneiro do Uruguai.

Obs. – Resposta repetida.

• 4 - Existe experiência internacional de regulação ex post da cobrança do SSE?



Caso tenha respondido “Sim” identifique o país de ocorrência e explique brevemente o funcionamento da experiência internacional identificada, apontando as fontes das informações apresentadas.

1,2	Os Estados Unidos possuem norma (Shipping Act of 1984), que traz o processo regulatório marítimo com a mínima intervenção estatal e custo regulatório. Segundo a seção 6 (g) do normativo, é possível uma regulação ex post se o contrato firmado resultar em redução da competição ou aumento injustificado dos custos. Veja que a determinação é coerente com legislação brasileira, no sentido de prever o regime de liberdade concorrência e mínima intervenção estatal, vez que atua apenas nos casos específicos a fim de coibir ações que já estão trazendo prejuízo concorrencial/mercadológico. Obs. – Resposta repetida.
-----	---

• 5 - Aponte mais informações que julgar pertinentes.

1	Compartilharemos por e-mail à esta SEAE/ME as contribuições enviadas pela Abiquim às referidas Audiências Públicas ANTAQ 5/2019 e nº 8/2021.
2	Considerando a natureza ilegítima e anticompetitiva da prática, a cobrança de qualquer valor a título de THC2 constitui tão somente numa cobrança duplicada aos importadores e uma transferência indevida de renda das IPAs para os OPs – a qual resulta na elevação artificial dos custos dos Recintos Independentes, obstando a alocação eficiente de recursos, e, no limite, na exclusão desses recintos do mercado e na elevação de barreiras à entrada de novos players. A chancela regulatória de tal prática traduz-se em claro abuso regulatório por parte da ANTAQ.
3	O CADE tem reiterado há mais de 15 anos o caráter anticompetitivo da THC2. A cobrança se faz possível unicamente porque os operadores portuários se aproveitam da posse temporária dos contêineres de propriedade dos importadores – cuja natureza infungível lhes confere um monopólio temporário – para extrair valores indevidos dos próximos elos da cadeia. A cobrança resulta potencialmente na exclusão dos recintos do mercado de armazenagem, redução de serviços ofertados aos importadores, desestímulo ao processo de modernização do porto, redução do fluxo de cargas e aumento de preços ao consumidor final. É fundamental que esta Secretaria reconheça mais uma vez o caráter ilícito da regulação e que dê os encaminhamentos necessários para endereçar os abusos cometidos pela ANTAQ..

4	Percebe-se que a regulamentação do tema THC2 é imprópria devendo ser consignada a proibição da sua cobrança. Além de ser feita em duplicidade em relação à THC já paga ao terminal pelo armador, a cobrança de taxa para entrega de contêineres para as instalações portuárias alfandegadas é ilícita e não traz incentivos para ganhos de eficiência – pelo contrário, gastos maiores são incentivados pois aumentam injustificadamente o custo de concorrentes em elo subsequente da cadeia logística. A SEAE estaria prestando mais uma contribuição relevante à competitividade do país ao declarar a incompatibilidade da Resolução Normativa nº 34/2019 com a Lei de Liberdade Econômica, recomendando a revisão desse ato normativo
5,6	A cobrança do SSE apartada ao THC é trazida de forma expressa pela RN 34, mas já existia de forma implícita na RN 2389, uma vez que não houve mudança no conceito do THC. Há décadas, o serviço remunerado pelo SSE existe e é cobrado sem qualquer prejuízo aos Terminais Retroalfandegados. Pelo contrário: dados demonstram a entrada de TRAs e o seu crescimento no mercado. Ademais, os terminais portuários não são monopolistas ou detentores de posição dominante, pois a competição entre eles é intensa e saudável. Há dezenas de terminais de contêineres no Brasil, livremente escolhidos pelos importadores, que têm pleno conhecimento das cobranças da operação, conforme tabela Incoterms. Ou seja, a cobrança de SSE não gera prejuízos à concorrência, mas traz racionalidade para a dinâmica portuária.
7,8	A THC2 é um preço carente de lastro contratual, criado pelos operadores portuários a pretexto de alegada remuneração por custos adicionais que incidiriam na movimentação lateral de contêineres, mas que já são cobertos pela Capatazia. A possibilidade da cobrança advém tão somente do fato de que os operadores portuários se aproveitam da posse temporária dos contêineres para impor cobranças indevidas aos recintos alfandegados (zona secundária), que competem com aqueles no mercado de armazenagem alfandegada. Portanto, a cobrança tem o potencial de excluir os recintos alfandegados retroportuários do mercado de armazenagem; reduzir os serviços ofertados aos importadores; desestimular o processo de modernização do porto; reduzir o fluxo de cargas; e, ainda, majorar os preços ao consumidor final. Obs. – Resposta repetida.
9,10	A THC2 é uma ficção jurídica criada pela ANTAQ pois, na prática, não existe a prestação independente dos serviços de segregação e entrega, estes já integram o serviço de capatazia, devidamente ressarcido pela THC e Box Rate. A manutenção da cobrança de THC2 pelos operadores portuários tem o condão de ser utilizada para eliminar a concorrência no mercado de prestação de serviços de armazenagem alfandegária. Tal cobrança gera um aumento de custo totalmente arbitrário para os recintos alfandegados, concorrentes dos operadores no mercado de armazenagem alfandegária, possibilitado pela discriminação de sua cobrança entre recintos alfandegados integrados e independentes. Portanto, trata-se de uma cobrança anticompetitiva e inoportuna, em grave afronta a Lei de Liberdade Econômica. Obs. – Resposta repetida.

83. De forma geral, pode-se afirmar que as contribuições da Tomada de Subsídios não trazem elementos novos em relação ao discutido na Seção 7.2. Exceção a esta observação, sendo elemento novo relevante, é o apontamento de que existiria cobrança semelhante ao SSE/THC 2 em outros países, tendo sido especificados exemplos, questão que será abordada no Subitem 7.4.3.

7.3.2 CONTRIBUIÇÕES DA AUDIÊNCIA PÚBLICA Nº 05/2021

84. O Aviso da Audiência Pública SEAE nº 05/2021 foi publicado no Diário Oficial da União no dia 20 de julho de 2021 e disponibilizada na mesma data no Portal do Participa + Brasil³⁰. O objetivo foi colher subsídios acerca dos aspectos concorrenciais e regulatórios da Resolução Normativa nº 34/2019 da ANTAQ, tendo em vista a denúncia apresentada no âmbito do programa Frente Intensiva de Avaliação Regulatória e Concorrencial – FIARC. A Audiência Pública foi realizada por meio de videoconferência no dia 26/08/21 com inícios às 15:00, tendo durado aproximadamente 1h 20 min. A Audiência foi gravada, sendo a íntegra disponibilizada posteriormente no canal do YouTube da SEPEC-ME³¹.

85. Foram enviados convites por meio de Ofício^{32,33} para realização de apresentação de 20 minutos na Audiência Pública à ANTAQ, na condição de representada e à USUPPORT, na condição de representante. A ANTAQ não respondeu ao convite, não tendo enviado representante à Audiência. A USUPPORT apontou como palestrante o seu representante legal Sr. Francisco Ribeiro Todorov. Foi encaminhado convite também ao CADE para participação, que indicou como representante o Economista-Chefe, Sr. Guilherme Mendes Resende. No caso do CADE o convite não incluiu pedido de apresentação, sendo apenas disponibilizado ao órgão antitruste o mesmo tempo para fala que os demais participantes externos da Audiência que desejassem fazer uso da palavra. Além dos servidores desta SEAE, do representante legal da USUPPORT e do representante do CADE, a Audiência contou com a participação de mais 29 participantes externos, entre representantes de empresas dos mercados envolvidos, consultores e pesquisadores do setor portuário, dentre outros.

86. A Audiência foi presidida pelo Subsecretário de Advocacia da Concorrência Andrey Vilas Boas de Freitas que realizou fala de abertura. Foram apontados os procedimentos da

³⁰ Disponibilizado no seguinte endereço eletrônico: <https://www.gov.br/participamaisbrasil/audiencia-publica-seae-sepec-n-05-2021>.

³¹ Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=D5j9ngvJ-f4>.

³² Ofício SEI nº 138223/2021/ME, de 27/05/21 para a ANTAQ.

³³ Ofício SEI nº 138234/2021/ME, de 27/05/21 para a USUPPORT.

Audiência em que, após a apresentação inicial da SEAE, bem como do representante legal da USUPPORT, seria dada a palavra a um representante de cada instituição por até 5 minutos. Após essa rodada inicial seria aberta a palavra para mais uma rodada de manifestações para os interessados com o mesmo tempo de fala de 5 minutos e assim sucessivamente.

87. Em seguida, o Coordenador-Geral da Coordenação-Geral de Desregulamentação e Competitividade da SEAE, Maurício Marins Machado, fez apresentação dos principais aspectos do processo do FIARC³⁴. Também foi apresentado o resultado da Tomada de Subsídios, descrita no Subitem 7.3.1 deste Parecer.

88. Na sequência, ocorreu apresentação³⁵ do representante legal da USUPPORT acerca de seu requerimento de análise do FIARC por abuso regulatório acerca da Resolução Normativa no 34/2019, em particular no que tange à permissão para cobrança do SSE, apontando quais seriam os problemas competitivos de tal escolha regulatória. Os principais pontos da apresentação foram: (a) que a ANTAQ teria se alinhado ao posicionamento dos terminais portuários com uma regulação sem consistência técnica e operacional, contrariando posicionamento histórico de sua área técnica e jurídica; (b) choque da Resolução com a Lei de Liberdade Econômica, constituindo ocorrência de abuso regulatório; (c) histórico de condenações e medidas preventivas do CADE na matéria; (d) posicionamento histórico contrário à cobrança do SSE por ser anticompetitiva por diversos órgão públicos e entidades representativas do setor privado; e (e) histórico recente da matéria na ANTAQ, destacando o posicionamento da área técnica da Agência em desacordo com a Diretoria em ocasiões recentes.

89. Foi então aberta a palavra aos participantes externos da Audiência, tendo sido concedida a palavra ao representante do CADE, o Economista-Chefe, Sr. Guilherme Mendes

³⁴ Documento SEI 19232155 - Processo nº 10099/100204/2021-94.

³⁵ Documento SEI 19232227 - Processo nº 10099/100204/2021-94.

Resende. O Subsecretário da Advocacia da Concorrência da SEAE passou então a palavra ao próximo inscrito, ressaltando que seria concedida a palavra ao representante do CADE posteriormente.

90. O representante da Transbrasa, terminal retroportuário alfandegado do Porto de Santos, Sr. Bayard Umbezeiro Neto, Sr. fez uso da palavra. Este frisou a possibilidade de abuso de poder econômico dos terminais molhados nas cobranças aos terminais secos, na medida que estes últimos só têm acesso à carga após a mesma ser entregue pelos primeiros. Foi apontado que no início da pandemia, a Transbrasa teria sido subitamente comunicada por um terminal molhado de elevação do SSE em 420% sobre o valor do THC. A questão foi judicializada pela Transbrasa que obteve sustação do aumento em 1ª instância em uma sexta-feira em decisão preliminar. Em seguida teria sido anunciado pelo terminal molhado em questão na segunda-feira seguinte o cancelamento da elevação anteriormente realizada, o que levou ao fim do processo sem julgamento de mérito. No momento da Audiência, o representante da Transbrasa apontou que o mesmo terminal teria anunciado com validade a partir de setembro de 2021, de uma elevação de 75% do SSE. Frisou como a cobrança do SSE representa uma barreira à entrada para os demais participantes do mercado de armazenagem alfandegada.

91. A seguir, o Subsecretário de Advocacia da Concorrência esclareceu que a análise do FIARC se refere a uma norma específica, no caso a Resolução Normativa ANTAQ nº 34/2019. Frisou que o objetivo do FIARC não consiste em analisar condutas específicas de nenhum agente do setor aquaviário, sendo a sua análise restrita aos efeitos concorrenciais da norma em questão.

92. O representante do CADE, Sr. Guilherme Mendes Resende, fez então uso da palavra. Informou da importância do assunto do SSE para o CADE, tendo em vista existirem sete processos abertos no órgão antitruste acerca da cobrança, sem pronunciamento ainda da Superintendência ou do Tribunal Administrativo. Frisou também a assinatura de um

Memorando de Entendimentos entre CADE e ANTAQ em junho de 2021 visando a um alinhamento institucional sobre a questão do SSE. Apontou que tal memorando deixa claro que a Resolução Normativa ANTAQ nº 34/2019 trouxe instrumentos eficazes para o combate dos ilícitos concorrenciais, incluindo na cobrança do SSE. Clarificou também que as competências da ANTAQ e do CADE não se confundem na questão, sendo distintas, porém complementares. Esclareceu que o principal objetivo do Memorando de Entendimentos foi trazer segurança jurídica para as decisões dos dois órgãos, em particular referente à cobrança do SSE. Destacou que o Memorando de Entendimentos aponta a licitude per se da cobrança do SSE, bem como que qualquer conduta unilateral deveria ser analisada caso a caso com base na regra da razão, considerando seus efeitos. Descreveu como o memorando prevê ainda que, em caso de possível abusividade levantada pelo CADE, ocorrerá em até 90 dias manifestação da ANTAQ, que está desenvolvendo metodologia para avaliar tal abusividade que será publicada ainda este ano, devendo a elaboração da mesma contar com participação do CADE.

93. O representante da Abratec, Associação Brasileira dos Terminais de Contêineres, Sr. Caio Morel, fez uso da palavra em seguida. Frisou que a polêmica do SSE deve ser pensada para o futuro. Afirmou que a questão tinha surgido de uma falta de entendimento sobre o assunto, mas que, após um longo histórico de processos administrativos e judiciais, tal entendimento teria ocorrido. Frisou também que não teria havido posicionamento na Análise de Impacto Regulatório – AIR da ANTAQ recente de que o SSE seria anticompetitivo como teria sido colocado pelo representante legal da USUPORT. O AIR teria apontado que a cobrança da SSE poderia ser abusiva ou não. Apontou que o entendimento recente entre CADE e ANTAQ aponta que o SSE não seria anticompetitivo, apenas sujeito a eventual abusividade. Pediu o encerramento do processo do FIARC por entender que a matéria estaria sendo tratada adequadamente pelo CADE e ANTAQ. Apontou que a contestação da norma em comento pelos terminais secos decorreria dos termos desta não terem sido favoráveis aos seus interesses, levando a um processo de contestação da norma em diferentes instâncias, que teriam sempre apontado a licitude da cobrança. Quanto à cobrança recente em Santos apontada pelo representante da Transbrasa, apontou que a mesma estaria

congelada por dez anos e frisou a elevada inflação atual, com IGP-M a mais de 30%, sendo que por isso as elevações de preço seriam justificadas. Solicitou que na análise da SEAE fosse considerada a experiência portuária internacional que é por mínima regulação.

94. Em seguida, o Subsecretário de Advocacia da Concorrência apontou que, além da questão concorrencial, a análise do FIARC possui dois aspectos que caberia frisar. Um seria a transparência, com ampla possibilidade de participação de todos os interessados, com mecanismos de participação como a Audiência Pública e a Tomada de Subsídios. O segundo aspecto seria que a análise da SEAE se refere à norma e não a condutas específicas e que haverá somente ao final do processo do FIARC parecer da SEAE. Esclareceu que este parecer final pode tanto sugerir uma alteração normativa como opinar pela não pertinência do requerimento de análise, estando a Secretaria aberta a contribuições até o final do processo, sendo todas aquelas pertinentes consideradas na análise final.

95. A Sra. Lorena Nisiyama, advogada do escritório Mayer Brown, fez em seguida uso da palavra. Relatou que tem militado ao longo do tempo contra a cobrança do THC 2 e que não se trata de assunto que tenha sido pacificado, com condenação em fevereiro de 2021 pelo CADE acerca da cobrança. Destacou o longo histórico de condenações do CADE. Frisou que nestas condenações não teria ocorrido uma discussão da razoabilidade do valor e sim questionamento quanto aos próprios serviços cobrados, tendo sido tal entendimento o mesmo inclusive nos processos mais recentes, tal como o processo com condenação em fevereiro de 2021. Apontou que realmente a cobrança do SSE/THC 2 não seria considerada uma cobrança per se ilícita, porém quando analisado cada caso pelo CADE teria ocorrido opinião pela não razoabilidade da cobrança e ilicitude da conduta, sem discussão quanto à razoabilidade do valor. O entendimento por tal ilicitude na conduta envolvendo o SSE/THC 2 seria o mesmo na jurisprudência do CADE de 2005 a 2021. Assim, não teria ocorrido mudança de posicionamento recente do CADE.

96. O Sr. Luiz Cláudio Montenegro, representante de um grupo de estudiosos sobre o tema, envolvendo a Consultoria Neowise, Consultoria Eagle, Consultoria MIND e FEPESE, fez uso da palavra em seguida. Apontou que está em fase final estudo denominado “Estudos Técnicos de Fundamentação e Convergência Metodológica - Serviço de Segregação e Entrega”. Esclareceu que tal estudo pode ser utilizado para a análise em curso e que, adiantando resultados do mesmo, afirmou que alguns conceitos antigos do setor portuário, que teria passado por expressivas mudanças nos últimos vinte anos, não se aplicariam. Em particular que a caracterização do setor como de baixa concorrência, com poucas empresas, concentração de poder de mercado e elevadas barreiras à entrada não seria mais válida. Isso ocorreria em vista dos diversos tipos de possibilidade de entrada, tais como terminais privados nos portos públicos, TUPs, dentre outros. Esclareceu ainda que o estudo em questão seria disponibilizado para análise no processo em curso no FIARC. Frisou que o importador tem escolha nesse quadro de diversos atores, citando exemplo de um importador no Centro Oeste que teria diversas opções logísticas. Com isso restaria difícil a possibilidade de exercício de poder de mercado no setor. Apontou ainda a grande base de dados sobre o setor que trariam elementos para tal tipo de análise de forma bastante fundamentada. Assim, aponta que o setor como um todo seria caracterizado por elevada e crescente concorrência podendo existir abuso de posição dominante apenas em casos pontuais. Por fim, aponta que o estudo traz sugestão de metodologia para verificação de abusividade na cobrança do SSE e que este foi entregue à SEAE, ANTAQ e Secretaria de Portos do MInfra.

97. A representante do escritório Lourenço Ribeiro, representante legal da ATP, Associação dos Terminais Privados, Sra. Milena Orlandi, fez uso da palavra em seguida. Apontou que a discussão do SSE teria dois pontos de fundo que perpassam a discussão acerca dessa cobrança. A primeira seria acusação infundada de que o serviço não existiria, sendo já incluído no Box Rate e THC, e que ao longo dos vinte anos da controvérsia não teriam sido apresentadas evidências para tanto, tendo ocorrido algumas condenações contrárias a cobrança do SSE. O segundo ponto é que teria ocorrido recentemente mudança nos entendimentos, a partir de uma maior sincronia entre os órgãos públicos, destacando que em Acórdão recente do Ministro Bruno Dantas, o TCU em junho de 2021 teria apontado que

com a Resolução nº 34/2019 o Tribunal de Contas teria sido atendido em todas as suas preocupações envolvendo o SSE, bem como destacou o Memorando de Entendimentos firmado recentemente entre CADE, ANTAQ e MInfra. Também destacou decisões recentes do Poder Judiciário acerca da licitude da cobrança. Apontou que tal alinhamento entre órgãos públicos estaria encerrando a controvérsia de mais de vinte anos acerca da cobrança do SSE e traria estabilidade jurídica ao setor favorecendo investimentos. Frisou que a investigação do FIARC acerca do requerimento de análise do tema do SSE vai na contramão desse recente alinhamento entre órgãos públicos acerca da questão e que não traria nenhum elemento novo, se fixando em entendimentos pretéritos do CADE, que estariam superados inclusive no Memorando de Entendimentos, o qual frisa a legalidade per se da cobrança e a eficácia da Resolução Normativa ANTAQ nº 34/2019. Frisa que não teriam sido preenchidos os quesitos de admissibilidade no FIARC para o caso e que, em se prosseguindo a análise, a SEAE deveria concluir pela “Bandeira Verde” no caso.

98. O Sr. Sérgio Salomão, representante da Abratec, frisou a importância dos terminais retroportuários em sua relação com os terminais molhados. Porém, apontou a importância de considerar o Memorando de Entendimentos entre CADE, ANTAQ e MInfra para a discussão do SSE. Considerou louvável a iniciativa da SEAE para a Audiência Pública, reforçando os pontos levantados pela Sra. Milena Orlandi.

99. Em seguida, o Subsecretário de Advocacia da Concorrência apontou que todos os interessados haviam tido oportunidade para fala, iniciando-se uma segunda rodada para comentários.

100. O Sr. Francisco Ribeiro Todorov, representante legal da USUPPORT, fez uso da palavra. Frisou dois pontos. Primeiro, sugeriu que o representante da Consultoria Neowise apontasse quem teriam sido os financiadores do estudo apontado pela Consultoria, a fim de que ficasse evidenciado se financiado por interessado na matéria. Segundo, que os terminais molhados teriam adotado ao longo do tempo acerca da cobrança do SSE de estratégia de repetição de

argumentos falaciosos até que eventualmente houvesse aceitação dos mesmos. Nesse sentido, teriam apontado inicialmente que haveria vácuo regulatório na matéria e por isso as decisões desfavoráveis do CADE, o que não seria o caso, apontando que com a regulação inicial da matéria pela ANTAQ o problema teria sido sanado. Tal linha de argumentação de que o vácuo regulatório teria sido sanado teria sido retornada com a edição da Resolução ANTAQ nº 34/2019. Frisou que a questão do vácuo regulatório era incorreta, não tendo sido o motivo das condenações do CADE. Também estaria ocorrendo com o recente Memorando de Entendimentos entre CADE e ANTAQ a estratégia em tratar o assunto como superado. Apontou que o CADE não teria reconhecido a cobrança e que não seria correto afirmar que a questão teria sido superada, pois a operação seria ao longo do tempo sempre a mesma. Haveria nesse sentido um movimento de desinformação pelos terminais molhados. Apontou ainda que seria incorreto dizer que não existiriam estudos apontando os problemas da cobrança com fatos objetivos, incluindo estudos da Superintendência de Portos da ANTAQ.

101. A seguir, o Sr. Adermes Pascoal, representante da USUPPORT, solicitou a apresentação de um curto vídeo acerca da cobrança do SSE, conforme solicitação feita com antecedência à organização da Audiência Pública. O Subsecretário de Advocacia da Concorrência autorizou a exibição do vídeo. Após problemas técnicos, o vídeo de 1 min 30s foi exibido³⁶.

102. O Sr. Bayard Umbuzeiro Neto, da Transbrasa fez então uso da palavra. Solicitou qual deveria o procedimento para encaminhamento de evidências de conduta anticoncorrencial decorrente da aprovação da Resolução no 34/2019, para a SEAE.

103. O Subsecretário de Advocacia da Concorrência esclareceu que, enquanto a análise do FIARC do caso estiver em aberto, informações que possam auxiliar a análise podem ser remetidas para a SEAE. Além disso, esclareceu que eventuais evidências de conduta anticoncorrencial podem ser encaminhadas à SEAE, independentemente do FIARC, bem

³⁶ O vídeo pode ser acessado em: < <https://www.youtube.com/watch?v=Z0NuH6xJPfA> > . Acesso em 04/10/21.

como ao CADE que tem a competência para analisar a questão, bem como para a ANTAQ como órgão regulador do setor. Esclareceu que com tal encaminhamento as evidências podem ser analisadas pelos respectivos corpos técnicos para que possa haver a decisão dos órgãos de como proceder em relação ao relatado.

104. Não existindo mais interessados em fazer uso da palavra, o Subsecretário de Advocacia da Concorrência encerrou a Audiência Pública às 16:21, agradecendo a participação de todos. Finalizou frisando que se tratava de análise ainda em curso na SEAE, convidando quaisquer dos presentes a trazer contribuições que julguem pertinente para a análise da questão e que haveria manifestação da SEAE ao final do processo na forma de parecer.

7.3.3 CONTRIBUIÇÕES DO CHAMAMENTO PÚBLICO PARA PARECER DE AMICUS CURIAE NO FIARC

105. O Edital de Chamamento Público para Parecer de Amicus Curiae no FIARC acerca da Resolução Normativa ANTAQ no 34/2019 foi publicado no Diário Oficial da União no dia 20 de julho de 2021³⁷. Dessa forma, o Chamamento Público teve por objetivo convidar grupos de pesquisadores para desenvolver parecer econômico com o objetivo de complementar a análise investigativa do FIARC acerca da norma, com foco na questão da cobrança do SSE/THC 2.

106. A SEAE considera fundamental que a análise de caso do FIARC seja complementada por pareceres econômicos capazes de aprofundarem a investigação sobre o impacto regulatório das normas questionadas, especificamente no que se refere aos aspectos econômicos de tal impacto, principalmente relativos à concorrência e o bem-estar do consumidor. Busca-se, desse modo, a construção de um entendimento mais completo do

³⁷ O edital também foi disponibilizado no endereço eletrônico: < <https://www.gov.br/participamaisbrasil/edital-de-chamamento-publico-para-parecer-de-amicus-curie-no-fiarc> >

contexto em que tais normas se inserem, bem como uma análise mais detalhada sobre os referidos efeitos, alcançando os custos e benefícios decorrentes das restrições impostas pela regulação, a partir de uma visão abrangente dos atores envolvidos.

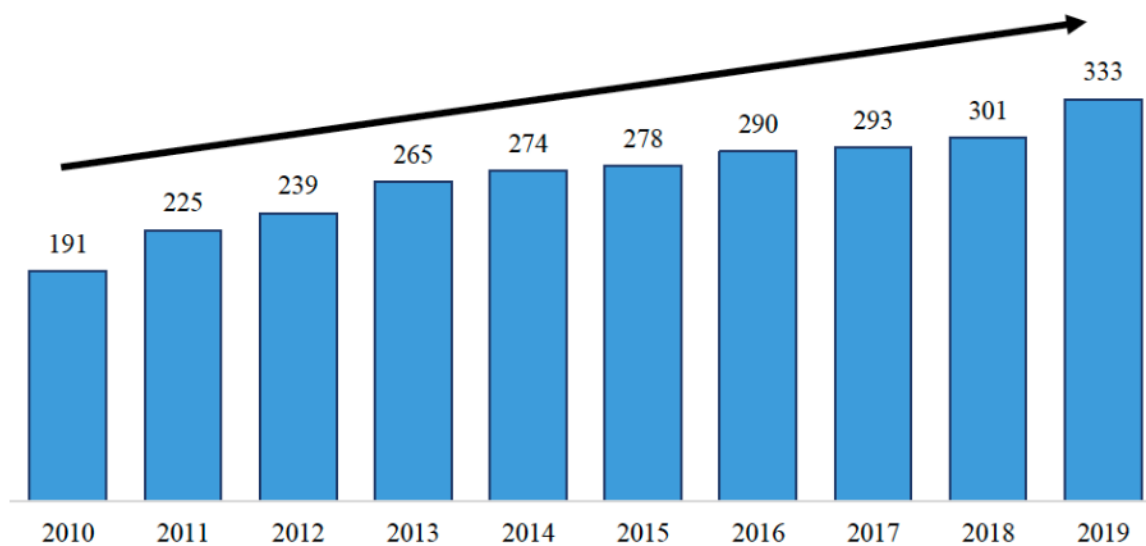
107. Na condição de Amicus Curiae, a SEAE recebeu o trabalho intitulado “Fundamentos econômicos sobre os riscos à concorrência da Resolução Normativa nº 34/2019 da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ)”, de autoria de pesquisadores³⁸ vinculados ao Programa de Pós-Graduação em Economia da Universidade Federal da Bahia – PPGE/UFBA. Os autores apontaram que o Parecer não apresentou qualquer financiamento público ou privado e apresentaram declaração de que atendiam aos requisitos do edital.

108. Inicialmente o trabalho traz um breve histórico do setor portuário no Brasil, destacando as reformas ocorridas ao longo do tempo que promoveram a maior abertura e crescente participação do setor privado. A partir desse contexto é apresentada a controvérsia acerca das questões concorrenciais envolvendo a cobrança do SSE/THC 2, focando na questão a partir dos efeitos da Resolução Normativa ANTAQ no 34/2019.

109. Após tal histórico é apresentado um panorama do mercado de terminais portuários destacando a crescente quantidade de estabelecimentos de portes variados, conforme os gráficos abaixo:

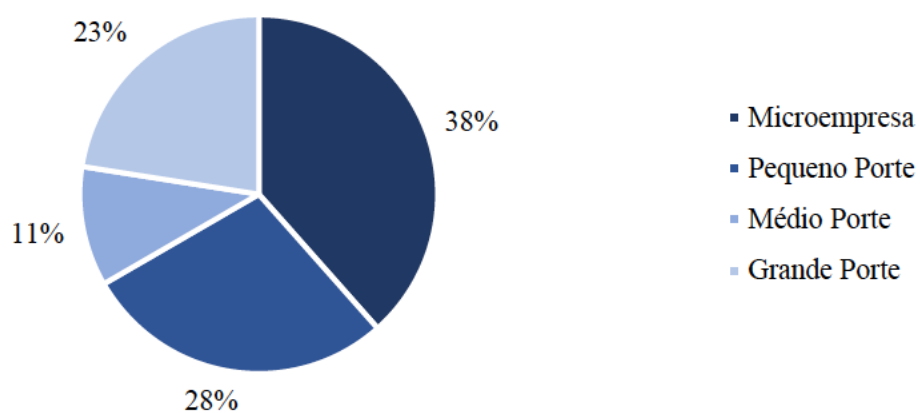
Figura 2 – Número de estabelecimentos de operadores de terminais, por ano

³⁸ Tiriyaki, G. F. e Rios, R. S. (2021) **Fundamentos econômicos sobre os riscos à concorrência da Resolução Normativa nº 34/2019 da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ)**. Programa de Pós-Graduação em Economia da Universidade Federal da Bahia – PPGE/UFBA.



Fonte: Tiriyaki e Rios (2021), p. 7.

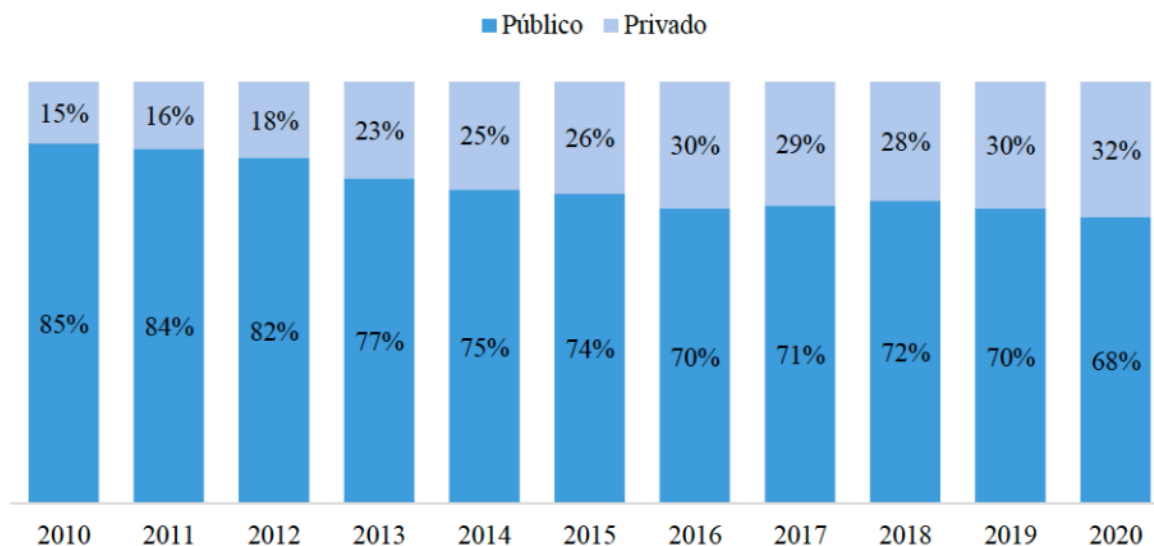
Figura 3 – Porte dos estabelecimentos de operadores de terminais em 2019



Fonte: Idem, p. 8.

110. Neste panorama é destacado o panorama de cada região, bem como é destacada a participação crescente do Terminais de Uso Privado no segmento de contêineres:

Figura 4 – Participação na Movimentação de contêineres por tipo de instalação portuária em 2010 a 2020



Fonte: Idem, p. 11.

111. Na Seção seguinte, denominada “Fundamentos Econômicos” é apresentado um modelo hipotético de terminais portuários alfandegados que disputam armazenagem de contêineres. Inicialmente, contextualiza-se a importância da concorrência em geral para a promoção da produtividade e qualidade dos bens e serviços, apontando o mesmo para o setor de transporte em geral e portuário em particular.

112. O estudo apresenta a seguir modelo econômico para analisar os mercados em questão tendo como premissas teóricas:

De acordo com os fundamentos econômicos, o que garante a concorrência de um setor é a possibilidade de empresas entrarem e saírem com facilidade. Esta condição caracterizaria a “perfeita contestabilidade como um padrão ideal para o mercado” (BAUMOL & LEE, 1991). Esta tese foi desenvolvida por Baumol (1982) como uma forma de contrapor a ideia de mercado perfeitamente competitivo.

(...)

Para garantir a contestabilidade de mercado, é preciso estimular a concorrência potencial. A concorrência potencial é a competição por lucros entre empresas já

estabelecidas em uma determinada indústria e novas empresas interessadas em competir por esses lucros. Empresas já estabelecidas com poder de mercado visam bloquear a entrada de novas empresas, por meio de barreiras estruturais à entrada (ou de saída), impedindo que as condições de contestabilidade de mercado sejam atendidas.

(...)

Com base nesses fundamentos, é apresentado a seguir um modelo hipotético de um mercado de terminais portuários alfandegados que disputam armazenagem de contêineres. Baseado no modelo de Dixit (1980)¹³, o objetivo é evidenciar que a estrutura portuária brasileira, caracterizada pela peculiar cobrança do THC2, pode violar os fundamentos de contestabilidade apresentados acima. Assim, expõe-se os riscos da cobrança do THC2 para o ambiente competitivo do setor portuário do Brasil.

113. O trabalho então desenvolve um modelo envolvendo um operador portuário (terminal molhado) e um terminal seco, ambos com funções de reação estabelecidas a partir do comportamento da outra empresa. O modelo supõe ainda que ambos possuem a mesma estrutura de custos na atividade de armazenagem alfandegada, porém o terminal seco possui adicionalmente o custo do THC 2. No caso de interesse, o operador portuário é a empresa líder e tem a capacidade de elevar os custos marginais do terminal seco (empresa seguidora) por meio do THC 2 a fim de repartir o mercado.

114. O modelo utiliza então um exemplo simplificado com dois períodos, em que o terminal seco inicialmente não possui capacidade de atendimento de toda a quantidade demandada e incorre em custos para expandir sua capacidade, os quais precisam ser reembolsados. Por simplificação, o modelo supõe que os custos marginais do terminal molhado são iguais aos custos do terminal seco nesta situação de custos com expansão da capacidade. No segundo período, quando o terminal molhado já expandiu sua capacidade e esta já foi amortizada, este possui por suposição um custo marginal inferior por ganhos de escala. Conforme exposto no estudo (grifos nossos):

Este resultado nos permite extrair duas conclusões: **(i) no primeiro período, o terminal do OP interagirá com o terminal da IPA, podendo dividir parte do mercado, repassando um número de contêineres; e, (ii) no segundo período, se o terminal do OP estiver com capacidade ociosa, ele terá condições de impossibilitar a atuação do terminal da IPA ou manter o IPA com uma quantidade tão reduzida de containers para armazenar que desestimulará a entrada de um terceiro concorrente.**

Como o OP tem liberdade de definir o valor do THC2, ele possui condições de influenciar o preço do concorrente e, artificialmente, induzir o importador a optar pelo seu pacote de serviços, via THC. Os terminais privados, portanto, assemelham-se às termelétricas no setor de energia, que são apenas acionadas quando o sistema elétrico está com demanda em pico, com a diferença que não recebem remuneração do governo para se manterem ociosos.

Enquanto o custo adicional de armazenar mais um contêiner for menor ou igual à receita adicional, o OP pode manter o preço da THC2 elevado o suficiente para desestimular a oferta de armazenagem de uma IPA. Caso haja uma demanda excessiva, o OP pode até zerar a THC2 e repassar o excesso de contêineres para o concorrente.

115. A partir desse exercício, o estudo aponta que a eliminação de barreiras à entrada para terminais molhados, seja nos portos públicos, seja por meio de TUPs, é importante para elevar a concorrência de forma a impedir a possibilidade de exercício de poder de mercado dos terminais diante dos armadores, prejudicando os terminal secos indiretamente, o que estaria alinhado com conclusões de estudo pelo Centro de Excelência em Regulação de Mercados (CERME/UnB)³⁹ e também seria recomendado pela área técnica da ANTAQ em manifestação recente⁴⁰.

116. Além disso, para viabilizar a entrada no segmento de armazenagem alfandegada é necessário lidar com o THC 2 e sua possibilidade de elevar os custos dos rivais do terminal molhado no mercado de armazenagem alfandegada. Ao contrário da supracitada manifestação da área técnica da ANTAQ, que sugere um regime de *price cap* como solução, o estudo aponta que tal opção é problemática (grifos nossos):

³⁹ Centro de Excelência em Regulação de Mercados da Universidade de Brasília – CERME/UnB (2014). **Avaliação da concorrência na prestação de serviços portuários.**

⁴⁰ ANTAQ (2020). **Análise de Impacto Regulatório – AIR – Plano de Trabalho GRP SEI 0875650** - Acórdão nº 69-2019-ANTAQ SEI 0840591 - Do Preço-Teto para o SSE e de uma Franquia para Cargas. Proposta de critérios a serem utilizados para identificação de abusos ilegais nas cobranças em terminais de contêineres.

O problema desta recomendação [price cap] está no fato de que a dimensão do mercado relevante geográfico **não é nacional, mas regional**. Logo, há diferentes graus de poder de mercado.

Por exemplo, considere que a agência consiga, de maneira eficiente, ter acesso à [sic] informações completas sobre os regulados e estabeleça um price cap representado pela mediana dos price caps ideais de cada mercado relevante geográfico. Ainda assim, existiria OP no mercado que teria espaço para elevar o valor da THC2 a ponto de desestimular a oferta de armazéns alfandegados fora da instalação portuária (aqueles OP abaixo da mediana).

Outro ponto a se considerar é a dinâmica de preços que o setor portuário possui no comércio internacional, onde os contratos são negociados constantemente e as oscilações na demanda por produtos importados são frequentes devido a efeitos sazonais.

O estabelecimento de regulação pelo preço teto determinaria que esse teto fosse fixado por um período de um ano. Entretanto, nada garante que um único price cap geraria as eficiências esperadas ao longo do ano, por não acomodar as oscilações sazonais das importações. **Pode-se concluir que o price cap para a THC2 pode gerar desequilíbrios de mercado espacialmente e temporalmente.**

117. Em conclusão, o estudo aponta ser preferível que não se permita a cobrança do THC 2, opção que não teria os problemas do *price cap* apontados acima (grifos nossos):

Os operadores portuários alegam que existem despesas extras para levar os contêineres até a zona secundária e, por isso, existe a cobrança desta taxa, conhecida no mercado como THC2. Para ilustrar como o THC2 pode coibir a entrada de novos terminais no mercado, fez-se uso da Teoria da Firma, para seguir com uma análise microeconômica. Ressalta-se que a Análise Microeconômica é aceita pelo CADE como elemento de prova indireta, quando a confirmação do fato depende do exercício de raciocínio lógico ou dedução, na linha da teoria da *suficiência das provas indiretas*.

Os resultados teóricos mostraram que a THC2 se torna um instrumento de regulação da oferta por parte do Operador Portuário. É uma forma de desestimular a contratação de armazéns alfandegários fora da área molhada do porto. Além disso, **caracteriza-se como uma barreira à entrada**, principalmente quando **terminais entrantes se deparam com operadores portuários com capacidade ociosa**.

(...)

A conclusão é que a THC2 tem sido praticada por operadores portuários que já estavam em condições de baixa concorrência (e, por isso, com poder de mercado para cobrar efetivamente a THC2). A principal recomendação é a ANTAQ direcione seus esforços para estimular a entrada de novas empresas ofertando o

serviço de armazenagem alfandegada, criando uma estrutura de mercado mais concorrencial. Para isso, é imprescindível que a prática da THC2 seja coibida, por ser um instrumento de exercício do abuso de poder de mercado.

Adverte-se, também, **que proposta de regulação de preço para o setor não é recomendável**, uma vez que a infraestrutura portuária carece de novos investimentos. Uma política de fixação de preço teto tenderá a favorecer incumbentes (portos e instalações portuárias já instaladas), quando todos os diagnósticos apontam para a necessidade de mais portos e instalações portuárias. **Por esta razão, entende-se que o melhor remédio não seja regular o preço da THC2, mas, sim, extingui-la, revogando o inciso IX, do Art.2 da RN34.**

118. Pode-se afirmar que, o estudo não parece trazer conclusões que divirjam em grande medida da análise que será realizada na Seção 7.4. A contribuição do estudo está em trazer um instrumental teórico que baliza tais conclusões. Cumpre apenas fazer a observação que o modelo utilizado é bastante simples e estilizado e que, como todo modelo, deve ser testado empiricamente para que possa se pressupor a validade de suas conclusões. Não obstante tais limitações, traz contribuição relevante para entendimento da possível dinâmica dos mercados envolvidos.

119. Cumpre apontar ainda que as conclusões do estudo estão bastante alinhadas ao que será colocado na Subseção 7.5.4, em que também a eliminação de possibilidade de cobrança do SSE/THC 2 é defendida como melhor solução regulatória. Cabe apenas fazer a observação de que a sugestão de simples eliminação da regulação do dispositivo que faz menção à SSE/THC 2 não é o meio adequado a este intento. Para isso seria necessário também revogar os dispositivos que definem o Box Rate e o THC, bem como outros dispositivos que viabilizam a cobrança apartada e a retiram do contrato com os armadores. Mesmo assim, o que se obteria, na melhor hipótese, é um retorno ao status quo anterior à Resolução ANTAQ no 2.389/2012, facilitando condenações no CADE. Entende-se que outra solução seria preferível, para eliminar a possibilidade de cobrança do SSE/THC 2 junto aos terminais secos, conforme será explicitado na Subseção 7.5.4.

120. Por fim, quanto à inadequação da solução de tarifa teto, essa de fato é uma solução que tem os possíveis problemas apontados, constituindo uma opção que não é a ideal de um ponto de vista regulatório de favorecimento da eficiência e bem-estar do consumidor. Porém, em caso de impossibilidade de implementação da opção preferível, o *price cap* pode ser opção viável para minorar os problemas concorrenciais dos mercados envolvidos e respectivos efeitos negativos sobre o bem-estar do consumidor, como será defendido na Subseção 7.5.4. Neste caso, existem cuidados que podem ser adotados pela ANTAQ para lidar com os problemas citados no estudo, tais como estabelecer a tarifa teto por complexo portuário e levar em conta questões sazonais ou de elevada demanda, tal como já ocorre em outros setores regulados.

7.3.4 OUTRAS CONTRIBUIÇÕES: ESTUDO AVULSO NEOWISE ET AL

121. Conforme apontado pelo representante da Neowise Consultoria na Audiência Pública de que trata o Subitem 7.3.2, foi enviado à SEAE por esta empresa estudo⁴¹ acerca da temática do SSE/THC 2. Elaborado pela referida consultoria e outros autores⁴² tal estudo é a 2ª parte de um estudo maior denominado “Estudos Técnicos de Fundamentação e Convergência Metodológica - Serviço de Segregação e Entrega”. Esta segunda parte apresenta: “Análise de Eventual Abusividade Econômica: a partir de análises concorrenciais amplas, devem ser apresentados critérios metodológicos para identificar abusividades em casos concretos e excepcionais”⁴³. Ressalte-se que tal estudo não atendeu os requisitos para ser considerado como Parecer Amicus Curiae nos termos estabelecidos em Edital e na verdade não pareceu ter sido elaborado para essa finalidade, como será apontado em seguida – logo não haveria qualquer obrigatoriedade desta SEAE considerar o estudo na análise deste Parecer do FIARC. No entanto, em prol da transparência e de fomento ao

⁴¹ Neowise et al (2021). Estudos Técnicos de Fundamentação e Convergência Metodológica - **Serviço de Segregação e Entrega**. Relatório técnico – Seção 2.

⁴² Os autores do estudo são: (i) Neowise Consultoria, Engenharia e Negócios Ltda.; (ii) Eagle Consultoria Econômica e de Engenharia Ltda.; (iii) MIND Estudos e Projetos de Engenharia Ltda.; e (iv) FEPESE – Fundação de Estudos e Pesquisas Socioeconômicos.

⁴³ Neowise et al (2021). Estudos Técnicos de Fundamentação e Convergência Metodológica - **Serviço de Segregação e Entrega**. Relatório técnico – Seção 2, Sumário Executivo, p. 5.

debate, optou-se por apresentar o trabalho de forma sintética e tecer algumas considerações gerais sobre o mesmo.

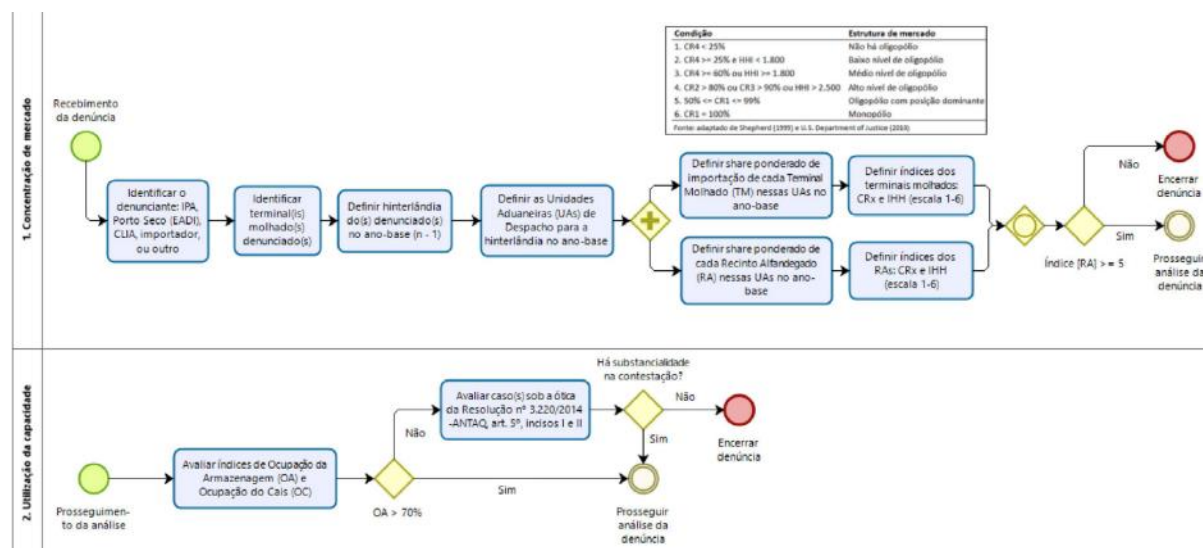
122. O estudo em comento parece ter sido elaborado para trazer elementos para a discussão regulatória do SSE/THC 2 no âmbito da ANTAQ, em particular a regulamentação do parágrafo único do art. 9º da Resolução no 34/2019, objeto de recente consulta pública naquela Agência Reguladora (grifos nossos):

Art. 9º

*Parágrafo único - No caso em que restar demonstrada a verossimilhança de que exista abuso ilegal na cobrança do SSE, a ANTAQ poderá estabelecer o preço máximo a ser cobrado a esse título, **mediante prévio estabelecimento e publicidade dos critérios a serem utilizados para sua definição.***

123. Assim, o estudo em questão já parte da premissa da aplicabilidade da SSE/THC-2, sem realizar uma análise quanto ao seu mérito, focando-se em apresentar metodologia que visa estabelecer quando caberia estabelecer a regulação de tarifa teto em casos concretos de abuso pela ANTAQ. Não cabe aqui entrar em uma crítica detalhada de tal metodologia, mas apontar sua possível inadequação em vista das premissas adotadas. Tal metodologia pressupõe o cumprimento de diversas etapas que se baseiam em premissas que são bastante questionáveis sob uma ótica concorrencial e terminam por invalidá-la. Além disso, cumpre ressaltar que, dada a quantidade de requisitos que são sugeridos para que ocorra a regulação, a probabilidade que qualquer terminal molhado venha a ser objeto de aplicação de tarifa teto parece bastante baixa, além de sujeita a um processo que será bastante custoso e moroso para a ANTAQ, potencialmente implicando em elevado custo regulatório. O diagrama abaixo resume o processo sugerido para que ocorra regulação de tarifa teto:

Figura 5 – Fluxo completo de metodologia para implantação de tarifa teto para o SSE



Fonte: Neowise et al (2021). Estudos Técnicos de Fundamentação e Convergência Metodológica - **Serviço de Segregação e Entrega**. Relatório técnico – Seção 2. Sumário Executivo, p. 29.

124. A crítica central ao estudo em questão é que ele parte da premissa de que existe escolha, pelo importador, no terminal em que será entregue o contêiner. Se tal premissa está incorreta, toda a análise subsequente de avaliação de concorrência inter e intraporto não é válida. Ressalte-se que o posicionamento recorrente do Tribunal Administrativo do CADE, conforme exemplificado na Subseção 7.2, tem sido no sentido de que **via de regra** não existe possibilidade de escolha do terminal pelo importador em virtude do funcionamento do mercado de armadores, posição esta que também sido expressa de forma recorrente pela área técnica da ANTAQ, inclusive em manifestações recentes tais como em Análise de Impacto Regulatório - AIR de 2020⁴⁴. Além disso, a experiência da Austrália, apresentada na Subseção 7.4.2, parece reforçar tal posicionamento na medida que os terminais molhados claramente aparentam gozar de alto poder de mercado na sua relação com os donos das cargas e seus prepostos, não só no sentido importador, mas também exportador, algo ilustrado pela sua capacidade de impor cobranças novas e crescentes em tal relação (ou

⁴⁴ANTAQ (2020). **Análise de Impacto Regulatório – AIR – Plano de Trabalho GRP SEI 0875650 - Acórdão nº 69-2019-ANTAQ SEI 0840591** - Do Preço-Teto para o SSE e de uma Franquia para Cargas. Proposta de critérios a serem utilizados para identificação de abusos ilegais nas cobranças em terminais de contêineres, p. 23

expressivas elevações de preço em cobranças antigas). Inclusive a argumentação acerca desse ponto central sobre a falta de escolha do terminal em que será entregue o contêiner pelo dono da carga ou seus prepostos mereceu pouca atenção do estudo em questão, ao menos da parte entregue a esta SEAE. Tendo em vista que tal posicionamento que defende a escolha do terminal vai contra diversos entendimentos passados do CADE e ANTAQ, seriam necessárias fartas evidência para a sua comprovação, o que não foi o caso.

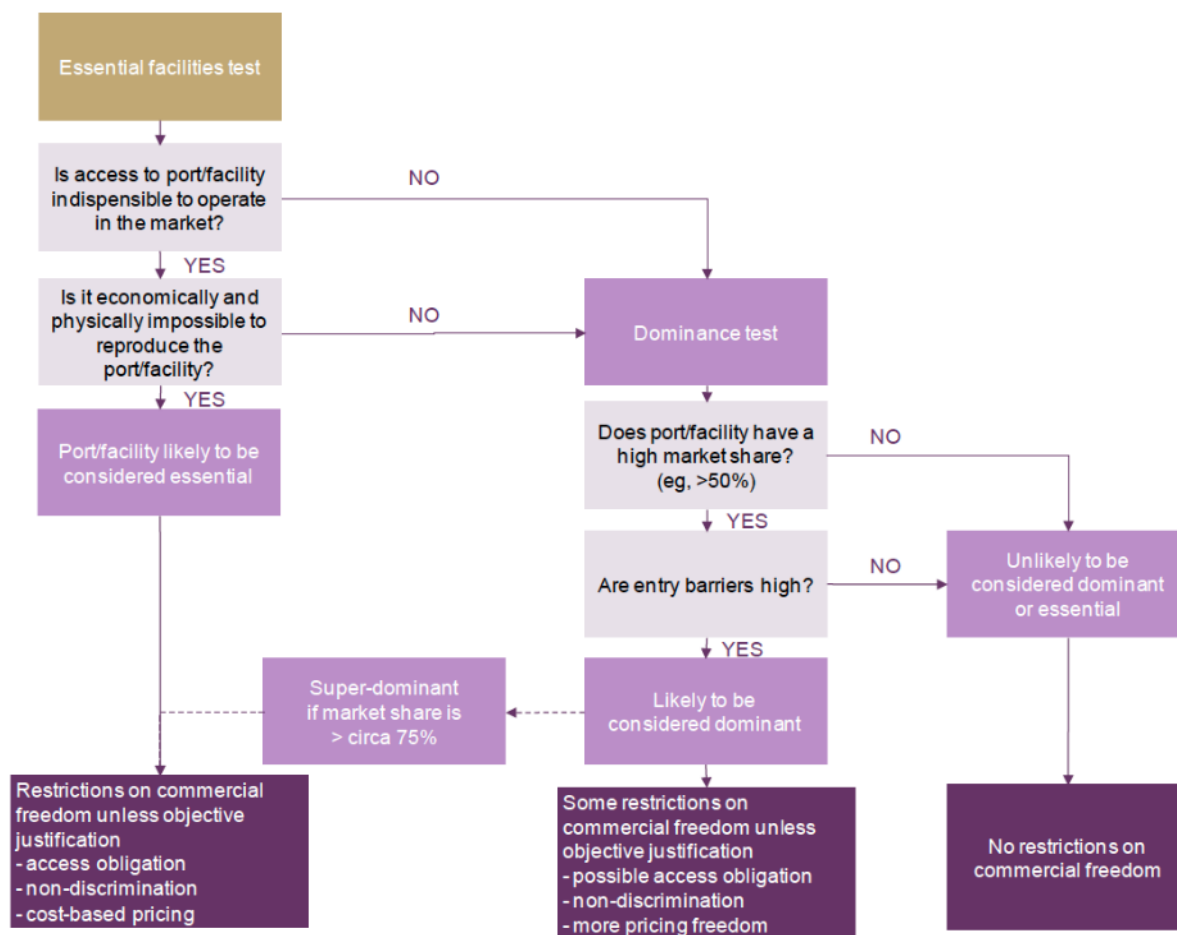
125. Um ponto importante a frisar é que tal premissa questionável do estudo, que termina por desconsiderar uma relação econômica em virtual monopólio para supor a efetividade de eventual concorrência intra e interportuária, invalida por completo a forma que foi utilizada metodologia sugerida em estudo da OCDE⁴⁵ para avaliar se um terminal molhado constitui um essential facility. Frise-se que o tratamento do terminal portuário molhado como essential facility na sua relação com os terminais secos foi defendido em recente Nota Técnica da ANTAQ⁴⁶.

126. Para melhor ilustrar esse tratamento inadequado pelo estudo da Neowise et al, apresenta-se abaixo diagrama com a metodologia proposta no estudo da OCDE:

Figura 6 – Metodologia sugerida para avaliar *essential facility* no setor portuário

⁴⁵ Organization for Economic Cooperation and Development - OECD (2011) **Competition in Ports and Ports Services**. Policy Roundtables, p. 49.

⁴⁶ Nota Técnica ANTAQ nº 18/2021/GRP/SRG de 05/02/21.



Fonte: Organization for Economic Cooperation and Development - OECD (2011) **Competition in Ports and Ports Services**. Policy Roundtables, p. 49.

127. A linha de argumentação do estudo da Neowise *et al* sugere que se pode seguir o fluxo indicado pelo diagrama acima considerando a concorrência intra e interportuária para avaliar se o terminal constitui *essential facility* para efeito de uma relação comercial estabelecida entre dono da carga e seus prepostos, tal como o terminal seco alfandegado. Ocorre que, se não **existe de fato escolha pelo dono da carga ou seus prepostos do terminal em que o contêiner será entregue**, a utilização do diagrama da figura acima significaria que o terminal é de fato um *essential facility* na medida que existe um **monopólio na relação, ou seja, uma superdominância de mercado com 100% de participação**. Neste caso, a metodologia ilustrada pelo diagrama aponta que a liberdade comercial deveria ser restrita salvo justificativa e que deveria ocorrer intervenção na forma

de: regime de acesso, não discriminação e precificação baseada em custos (por exemplo, tarifa teto). Assim, a utilização da literatura da OCDE de essential facility no setor portuário pelo estudo da Neowise et al para justificar não intervenção parece incorreta e dependente de comprovação de que existe plena liberdade de escolha do terminal pelo dono da carga e seus prepostos, contrariando a jurisprudência do Tribunal Administrativo do CADE, bem como recorrente posicionamento da área técnica da ANTAQ e a prática corrente, observada no setor.

128. Fora tal premissa central questionável do estudo, cumpre apontar alguns critérios questionáveis adicionais na metodologia sugerida. Em particular, o qual prevê que só seria verificada abusividade se a utilização da capacidade instalada do terminal molhado for de mais de 70%. **Em outras palavras, a metodologia parece sugerir que a regulação preveja explicitamente que exista reserva de mercado ao terminal molhado.** Contraditoriamente, o estudo sugere que a atividade de armazenagem dos terminais é mais eficiente por operar em maior escala e com sinergias com a atividade de movimentação e que para preservar tal eficiência deve ser considerada a utilização mínima da capacidade. Ora, se a atividade de armazenagem de fato apresenta ganhos de escala e sinergia com a atividade de movimentação de mercadorias nos portos, isso significa custos mais baixos e maior competitividade na atividade de armazenagem, podendo amplamente dominar o mercado por apresentar menores preços, o que vai totalmente de encontro à sugestão de reserva de mercado para atingir uma escala mínima eficiente.

129. De forma semelhante, o estudo sugere que também a regulação só ocorra caso seja verificado que ocorre compressão na rentabilidade dos terminais secos causados pela cobrança do SSE. Ora, se o terminal seco possui elevada rentabilidade, isso pode ocorrer por diversos motivos, incluindo que este seja mais eficiente ou ofereça serviços de maior qualidade que o terminal molhado. **Pela proposta, o SSE seria válido como forma de capturar parte da rentabilidade do terminal seco pelo molhado, ficando o último com a recompensa pelos ganhos de eficiência e qualidade do primeiro.**

130. Em suma, em vista do exposto acima, já foi possível elencar algumas premissas problemáticas do estudo apresentado. Para efeito do presente caso do FIARC, não cabe fazer análise mais detalhada, até pelo mesmo não ter sido apresentado como Parecer amicus curiae. Porém, caso a ANTAQ venha a considerar aspectos da proposta para regulamentação do art. 9º, parágrafo único da Resolução Normativa ANTAQ nº 34/2109, sugere-se adotar a devida cautela, com análise detalhada das premissas adotadas.

7.4 ASPECTOS ECONÔMICOS, CONCORRÊNCIA E EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL

131. Nesta Seção se abordará a questão da concorrência no setor portuário a partir de seus aspectos econômicos e da experiência internacional. Inicialmente serão abordados os aspectos concorrenciais do mercado de transporte aquaviário de longo curso (internacional) de contêineres. Depois disso, serão realizados apontamentos acerca da experiência internacional citada na Tomada de Subsídios, bem como será tratado do caso da Austrália, que parece trazer lições importantes para os problemas concorrenciais envolvendo o SSE/THC 2 no Brasil. Por fim, serão trazidas algumas conclusões acerca do discutido nas subseções anteriores que podem ser aplicados a análise do caso FIARC em discussão.

7.4.1 ASPECTOS ECONÔMICOS E CONCORRÊNCIA NO TRANSPORTE AQUAVIÁRIO DE CONTÊINERES

132. Pensando-se o setor portuário como um todo, existem dois aspectos concorrenciais básicos a serem considerados: (a) a existência ou não de concorrência entre diferentes portos (**concorrência interporto**), bem como com outros modais de transporte; (b) a concorrência no interior de um único porto entre diferentes operadores de serviços portuários, com destaque para os exploradores de equipamentos portuários, tais como operadores de terminais (**concorrência intraporto**).

133. Conforme será exposto a seguir, usualmente a concorrência interporto, tomando como referência os diferentes Complexos Portuários, tende a ser limitada, em razão das características locais e/ou vocação do Porto. Já a concorrência intraporto pode ser intensa, em cenários de competição entre os prestadores de serviço. Assim, **um modelo ideal do ponto de vista concorrencial para o setor portuário é aquele que assegura uma concorrência intraporto intensa, em particular se a concorrência interporto é baixa, limitando-se a necessidade de**

regulação mais intrusiva, tal como regulação de preço, aos casos em que não seja possível a solução concorrencial.

134. Inicialmente, cumpre apontar que segundo a literatura dos organismos multilaterais ⁴⁷ o usual é que, dadas as características das cargas e dos destinos de expedição, a concorrência de outros modais de transporte tenda a ser muito limitada, no caso do setor portuário, de forma que, salvo casos específicos, deve ser desconsiderada essa modalidade de concorrência, já que o tipo de modal envolve questões ligadas a características do tipo de produto, em particular a relação entre o valor agregado do produto e seu peso e a destinação dos produtos, geralmente associados a fluxos de exportação e importação. Dado que a análise deste Parecer se foca no comércio internacional de contêineres, a concorrência de outros modais, tais como o aéreo, não deve ser considerada como efetiva para o tipo de carga que utiliza o transporte marítimo.
135. Quanto à concorrência interporto, segundo a literatura dos organismos multilaterais ⁴⁸ a efetividade da mesma depende de diversos fatores, tais como distância, tipo de mercadoria envolvida e a existência de infraestrutura logística adequada que conecte a localidade a mais de um porto, entre outros fatores. Assim, pode ser que exista concorrência interporto efetiva para determinada localidade específica para determinado tipo de carga (por exemplo, grânéis sólidos minerais) que conte com infraestrutura logística interconectada a outro porto com distância comparável e capacidade de atendimento semelhante. Porém, a regra geral é que um porto detém alto poder de mercado em boa parte da sua área de influência (hinterlândia), atuando como virtual monopolista para os diferentes tipos de carga em que atua. Por esse mesmo motivo, o CADE, conforme exposto em estudo ⁴⁹

⁴⁷ Ver, por exemplo: (i) World Bank (2007). **Port Reform Tool Kit** – 2nd Edition; e (ii) Organization for Economic Cooperation and Development - OECD (2011) **Competition in Ports and Ports Services**. Policy Roundtables.

⁴⁸ Idem.

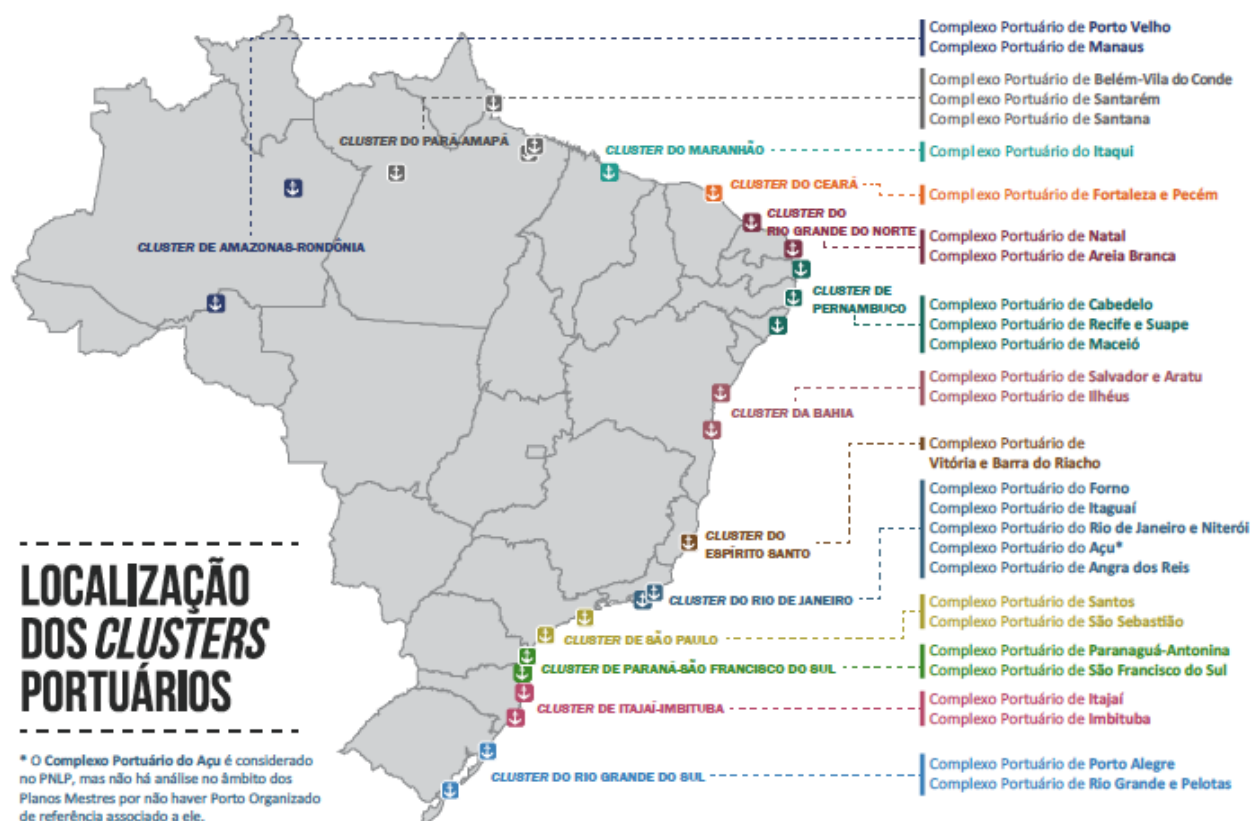
⁴⁹ Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE (2017). **Mercado de Serviços Portuários**. Cadernos do CADE. Departamento de Estudos Econômicos, p. 36 a 43. Disponível em: < <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/cadernos-do-cade/mercado-de-servicos-portuarios-2017.pdf> > Acesso em 20/04/21.

elaborado pelo seu Departamento de Estudos Econômicos, tem considerado que a existência de concorrência interporto efetiva deve ser tomada com cautela, sendo usualmente a exceção e não a regra.

136. A utilização do conceito de “Clusters Portuários” serve como primeira aproximação para considerar a concorrência interportuária no Brasil, mas salientando que esta tende a ser limitada, conforme apontado acima. Os Clusters Portuários são definidos pelo Ministério de Infraestrutura – MInfra⁵⁰ como “... conjuntos de portos e terminais privados geograficamente próximos entre si.”. Pode-se considerar que complexos portuários (portos públicos e TUPs) localizados no mesmo *Cluster* concorrem entre si em alguma medida, caso atuem no mesmo segmento de carga e possuam capacidade instalada e respectiva infraestrutura apta a atender um deslocamento relevante de demanda de um porto no mesmo *Cluster* Portuário. Segundo o MInfra tem-se os seguintes *Clusters* Portuários no Brasil:

⁵⁰ Ministério da Infraestrutura (2019). **Plano Nacional de Logística Portuária**, Sumário Executivo, p. 15.

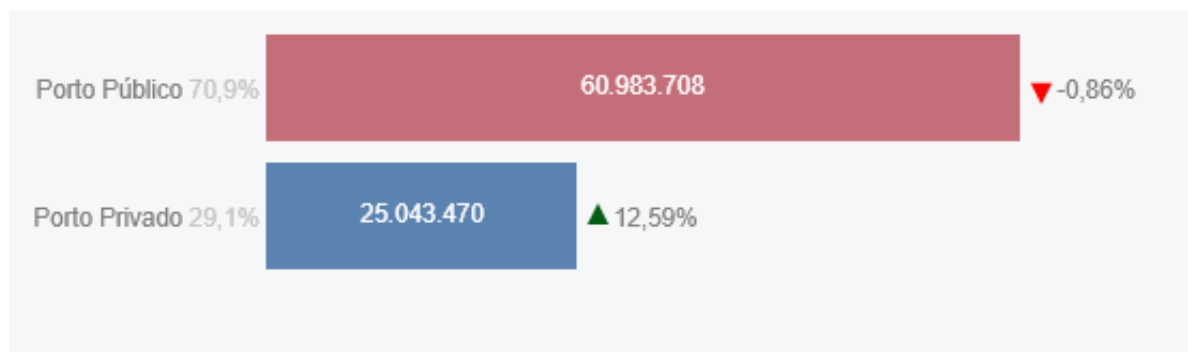
Figura 7 – Clusters Portuários Brasil



Fonte: Ministério da Infraestrutura (2019). **Plano Nacional de Logística Portuária**, Sumário Executivo, p. 15.

137. No entanto, a concorrência que interessa para efeito da análise contida neste Parecer é a concorrência no segmento de contêineres na navegação de longo curso (internacional), isto é, sem considerar outros tipos de navegação, como cabotagem ou interior. Neste caso, tem-se que foram movimentados em torno de 86 milhões de toneladas em 2020, sendo 70,9% em portos públicos e 29,1% em Portos Privados (TUPs):

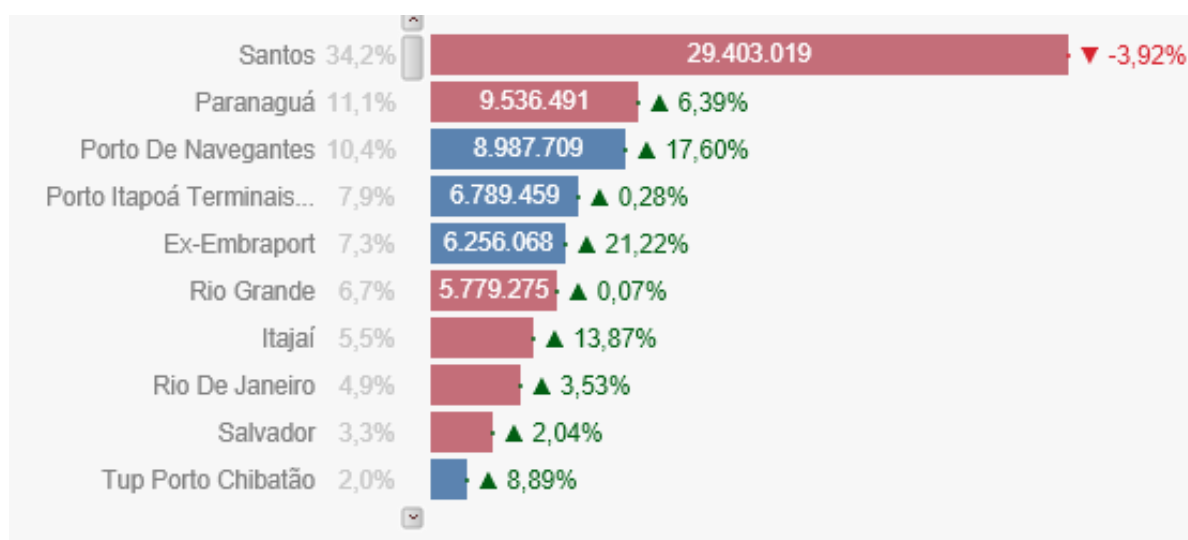
Figura 8 – Transporte Aquaviário de Contêineres de Longo Curso em 2020 por tipo de Instalação Portuária – milhões de toneladas e taxa de crescimento 2020/2019

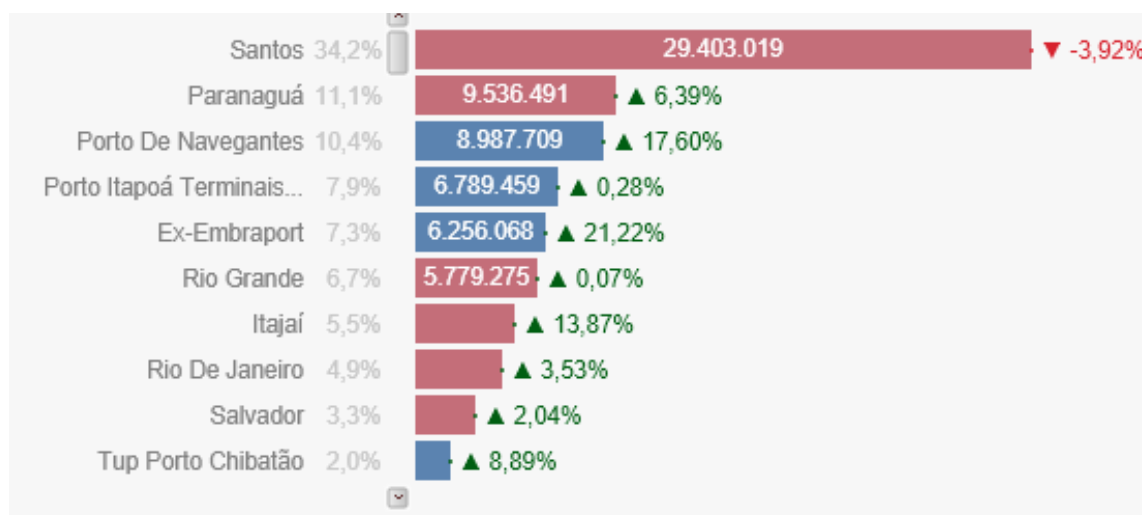


Fonte: ANTAQ (2021) – Anuário Estatístico

138. Todos os Clusters possuem atuação no segmento de contêineres, sendo que existe forte concentração em Santos, com mais de um terço do volume transportado:

Figura 9 – Ranking Transporte Aquaviário de Contêineres de Longo Curso em 2020 por Instalação Portuária – milhões de toneladas e taxa de crescimento 2020/2019





Obs. – Portos Públicos em vermelho e TUPs em azul.

Fonte: ANTAQ (2021) – Anuário Estatístico

139. O ponto a se destacar aqui é que a maioria dos Clusters possui apenas dois ou menos Complexos Portuários, o que sinaliza baixa concorrência interporto na maioria das localidades. Isso em contraste, por exemplo, com a Europa Ocidental, onde a proximidade entre os Portos, assim como uma estrutura logística altamente integrada, seja ferroviária, rodoviária e de navegação de interior, potencializa a concorrência interporto. Outra questão é que considerando o mapa da Figura 7 acima, em alguns casos até a concorrência interporto entre os Complexos Portuários é inconsistente, em vista de diferença de porte dos Complexos Portuários envolvidos ou não existir atuação em contêineres em um dos Complexos Portuários. Cumpre apontar aqui tal situação no *Cluster* São Paulo, que tem um papel estratégico no segmento de contêineres com o Porto de Santos que detém mais de um terço do mercado como mostrado acima, não contando com concorrência interportuária efetiva. Isso porque o Complexo Portuário de São Sebastião é de pequeno porte⁵¹, não exercendo possibilidade de contestação relevante sobre o Porto de Santos. Em outros Clusters existe alguma competição interportuária no segmento de contêineres, tal como no caso do Cluster Pernambuco.

⁵¹ Companhia Docas de São Sebastião (2020). Balanço 2019. Disponível em: < <http://portoss.sp.gov.br/wp-content/uploads/Documentos/Institucional/Balanços/Balanço%202019%20-%20Parte%201.pdf>>. Acesso em 11/08/21.

140. **Mais relevante para a questão concorrencial no segmento de contêineres é a existência de concorrência intraportuária.** No Porto de Santos, por exemplo, em 2021 tem-se múltiplos terminais que atendem o segmento de contêineres entre Porto Organizado e TUPs, enquanto no caso de Suape/PE tem-se um único terminal de contêineres⁵².

141. O ponto a enfatizar é que, apesar da concorrência interportuária relativamente baixa na maior parte do território nacional, a presença de concorrência intraportuária, incluindo a atuação dos TUPs, oferece alguma competição na maior parte das localidades para o segmento de contêineres, salvo algumas exceções. No entanto, algo a destacar é que mesmo onde existe competição intraportuária efetiva tendem a existir poucos *players*, reproduzindo algo que é comum na experiência internacional no setor portuário de contêineres, em que mesmo portos de grande porte por vezes atuam por meio de apenas dois ou três terminais⁵³. Isso se relaciona com as elevadas barreiras à entrada e a escala mínima para operar no segmento. Tal limitação na quantidade de terminais tenderia a limitar a competição, mas, na prática, a estrutura do mercado mundial de transporte aquaviário de longo curso no geral tende a limitar qualquer tipo de exercício de poder de mercado destes terminais junto aos armadores, algo que será abordado em seguida.

142. Se existem poucas empresas atuando no segmento de terminais de contêineres em vista das elevadas barreiras à entrada, a situação é bastante diversa no segmento de armazenagem alfandegada. Preliminarmente, cumpre esclarecer que segundo estabelece o Decreto nº 6,759, de 5 de fevereiro de 2009, art. 8º:

Art. 8º Somente nos portos, aeroportos e pontos de fronteira alfandegados poderá efetuar-se a entrada ou a saída de mercadorias procedentes do exterior ou a ele destinadas.

⁵² ANTAQ (2021) – Anuário Estatístico – Contêineres.

⁵³ Para uma discussão sobre a dinâmica competitiva intraporto, incluindo o segmento de contêineres, ver: World Bank (2007). **Port Reform Tool Kit 2nd Edition**. Module 2: The Evolution of Ports in a Competitive World, p. 21-68.

*Parágrafo único. O disposto no **caput** não se aplica*

I - à importação e à exportação de mercadorias conduzidas por linhas de transmissão ou por dutos, ligados ao exterior, observadas as regras de controle estabelecidas pela Secretaria da Receita Federal do Brasil; e

II - a outros casos estabelecidos em ato normativo da Secretaria da Receita Federal do Brasil.

143. Assim, todos os terminais que realizam a movimentação de cargas dos navios envolvidos na exportação ou importação nos portos “molhados” são recintos aduaneiros (sejam os portos organizados ou TUPs). Ocorre que além destes portos com terminais “molhados”, que realizam a atividade de capatazia e estiva da carga nos navios, a Receita Federal do Brasil permite a atuação como recintos aduaneiros também de terminais “secos” localizados na própria área dos portos e outros tipos de instalações localizadas fora da área do porto, tais como os Portos Secos e os Centros Logísticos e Industriais Aduaneiros – CLIA⁵⁴. Assim, é possível utilizar o terminal molhado para retirada do contêiner dos navios e utilizar uma miríade de opções para o serviço de armazenagem alfandegada: seja outros terminais molhados ou secos no próprio porto, seja outros recintos aduaneiros fora do mesmo, inclusive aproveitando-se de regimes especiais de suspensão de tributos, a fim de realizar o desembaraço aduaneiro no momento mais propício para o importador.

144. Dessa forma, tem-se que o mercado de armazenagem alfandegada passível de atuação em contêineres advindos do comércio exterior pela via aquaviária de longo curso possui um universo de empresas muito maior que o mercado de terminais que realizam a carga e descarga de contêineres dos navios. Dada essa maior quantidade de empresas é de se supor que a concorrência tenderá a ser mais intensa nesse

⁵⁴ Ver o site da Receita Federal do Brasil para uma listagem de todos os recintos aduaneiros: <https://www.gov.br/receitafederal/pt-br/assuntos/aduana-e-comercio-exterior/importacao-e-exportacao/recinto-aduaneiros>

segmento do que no segmento de movimentação de carga nos terminais molhados, em particular nos locais onde não existe concorrência inter ou intraporto significativa. **Frise-se que as barreiras à entrada para atuação como um terminal portuário são muito mais significativas que para atuação como recinto aduaneiro, já que as áreas nos portos organizados são restritas, assim como as localidades aptas a autorização para construção de um TUP, além dos elevados investimentos em equipamentos diversos e cumprimento de requisitos regulatórios necessários para exercer a gestão de um terminal, seja no porto público ou privado.** A experiência internacional também aponta que mesmo nos maiores portos existem poucos terminais de contêineres, enquanto locais voltados para armazenagem são muito mais numerosos, sugerindo uma escala mínima de viabilidade muito maior para os terminais.

145. Ao considerar a relação entre o segmento de movimentação de contêineres nos terminais molhados e o segmento de armazenagem alfandegada, cabe preliminarmente a observação de que em cadeias verticalmente integradas envolvendo setores de infraestrutura é comum que existam elos que são prestados de forma monopolista ou com pouca competição e outros de forma competitiva. No caso dos elos da cadeia produtiva com características de monopólio, há motivação econômica para regulação mais intrusiva, tal como regulação de preço e garantias de livre acesso de terceiros, enquanto no caso dos elos potencialmente competitivos, a dinâmica de mercado tende a dispensar mecanismos regulatórios de incentivo à eficiência⁵⁵.

146. Inicialmente tem-se no caso em tela já então uma estrutura de mercado que eleva a probabilidade de que ocorram condutas anticompetitivas: um grupo de participantes que opera *upstream* em um mercado altamente concentrado com

⁵⁵ Organization for Economic Cooperation and Development (2016). **Structural separation in regulated industries – Report on implementing the OECD Recommendation.** Disponível em: < <https://www.oecd.org/daf/competition/Structural-separation-in-regulated-industries-2016report-en.pdf> > Acesso em: 05/05/21.

elevadas barreiras à entrada e que fornece um insumo essencial, que é infungível, a outros competidores que competem com ele em um mercado muito menos concentrado *downstream*. Pode parecer à primeira vista que ao menos nos portos em que existem múltiplos terminais atuando, tais como Santos, ou nos quais existe um complexo portuário próximo que também atua no segmento de contêineres, tais como Suape e Recife, que seria necessário um conluio entre terminais para que ocorresse a possibilidade de conduta anticompetitiva, sob o risco do terminal seco simplesmente utilizar outro terminal em caso de abuso de posição dominante. Também pode se argumentar que seria necessário averiguar se o segmento de terminais de contêineres no Brasil tem margens elevadas, caso contrário, os preços cobrados seriam próximos do valor eficiente.

147. Ocorre que, dadas as características do setor portuário, não é o dono da carga que faz a escolha do terminal e sim o armador. Assim, caso ocorra uma relação comercial obrigatória entre terminal molhado e o dono da carga ou seu preposto (tal como o terminal alfandegado seco) **esta não se dará em um ambiente competitivo e sim de virtual monopólio**. Desta forma, em particular na importação, a exigência de pagamento por parte do terminal molhado por um serviço supostamente prestado é do tipo “pegar ou largar”, pois o terminal seco só poderá resgatar a carga para o serviço de armazenagem qual foi contratado se esta for liberada pelo terminal molhado que detém compulsoriamente seu controle. Como apontado em voto vencedor de julgamento do CADE pela condenação quanto à cobrança do SSE/THC ²⁵⁶:

Há dois mercados na situação descrita nos autos. O primeiro é o mercado de movimentação de cargas transportadas em contêineres, que compreende os serviços de carga e descarga das embarcações e os serviços em terra (movimentação do costado do navio ao portão do terminal). O segundo é o mercado de armazenagem alfandegada de mercadorias em contêineres (que compreende a armazenagem até o desembarço aduaneiro das mercadorias).

⁵⁶ Voto do Conselheiro Ricardo Cueva, para o caso SDE versus Terminal para Contêineres da Margem Direita – TECONDI, Libra Terminais S/A – Terminal 37, Usiminas (Rio Cubatão Logística Portuária Ltda.) e Santos Brasil – Tecon, Processo Administrativo nº. 08012.007443/1999-17.

(...)

No primeiro mercado a relação se dá entre os operadores portuários e os armadores, **pois são estes últimos que escolhem o terminal portuário para desembarque**. Tal escolha deve-se à inviabilidade econômica e operacional de o armador, que transporta mercadorias de vários importadores, efetuar atracções seguidas em terminais diferentes conforme a escolha de cada importador. Embora o dono da carga não escolha o terminal portuário para desembarque, é racional esperar-se que o armador escolha o terminal que ofereça os melhores serviços, com segurança e menor preço para seu cliente. Portanto, a definição do preço a ser pago pelos armadores aos operadores portuários, denominado Box Rate, dá-se pela concorrência entre os terminais portuários situados na mesma região, no caso a Baixada Santista, e os armadores.

Dado que os contêineres importados somente podem ser retirados pelos importadores após seu desembarço aduaneiro, devem permanecer sob armazenagem alfandegada por certo tempo até a conclusão dos trâmites exigidos pela Receita Federal. Tal armazenagem alfandegada pode ser feita pelos terminais portuários, que, como visto, são integrados verticalmente [pois atuam simultaneamente no mercado de carga/descarga e no de armazenagem alfandegada], ou pelos acima referidos recintos alfandegados independentes, sendo certo que a concorrência nesse segmento ocorre via preços e qualidade nos serviços.

A existência de interligação entre esses dois mercados (já que para prestar o serviço de armazenagem, é necessário que recintos alfandegados tenham acesso à carga desembarcada no terminal portuário) e a existência de integração vertical entre recintos alfandegados e terminais portuários fazem parte do campo de análise do processo ora analisado, como veremos adiante.

148. Outra forma de considerar a questão é que o terminal molhado de contêineres é uma *essential facility* para o mercado *downstream* de armazenagem alfandegada e tem ampla condição de praticar fechamento vertical de mercado (*vertical foreclosure*) dada a sua condição de virtual monopolista. De acordo com a OCDE⁵⁷ em indústrias com elos da cadeia produtiva competitivos e não competitivos, agentes integrados verticalmente atuantes em elos com ambas as características têm condições de utilizar de seu poder de mercado no elo não competitivo para criar barreiras à entrada no elo competitivo. Conforme apontado na discussão acerca do estudo da

⁵⁷ OECD Recommendation of the Council concerning structural separation in regulated industries, 26 April 2001, C (2001) 78/FINAL, Paris, 2001. Disponível em < <https://www.oecd.org/daf/competition/recommendationconcerningstructuralseparationinregulatedindustries.htm> > . Acesso em 05/05/21.

Neowise et al na Subseção 7.3.4, o acesso a tal *essential facility* se dá para o terminal seco em regime de virtual monopólio.

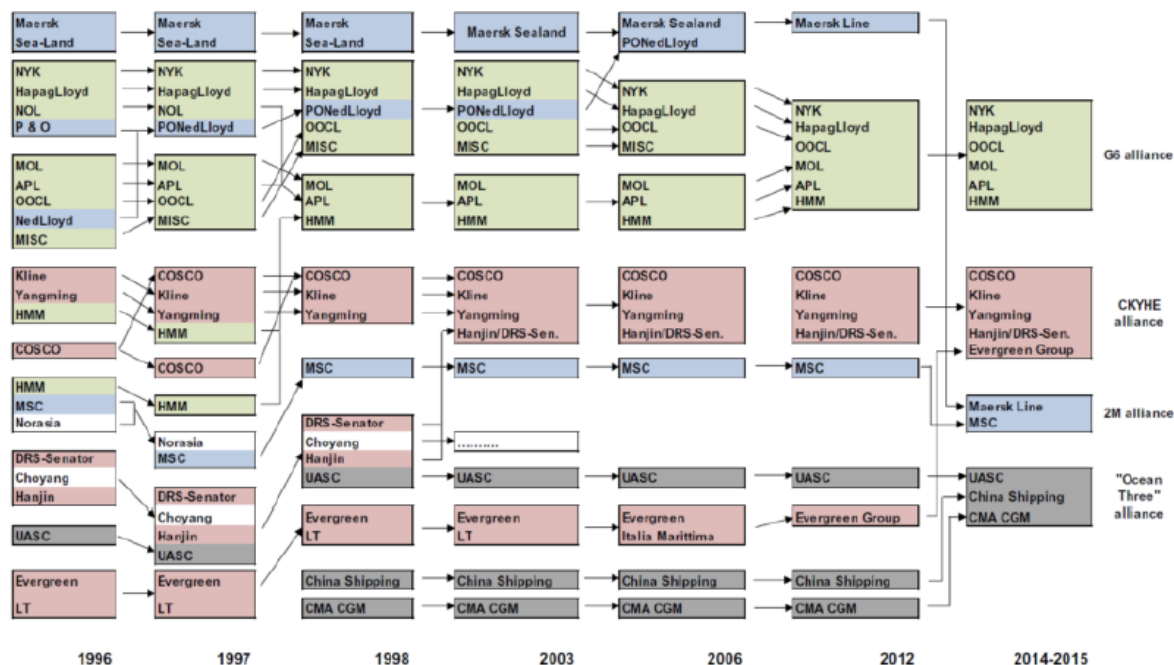
149. Dessa forma, o terminal molhado, devido ao seu virtual monopólio em vista da escolha do mesmo pelo armador, pode utilizar sua posição para restringir o acesso a seus concorrentes no elo da cadeia de armazenagem alfandegada. Em outras palavras, pode adotar a prática de fechamento vertical de mercado (*vertical foreclosure*).

150. Uma outra questão importante nesta discussão é a dinâmica que se introduz nos respectivos mercados dado o papel preponderante dos armadores no comércio aquaviário internacional, papel este que tem se reforçado cada vez mais nos anos recentes. Tal preponderância crescente dos armadores é importante porque estes estão promovendo um processo disruptivo de redução de custos no transporte aquaviário internacional, seja de custos próprios, por meio de navios cada vez maiores e a operação em grande escala por meio de alianças, seja porque negociam preços cada vez menores dos terminais dado o seu crescente poder de barganha, decorrente da elevada concentração do setor. Assim, eventuais práticas anticompetitivas dos terminais molhados *downstream* não resultariam em lucros extraordinários necessariamente, mas poderiam, no limite, viabilizar a continuidade de terminais ineficientes. Em um quadro de amplo domínio dos armadores, seriam estes os mais aptos a capturar eventuais lucros extraordinários.

151. Conforme apontado em estudo recente do CADE ⁵⁸ sobre o transporte aquaviário de contêineres, os armadores têm passado por um grande processo de concentração nos últimos anos, tendo se juntado em três grandes alianças globais que dominam o comércio internacional:

Figura 10 **Figura 1 – Definições de Box Rate e THC a partir da Resolução ANTAQ no 2.389/2012 – Histórico de alianças globais de transporte marítimo**

⁵⁸ Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE (2018). **Mercado de Transporte Marítimo de Contêineres**. Cadernos do CADE. Departamento de Estudos Econômicos, p. 27.



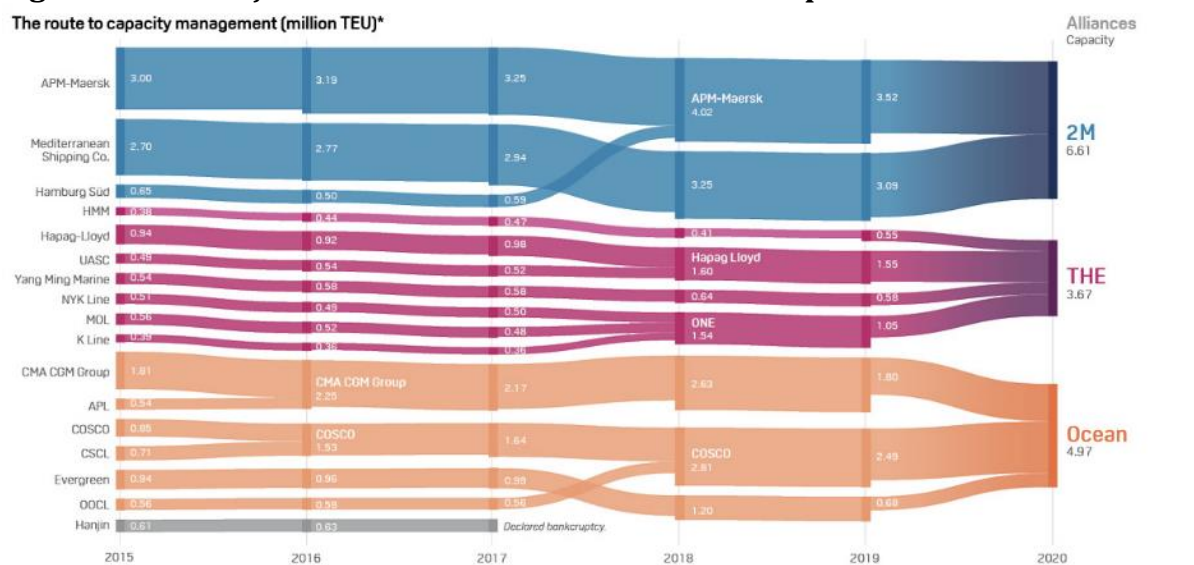
2017

Fonte: Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE (2018). **Mercado de Serviços Portuários**. Cadernos do CADE. Departamento de Estudos Econômicos, p. 36 a 43.

152. O quadro atual permanece bastante semelhante ao de 2017, com a mesmas três alianças exercendo amplo domínio no comércio internacional: THE Alliance,

Ocean Alliance e 2M detêm aproximadamente 80% do comércio internacional de contêineres⁵⁹:

Figura 11 – Alianças de Armadores de Contêineres – Capacidade Global



Fonte: S & P Global Platts

153. Isso significa que os armadores constituem um oligpsônio⁶⁰, o que pode trazer poder de mercado, em particular na medida que passam a existir apenas três grandes alianças como usuários/clientes quase exclusivos de todos os terminais de contêineres. Os *drivers* desse processo de concentração se relacionam com o porte dos navios envolvidos, que tem se tornado cada vez maior, a fim de explorar ganhos de escala. Conforme apontou o CADE em estudo voltado ao mercado de serviços portuários⁶¹:

Economias de escala ou retornos crescentes de escala ocorrem quando o custo médio de produção cai à medida que aumenta a quantidade produzida. Atividades econômicas que apresentam elevados custos fixos, como portos e transporte marítimo, apresentam economias de escala na medida em que com a elevação da

⁵⁹ AXS Marine (2021) Disponível em: < <https://alphaliner.axsmarine.com/PublicTop100/> > . Acesso em: 28/09/21.

⁶⁰ O oligpsônio representa um mercado com poucos compradores, assim como o oligopólio representa um mercado com poucos vendedores.

⁶¹ Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE (2017). **Mercado de Serviços Portuários**. Cadernos do CADE. Departamento de Estudos Econômicos, p. 15-16. Disponível em: < <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/cadernos-do-cade/mercado-de-servicos-portuarios-2017.pdf> > Acesso em 20/04/21.

quantidade produzida conseguem diluir seus custos fixos, reduzindo o custo médio de produção. Tal característica explica uma tendência no transporte marítimo de contêineres de aumentar paulatinamente a capacidade de carga dos navios (figura 1).



Figura 1 – Maiores navios porta-contêineres nas últimas cinco décadas e seus operadores

Fonte: World Shipping Council

Os ganhos de escala no transporte marítimo também influenciam o movimento de concentração do mercado através de fusões e aquisições (...)

No mesmo sentido, de aproveitamento de ganhos de escala, ocorre a formação de alianças globais (e não restritas à determinadas rotas) entre as grandes companhias do transporte marítimo, visando o compartilhamento de ativos e cooperação operacional, porém mantendo cada membro individualmente suas estratégias de *marketing* e identidade comercial (...)

154. Assim, um navio típico para o transporte internacional de contêineres tem se tornado cada vez maior. O outro lado dessa equação de navios maiores é que, para que não ocorra ociosidade, os transportadores passaram a atuar cada vez mais por meio das alianças, a fim de facilitar tal operação em grande escala. Logicamente, tal tipo de atuação coordenada gera preocupações concorrenciais, especialmente quando termina por concentrar praticamente todo o comércio mundial em três

grandes alianças. Até a presente data não tem ocorrido um movimento das autoridades regulatórias no sentido de impedir tais alianças. No caso da União Europeia – UE, existe inclusive uma isenção antitruste específica para as mesmas, a “European Liner Agreement”, que foi, em março de 2020, estendida até abril de 2024^{62,63}. Esta prevê que são permitidas as Alianças, desde que cada uma não detenha mais de 30% do mercado relevante⁶⁴.

155. O entendimento da UE⁶⁵ é que tal isenção antitruste se justifica em vista dos benefícios advindos das eficiências das Alianças, que por sua vez levariam a substanciais reduções nos custos do transporte aquaviário internacional. Além disso, a UE entende que a concorrência entre Alianças e no interior das mesmas seria suficiente para evitar o abuso de posição dominante.

156. Mais recentemente, com o grande gargalo no transporte aquaviário de contêineres causado pela pandemia, em que o setor não tem sido capaz de atender a demanda represada durante o período de paralisação das atividades, ocorreu uma forte elevação de preços, com os armadores experimentando lucros recordes⁶⁶. Tal movimento tem trazido preocupação com questões concorrenciais, tendo ocorrido conversa recente entre reguladores dos EUA, Europa e China, por ocasião do 5º Encontro Regulatório Global promovida pela Comissão Europeia⁶⁷. No entanto, até a

⁶² European Union (2020). **Commission Regulation (EU) 2020/436 of March 2020**. Amending Regulation (EC) No 906/2009 as regards its period of application.

⁶³ European Union (2009). **Council Regulation (EC) No 246/2009 of February 2009 as regards its period of application**

⁶⁴ European Union (2019). **Evaluation of the Commission Staff Working Document Regulation (EC) No 906/2009 of 28 September 2009 on the application of Article 81(3) of the Treaty to certain categories of agreements, decisions and concerted practices between liner shipping companies (consortia)**. Commission Staff Working Document, p. 5.

⁶⁵ Idem, p. 4-11 e 17-32.

⁶⁶ Bryant, C (2021). **Container Shipping Earnings Now Rival Apple. It's Not a Good Look. Bloomberg Opinion**, 19/08/21. Disponível em: < <https://www.bloomberg.com/opinion/articles/2021-08-19/container-shipping-is-making-a-killing-this-year-but-will-we-have-christmas> >. Acesso em 29/09/21.

⁶⁷ Port Technology (2021). **US, Chinese and European agency officials meet on shipping woes**. 09/09/21.

Disponível em: < <https://www.porttechnology.org/news/us-chinese-and-european-agency-officials-meet-on-shipping-woes/> > . Acesso em 29/09/21.

presente data nenhuma ação mais concreta foi tomada. Assim, ao que parece, o mercado de transporte deve continuar a ser dominado pelas três grandes Alianças.

157. **A questão a enfatizar é que o processo contínuo de redução de custos pelos armadores, incluindo do valor pago junto aos terminais molhados, deve continuar, estando os armadores em melhor posição nessa dinâmica.** Como enfatiza o CADE no supracitado estudo sobre o mercado de serviços portuários, este processo pode ser bastante disruptivo para os terminais (e Autoridades Portuárias), em particular os que não realizem os investimentos necessários e sejam mais ineficientes⁶⁸ (grifos nossos):

Embora, cadeias logísticas se beneficiem de ganhos de escala, na cadeia do transporte marítimo – incluindo companhias de navegação, terminais portuários, transporte ferroviário e/ou rodoviário – **são as grandes companhias de navegação que se beneficiam dos ganhos de escala derivados do aumento da capacidade dos navios**, gerando, por vezes, deseconomias de escala (aumento do custo por unidade de carga movimentada, a partir de determinada escala de operação) para os demais elos da cadeia (Rodrigue, 2015). Isso ocorre porque os limites de expansão de capacidade de cada elo da cadeia são diferentes, e o aumento da capacidade dos navios não é acompanhado na mesma magnitude e velocidade pelos demais elos da cadeia, seja por questões técnicas, regulatórias ou operacionais.

Especificamente em relação aos portos, **o aumento do tamanho dos navios força investimentos em dragagem de canais de acesso e aumento dos berços de atracação, expansão das áreas de armazenagem, investimentos em maior capacidade de movimentação de cargas simultaneamente e aumento da capacidade de despacho das mercadorias para os modais de transporte terrestres.** Ao mesmo tempo em que investimentos são necessários para capacitar o porto a receber tais embarcações, o aumento do tamanho dos navios gera uma redução da frequência de atracação de navios de carga no porto, ao mesmo tempo em que permanece a pressão dos armadores pela não elevação das tarifas portuárias, portanto a expansão da capacidade de carga dos navios pode não significar um aumento de receitas para os portos (Rodrigue, 2015).

Ademais, **a concentração no transporte marítimo eleva o poder de barganha das companhias de navegação em relação aos portos**, especialmente em regiões onde o volume de comércio (e de cargas) é menor e a competição entre portos existe, de forma que, em certos casos, cria-se uma forte dependência do

⁶⁸ Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE (2017). **Mercado de Serviços Portuários**. Cadernos do CADE. Departamento de Estudos Econômicos, p. 18. Disponível em: < <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/cadernos-do-cade/mercado-de-servicos-portuarios-2017.pdf> > Acesso em 20/04/21.

porto em relação a um cliente (companhia de navegação) de grande porte (Wilmsmeier, 2014, p. 50).

Analisando os efeitos das fusões e aquisições entre armadores e do aumento de capacidade dos navios porta-contêineres no Brasil, verifica-se, nesta década, **uma redução do número de escalas semanais de navios de longo curso**, enquanto as escalas de navios de cabotagem apresentam-se estáveis.

158. O que se quer trazer com essa discussão é salientar a questão econômica de fundo que perpassa a discussão do SSE/THC 2: a relação entre os armadores e terminais não só se dá de forma competitiva, mas passa por um processo disruptivo de redução de custos, enquanto o estabelecimento de uma relação entre terminais alfandegados secos e molhados se dá em um virtual monopólio. Se o potencial para os terminais molhados criarem uma relação monopolista com os donos das cargas e seus prepostos a fim de explorar poder de mercado e viabilizar práticas anticompetitivas de elevação de custo de rivais no mercado de armazenagem alfandegada sempre existiu (vide o longo histórico de processos e condenações no CADE quanto ao THC 2/SSE), o fato novo é que os armadores têm exercido crescente pressão para que os terminais obtenham ganhos de produtividade na medida que os primeiros têm obtido poder de barganha crescente, permitindo que exijam preços cada vez menores. Isso possivelmente tem levado a ganhos de eficiência ou redução de ganhos acima do eficiente, na medida que lucros extraordinários são eliminados e as empresas ineficientes, por exemplo, por não realizarem investimentos em tecnologias de maior produtividade, são excluídas do mercado. Tal movimento pode reestruturar o mercado de terminais molhados, mas tem como efeito final ganhos de produtividade que podem levar a menores custos logísticos dos terminais e de toda a cadeia logística.

159. Então, na medida que os armadores, altamente concentrados nas três alianças, têm sucesso em promover um processo de contínua redução de preços cobrados pelos terminais molhados, as estratégias destes últimos para se manter no mercado envolvem a alternativa de buscar ganhos de eficiência econômica, ou a alternativa de praticar preços acima do nível competitivo nos casos em que possuem poder de

mercado. A situação de deterem um virtual monopólio, caso possam justificar uma relação contratual com o proprietário do contêiner, é exatamente a situação em que podem explorar poder de mercado, por meio da exigência de um pagamento para a liberação do contêiner. Logicamente tal cobrança necessita de uma justificativa econômica para não ser classificada como ilegal pela autoridade antitruste. Nesse contexto é que deve ser entendida a cobrança do THC 2, que tem o agravante de se dar junto a um concorrente no mercado de armazenagem alfandegada. Ressalte-se que tal possibilidade não é apenas teórica, mas existem fortes evidências de que esteja ocorrendo na Austrália, como será mostrado na Subseção 7.4.2, a seguir.

160. Não cabe aqui analisar se os ganhos dos armadores estão de fato evoluindo para lucros extraordinários ou não, o ponto a frisar é que este processo pode ocorrer sem elevação de preços dos mesmos e estes podem ser indiferentes a movimentos de elevação de preços da cadeia *downstream* por práticas anticompetitivas. Isso porque podem entender que tal processo os beneficia indiretamente, na medida que podem prosseguir exigindo reduções de preços de forma a elevar suas margens sem inviabilizar mesmo os terminais ineficientes.
161. Obviamente uma empresa sempre tende a buscar a atuação em um mercado onde possui maior poder de mercado para obter lucros extraordinários ao invés de atuar em um mercado competitivo sem lucro econômico (o lucro além do dado pelo retorno usual do capital no mercado em questão). O longo histórico de problemas competitivos no SSE/THC 2 ilustra isso. Ocorre que a dinâmica do mercado mundial de armadores tende a potencializar esse processo mesmo que os terminais não possuam elevada lucratividade *global*. Isso porque as pressões dos armadores em exigir preços menores requerem que os terminais operem com mais eficiência econômica para um determinado patamar de Box Rate/THC, ou que busquem arcar seus custos explorando falhas de mercado. Além disso, na medida que os armadores se mostram altamente concentrados, um cliente individual não tem qualquer condição de ditar condições e exigir que se utilizem terminais que não aplicam o SSE/THC 2 ou que pratiquem menores preços no mesmo, consolidando mais ainda o

virtual monopólio do terminal diante do dono da carga. Frise-se que este problema potencial não está restrito ao SSE/THC 2, mas pode ocorrer com qualquer tipo de cobrança que venha a ser exigido dos donos da carga ou seus prepostos, incluindo no sentido exportador. O desafio para os terminais imporem tal tipo de cobrança é de que exista algum tipo de custo que possa ser imputado aos donos da carga e seus prepostos, mas não seja atribuível aos contratos com os armadores, que seguem um padrão mundial.

162. Assim, tal problema competitivo ocorre também com a “taxa de escaneamento de contêineres”⁶⁹. Trata-se de obrigação algo nova, que se relacionou inicialmente à exigência dos EUA de que 100% dos contêineres que cheguem àquele País sejam escaneados por motivo de segurança, obrigação que foi motivada pelos atentados do 11 de setembro de 2001, mas após sucessivos adiamentos só entrou em pleno vigor em 2018 e que passou a ser exigida por vários países⁷⁰. Ressalte-se que tal tipo de cobrança também foi objeto de condenação pelo CADE no processo citado acima do Tecon/Suape⁷¹ e tem sido objeto de reclamação pelos usuários dos portos⁷². O que importa aqui é enfatizar que o problema está na estrutura dos mercados envolvidos, que terminam por facilitar a atuação anticompetitiva dos terminais, sendo a cobrança específica de menor interesse.

163. Assim, não é a cobrança do SSE/THC 2 em si o problema, mas sim permitir uma relação monopolista quando as relações poderiam todas ocorrer em mercados competitivos sem maior necessidade de regulação. O caso da Austrália, a seguir, ilustrará a mesma dinâmica problemática, dada a estrutura dos mercados, porém com cobranças totalmente diversas, ilustrando o problema econômico de fundo que

⁶⁹ Tal nomenclatura é tecnicamente incorreta, na medida que não é uma “taxa”, que tem caráter tributário, tratando-se de mero preço. Utiliza-se a nomenclatura apenas porque esta cobrança ficou conhecida assim.

⁷⁰ Congressional Budget Office (2016). **Scanning and Imaging Shipping Containers Overseas: Costs and Alternatives**. Congress of the United States.

⁷¹ Processo 08700.005499/2015-51.

⁷² Agência Infra (2021). Usuport-BA obtém liminar para impedir cobrança por escaneamento de contêineres. 24/07/21. Disponível em: < <https://www.agenciainfra.com/blog/usuport-ba-obtem-liminar-para-impedir-cobranca-por-escaneamento-de-conteineres/> > . Acesso em 29/09/21.

resulta de permitir que relações comerciais se deem em ambiente monopolista, sem qualquer regulação da matéria, sendo o SSE/THC 2 apenas uma possibilidade de tal tipo de prática.

7.4.2 O CASO DA AUSTRÁLIA

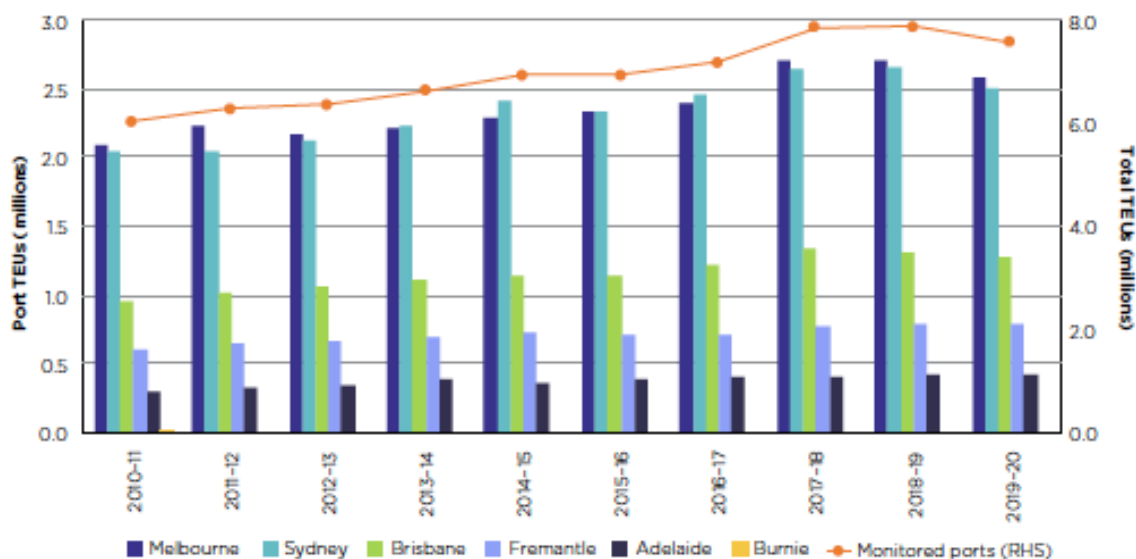
164. A Australian Competition & Consumer Commission – ACCC, por determinação governamental, emite anualmente um relatório de monitoramento dos operadores portuários/terminais que atuam na movimentação internacional de contêineres. O último relatório elaborado para a ACCC, publicado em outubro de 2019, cobre o período referente a julho de 2019 a junho de 2020 (o ano fiscal australiano)⁷³. Tal relatório traz grande riqueza de detalhes, incluindo preços praticados e taxa de retorno dos operadores portuários/terminais, sendo um de seus destaques o processo de elevação de preços que tem ocorrido nos últimos anos.

165. O relatório cobre os seis portos australianos que atuam ou atuavam no transporte internacional de contêineres: Melbourne, Sydney, Brisbane, Fremantle, Adelaide e Burnie⁷⁴. Inicialmente, cumpre destacar que o relatório aponta uma queda expressiva de volume, de 4% no período, que foi muito afetado pelo desempenho negativo no 1º semestre de 2020, em função dos efeitos da pandemia da Covid 19:

⁷³ Australian Competition & Consumer Commission - ACCC (2020). **Container stevedoring monitoring report 2019-2020**.

⁷⁴ O Porto de Burnie encerrou sua operação internacional de contêineres em 2011, assim o estudo apresenta dados deste port apenas para este ano.

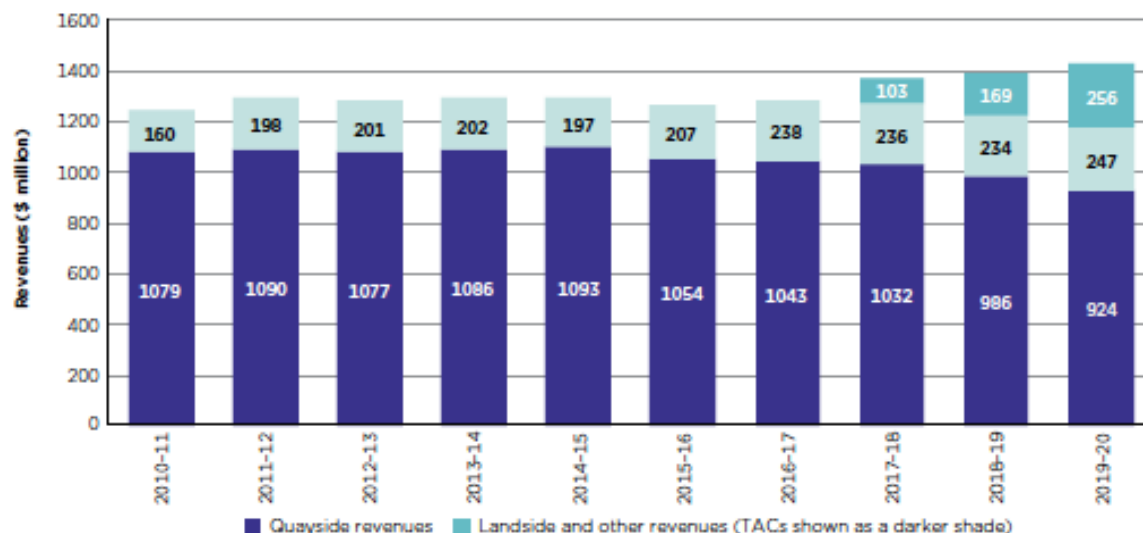
Figure 3.1: Container stevedoring throughput trends at monitored ports: 2010-11 to 2019-20



Fonte: Australian Competition & Consumer Commission - ACCC (2020). **Container stevedoring monitoring report 2019-2020**, p. 20.

166. Ocorre que, mesmo neste contexto de queda expressiva na demanda, o que se observou foi uma elevação da receita real dos terminais em 2019-2020, algo que já tinha acontecido nos três anos anteriores. Esse movimento recente inverte o que estava acontecendo em anos anteriores em que, apesar de elevações no volume, a receita real estava estagnada. O gráfico abaixo apresenta tais dados, bem como a divisão da receita dos terminais em valores cobrados dos armadores pela movimentação (*quayside revenues*) e dos operadores terrestres prepostos dos donos da carga e outros (*landside charges and other revenues*), sendo destacada desta última receita uma parcela específica (*Terminal Access Charges – TACs*) a partir de 2017-2018:

Figure 4.2: Total revenues in real terms: 2010-11 to 2019-20



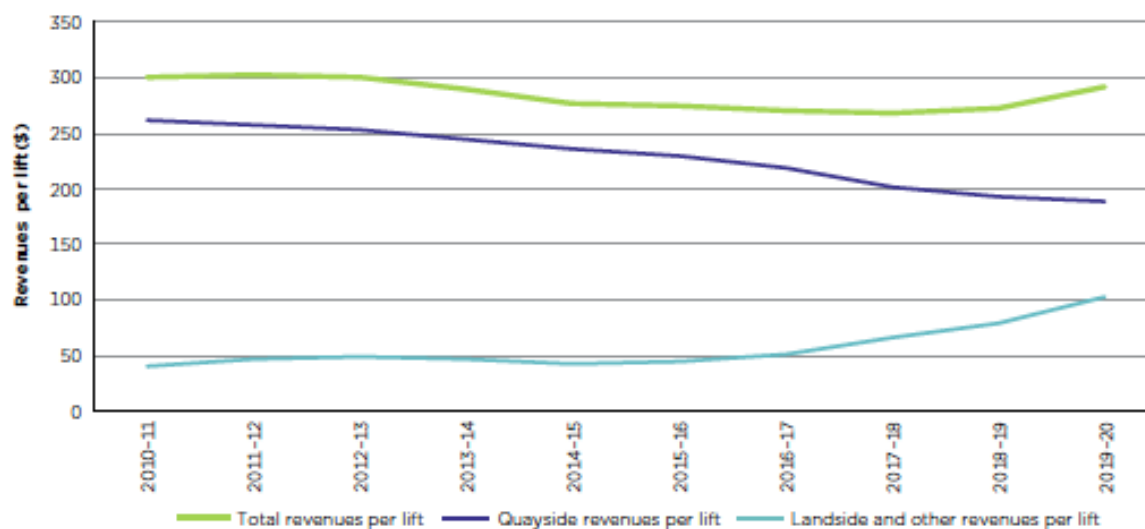
Note: TACs have been collected by container stevedores at some ports since 2011-12 and aggregated under landside and other revenues until 2016-17. Real values in 2019-20 dollars.

Fonte: Australian Competition & Consumer Commission - ACCC (2020). **Container stevedoring monitoring report 2019-2020**, p. 20.

167. Como se pode observar no gráfico acima, tem ocorrido uma queda contínua na receita real com os “*quayside revenues*” nos últimos anos, mas uma elevação substancial na receita com os “*landside charges and other revenues*”. Em particular para os anos em que foram destacados os TACs, se observa uma explosão no faturamento com tais tarifas.

168. Quando se considera o faturamento real dos terminais por contêiner, o movimento fica mais evidente:

Figure 4.3: Trends in revenues per lift in real terms: 2010-11 to 2019-20



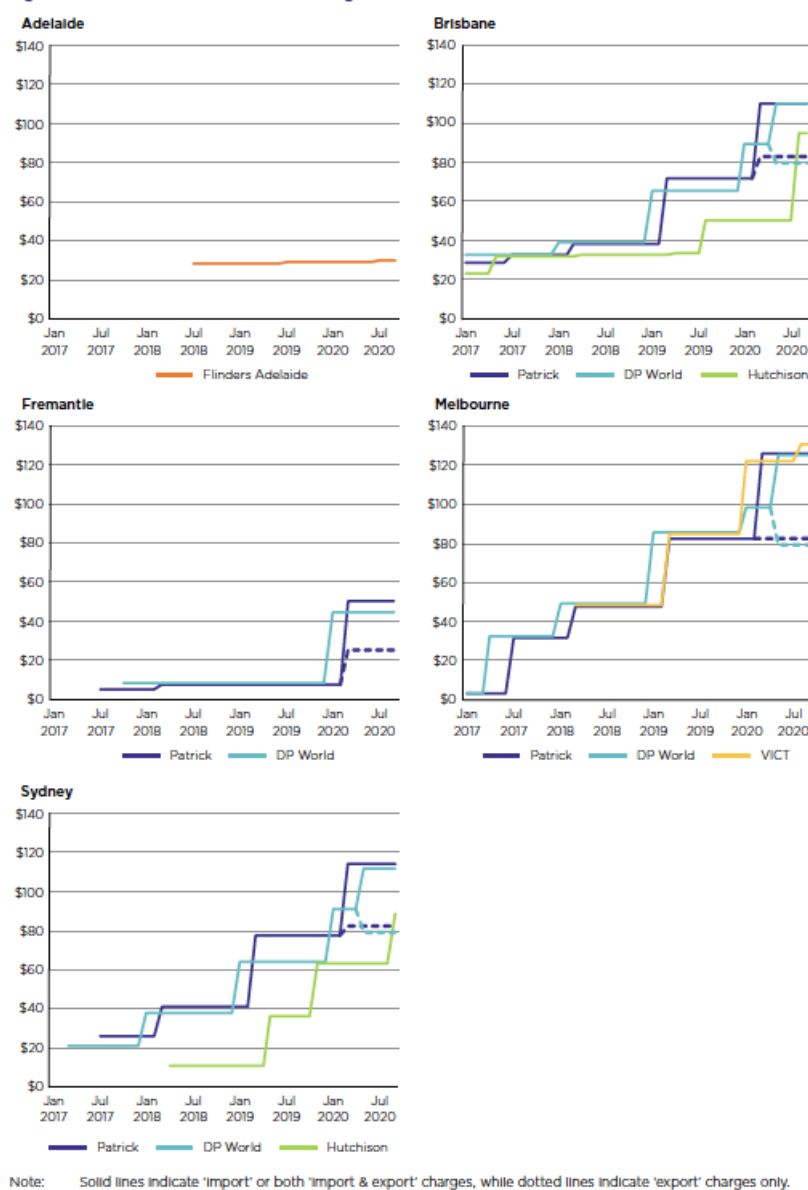
Note: Real values in 2019-20 dollars.

Fonte: Idem, p. 33.

169. A linha verde clara no gráfico acima representa o faturamento total por contêiner, sendo a linha azul escura o faturamento por contêiner com receitas junto aos armadores e a linha azul clara o faturamento por contêiner junto aos operadores terrestres e com outras receitas. O que se pode observar é que existe um nítido movimento de queda da receita por contêiner junto aos armadores por todo o período, o que levou a uma queda da receita total por contêiner até 2015-2016. Ocorre que a partir de 2016-2017 tem-se um movimento de expressiva elevação das receitas por contêiner com os valores cobrados junto aos operadores terrestres e demais receitas. De fato, tal movimento é tão expressivo que foi capaz de reverter a queda do faturamento total por contêiner dos terminais, mesmo em um quadro de continuidade dos valores cobrados por contêiner dos armadores.

170. O motivo para a elevação de receitas junto aos operadores terrestres é bastante claro e se refere a valores cobrados a título de “taxa de acesso aos terminais” (TACs). Tais cobranças que ou não existiam antes de 2017 ou eram muito reduzidas, passaram por uma explosão recente:

Figure 2.1: Increases in terminal access charges since 2017



Fonte: Idem, p. 33.

171. Como se pode ver nos gráficos, tais elevações são da ordem de centenas de pontos percentuais. Na Austrália, assim como no Brasil, os terminais operam com premissa básica liberdade de preços, de forma que não existe regulamentação do tipo tarifa teto para qualquer destas cobranças.

172. Um aspecto interessante é que nos dois últimos anos ocorreu uma diferenciação na tarifa cobrada no sentido exportador daquela cobrada no sentido importador por alguns terminais. O motivo apontado no relatório é que as cobranças estavam sendo prejudiciais à competitividade de exportadores de *commodities*, que por vezes usam contêineres, já que exportam produtos de baixo valor agregado em relação ao peso e volume, ao contrário das importações que seriam de alto valor agregado em relação ao peso (grifos nossos)⁷⁵:

A new development this year was that DP World and Patrick **began applying different charges depending on whether the container was for import or export**. This was in response to views that the charges **had a more notable impact on exporters**, especially primary producers exporting lower value products for a world market (such as containerised grain). Despite these different rates, exporters still generally faced a higher TAC at the end of 2019–20 than they did at the end of the previous year.

173. Assim, os terminais optaram por cobrar valores inferiores aos exportadores. Isso aponta para estratégia de cobrança de preço de reserva, independentemente dos respectivos custos, indicando a existência de elevado poder de mercado na relação.

174. Segundo os terminais, estas cobranças, entre outros custos, visariam remunerar investimentos que foram realizados na infraestrutura terrestre, elevação de custos com a área ocupada, bem como a compensar a queda de receita junto aos armadores, o que tem gerado preocupação das autoridades dos entes subnacionais dos portos em questão, que são responsáveis pela regulação dos mesmos (grifos nossos)⁷⁶:

Stevedores significantly increased their TACs in 2019-20, despite concern from both industry stakeholders and some state governments. TACs, formerly called infrastructure charges, are fees applied to trucks and trains for dropping off or picking up a laden container at the terminal.

While these charges were either non-existent or just a few dollars in all ports other than Brisbane prior to 2017, stevedores at the three largest ports of Melbourne, Sydney and Brisbane now have charges in excess of \$100 per full container. Table 2.2 shows the current charges for each stevedore across the

⁷⁵ Australian Competition & Consumer Commission - ACCC (2020). **Container stevedoring monitoring report 2019-2020**, p. 14.

⁷⁶ Idem p. 14.

different ports, while figure 2.1 charts the rapid rise in these charges over the last few years.

The stevedores have pointed to a number of reasons for the increase in these charges in recent years, with the most prominent being:

- **falling prices being charged to shipping lines because of both greater competition between stevedores and a stronger bargaining position of shipping lines as a result of industry consolidation**
- sustained and significant increases in their property-related costs
- the need to maintain adequate returns required to recover past investments and justify future investments in quayside and landside terminal facilities.

175. A ACCC relata com preocupação a mesma dinâmica de mercado que se apontou na Subseção 7.4: os terminais buscam obter receitas em um mercado de baixa competição, sujeito a cobranças do tipo “pegar ou largar” (um virtual monopólio), a fim de escapar do mercado altamente competitivo com receitas cadentes junto aos armadores (grifos nossos)⁷⁷:

Landside services to land transport operators

Cargo owners contract with land transport operators to deliver their containers to and from ports. Land transport of containers to and from Australia’s ports is facilitated primarily by trucks on road, while a smaller share is handled by rail.

Each stevedore is the sole provider of landside access to its respective terminal. They provide services such as receiving and delivering containers, yard services, storage, and other ancillary services to land transport operators. Stevedores use platforms such as the Vehicle Booking System (VBS) to allocate time slots for trucks to collect their cargo at the terminal. Rail operators are offered access via rail windows.

Stevedores have standard agreements in place with truck operators for access to their VBS. These agreements allow truck operators to access stevedore VBS platforms and book timeslots but they are unable to negotiate their own individual terms of access (including pricing). **Prices paid by land transport operators are overwhelmingly set on a take-it-or-leave-it basis**, however some are subject to oversight such as rail handling fees in some states.

(...)

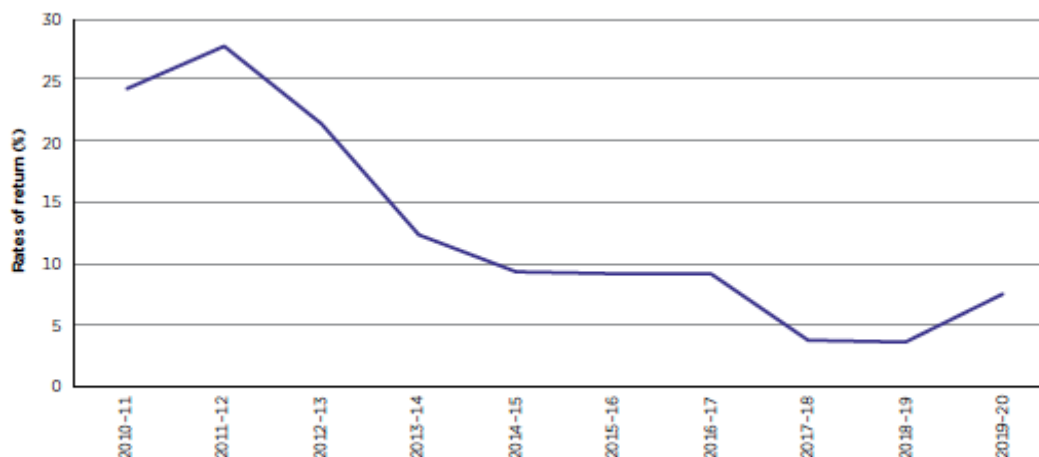
The ACCC’s view is that it is understandable for stevedores to seek to recover some costs from landside transport operators given these operators benefit from the investment that the stevedores undertake in their facilities. However, the use of TACs means that stevedores **are earning a growing proportion of their revenues from customers that are limited in being able to respond to those**

⁷⁷ Idem, p. 6-7 e p. 14.

charges, in contrast to the more directly competitive market in which stevedores provide services to shipping lines. In this scenario, there is a risk **that the stevedores will continue to increase their charges, and importers and exporters may pay even higher charges to receive or ship their goods.** The ACCC notes that any regulation of such landside charges would be a matter for state and territory governments.

176. Ressalte-se que tal movimento levou a alguma recuperação dos retornos dos terminais em 2019-2020, porém ainda bastante distantes daquelas observadas no início da década de 2010:

Figure 4.9: Return on average tangible assets: 2010-11 to 2019-20



Note: In calculating return on average tangible assets, neither EBITA nor asset values are indexed. Asset values recognise a write-down in the value of Hutchison's asset in both 2015-16 and 2018-19.

Fonte: Idem, p. 39.

177. Assim, tem-se com dados bastante consistentes a dinâmica descrita na Subseção 7.4.1: os terminais utilizam-se de elevações expressiva de preço para explorar uma relação com elevado poder de mercado (virtual monopólio). No entanto, dada o elevado poder de barganha dos armadores, os terminais não têm obtido retornos particularmente elevados com tal conduta, já que esta apenas reverte parcialmente a perda de rentabilidade anterior. Isto é, parecem estar ocorrendo práticas de abuso de posição dominante, mas, paradoxalmente, em um contexto em que a rentabilidade global dos terminais não apresenta evidência de lucros extraordinários.

178. Esta Subseção ilustrou uma dinâmica bastante semelhante ao que ocorre com o SSE/THC 2, mas com uma cobrança totalmente diversa. O ponto a enfatizar é que a estrutura dos mercados é a mesma, levando ao mesmo tipo de comportamento com outras cobranças. **Se tal comportamento que visa explorar poder de mercado poderia acontecer em qualquer circunstância, o movimento recente de redução de custos promovidos pelos armadores tende a potencializá-lo**, mesmo em um contexto em que não ocorrem necessariamente lucros extraordinários na receita global dos terminais. Caso estes lucros extraordinários ocorram, estes tenderão a se concentrar nos armadores.

7.4.3 EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL DA TOMADA DE SUBSÍDIOS

179. Conforme foi apontado na Subseção 7.3.1, na Tomada de Subsídios foi indicado por duas contribuições de igual teor que de que haveria, de fato, experiência internacional de cobrança similar ao THC 2 em três outros países: (a) Estados Unidos da América – EUA; (b) Chile e; (c) Uruguai.
180. Foi possível encontrar informações adicionais acerca das cobranças no caso dos EUA e do Chile. Estas de fato parecem envolver serviços que seriam semelhantes ao SSE/THC 2, como será relatado a seguir.
181. No caso dos EUA, tem-se que o Terminal APM do Porto de Los Angeles tem um serviço denominado “*peel off*”, descrito como (grifos nossos) ⁷⁸:

PEEL OFF OPERATION SERVICE FEE

Charged for Peel Off Service, defined as a pre-arrangement between trucking company or shipper and Terminal Management **whereby the trucking**

⁷⁸ APM Terminals Pacific LLC (2021). **Marine Teminal Operator Rate Schedule**. Port of Los Angeles Pier 400, p. 6. Disponível em: < <https://www.apmterminals.com/en/los-angeles/services/tariff> > . Acesso em 08/10/21.

company takes delivery of Containers as readily available in the front of designated container stack(s).

182. O serviço aqui é tratado como uma opção “expressa” fora do fluxo normal. Tal tipo de cobrança parece se alinhar ao descrito como sendo o SSE/THC 2 na Resolução Normativa nº 34/2019.

183. No caso do Chile, tem-se o serviço de “pronto despacho”. No caso do Porto de San Antonio, que é o maior porto de contêineres do Chile, descreve-se o serviço da seguinte forma (grifos nossos)⁷⁹:

PCE-E156: Pronto despacho.

Este es **un Servicio Especial que se presta a solicitud del Usuario y consiste en asignar un área exclusiva para la recepción y apilamiento separado de los contenedores** que sean requeridos para su posterior entrega según solicitud; por tratarse de un Servicio Especial, no se relaciona, con los movimientos o servicios incluidos en la Tarifa de Transferencia de Contenedores. Este servicio se prestará a solicitud expresa del importador, consignatario, armador o sus representantes. El

Servicio Incluye: asignación de un área exclusiva para el apilamiento de la carga más maquinaria necesaria para la recepción y despacho.

Forma de Cobro: por box.”

184. Aqui mais uma vez o serviço é tratado como uma opção “expressa” fora do fluxo normal. Porém, um ponto que chama a atenção de que no caso do Porto de San Antonio, é que o regulamento do Porto **exibe uma preocupação que a cobrança se dê apenas quando os navios permanecerem por menos tempo que no serviço normal, bem como uma aparente preocupação concorrencial com precificação discriminatória**⁸⁰:

PREMIOS POR PRONTO DESPACHO Y DESCUENTOS

Artículo 25.

⁷⁹ Puerto Central S. A. (2021). **Manual de Servicios**. Terminal Costanera – Espigón, p. 41. Disponível em: < <https://www.dpworld.com/san-antonio/-/media/project/dpwg/dpwg-tenant/americas/chile-country/san-antonio/media-files/services-manual/manual-de-los-servicios-puerto-central-sa-20210107.pdf?rev=3ddf4fe438f34452b92a267dc34adc29> > . Acesso em 08/10/21.

⁸⁰ Idem, p. 80.

PUERTO CENTRAL S.A. estará facultada para convenir con los Usuarios el pago de premios por un servicio expedito de Transferencia de Carga prestado en el Frente de Atraque, **definidos como Servicios de Pronto Despacho**. Con todo, si **el Tiempo de Ocupación de dicha nave es igual o mayor al que habría resultado si sus cargas hubieran sido transferidas a las velocidades de transferencia promedio indicadas en el Anexo 2 de este Manual de Servicios, no le será permitido cobrar tales premios**. Los acuerdos alcanzados en materia de premios estarán sujetos a la inspección de EPSA o de un auditor independiente elegido por EPSA si así lo solicitare PUERTO CENTRAL S.A., el cual será de costo de éste. **En todo caso, tales premios deberán ser establecidos en base a criterios objetivos –es decir, basado en costos – y no discriminatorios, debiendo incorporarse los acuerdos en que consten los mismos a las tarifas vigentes y públicas, de manera que todos los Usuarios que se encuentren en la misma situación puedan acceder a los servicios expeditos sujetos a premio.**

185. Assim, não fica inteiramente claro se o serviço é plenamente comparável ao SSE/THC 2, bem como se verifica que parece existe uma preocupação concorrencial com a cobrança no Porto de San Antonio, o que não se verifica para as demais tarifas, exceto para o caso da aplicação de descontos, onde existe dispositivo semelhante. Pode-se concluir de que parece existir uma percepção de que o pronto despacho é uma tarifa particularmente propensa a cobrança indevida, inclusive por motivos anticoncorrenciais.

186. Porém, da discussão acima o ponto a se salientar é **que mesmo que cobrança semelhante ao SSE/THC 2 exista em outros países de fato** (e seria necessário verificar se realmente as mesmas são idênticas em todos os aspectos, o que foge ao escopo deste Parecer), **a questão subjacente da estrutura dos mercados não se altera**. De fato algo que não parece controverso, é que o armador escolhe o terminal portuário, ao menos para a quase totalidade dos donos de carga. Situação excepcional ocorre com aqueles que operam em volumes muito expressivos (muitos clientes desse tipo tenderem a contar com TUPs e navios dedicados, inclusive próprios), nesse caso, a relação entre dono da carga, ou seus prepostos, e o terminal portuário é monopolista.

187. **Relações monopolistas tornam muito elevada a probabilidade de abuso de posição dominante, ainda mais em uma relação envolvendo um concorrente**

em um mercado *downstream*. Como apontado pelo caso da Austrália da Subseção anterior, a cobrança em si é menos importante do que os incentivos decorrentes da estrutura dos mercados envolvidos.

7.4.4 CONCLUSÕES SOBRE A DINÂMICA CONCORRENCIAL DOS MERCADOS ENVOLVIDOS

188. A questão da legalidade *per se* ou não da cobrança do SSE/THC 2 é de suma importância para discussão da matéria no CADE e Poder Judiciário, porém independe da questão econômica de fundo. Em essência, a questão da legalidade *per se* é se a mesma ocorre em *inerente* duplicidade ou não. Superada a possibilidade de duplicidade *inerente*, a partir da observância estrita dos respectivos contratos às definições da Resolução ANTAQ nº 34/2019, a possibilidade de duplicidade pode ainda existir no caso concreto, a depender do teor dos contratos, serviços prestados e respectivos custos. No entanto, independentemente de ilegalidade *per se* ou de duplicidade de cobrança no caso concreto, a dinâmica concorrencial subjacente permanece a mesma e se relaciona com a estrutura dos mercados envolvidos. Assim, **mesmo sem qualquer duplicidade de cobrança, o contexto é que o terminal molhado tem poder de mercado sobre o terminal seco e incentivo para explorá-lo uma vez que ambos são concorrentes em alguns serviços. Opções regulatórias que desconsideram essas estruturas de mercado e respectivos incentivos tendem a cercear a concorrência entre os referidos agentes.**

189. Uma escolha regulatória que termina por limitar a competição, consoante ao disposto na Lei nº 13.784/2019 (Lei de Liberdade Econômica), só deveria ser realizada mediante justificativa legalmente amparada, por exemplo, invocando uma isenção antitruste, **o que não ocorreu no caso em tela.** Pelo contrário, um dos princípios da Lei nº 12.815/2013 (Lei de Portos) é a competição com garantia de amplo acesso, **sendo a liberdade de preços vinculada à repressão de práticas prejudiciais à competição e o abuso de poder econômico** (grifos nossos):

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

(...)

V - **estímulo à concorrência**, por meio do incentivo à participação do setor privado e da garantia de amplo acesso aos portos organizados, às instalações e às atividades portuárias; e

VI - **liberdade de preços** nas operações portuárias, **reprimidos qualquer prática prejudicial à competição e o abuso do poder econômico**,

190. Se a regulação determinasse que todos os custos relativos à movimentação vertical e horizontal estivessem incluídos nos preços praticados junto aos armadores (Box Rate e THC, no que couber), de modo que a livre relação comercial entre armadores e terminais portuários definisse a remuneração desses custos, não seria necessária qualquer regulação de preços na grande maioria dos casos. Isso porque esses preços seriam definidos a partir de negociação de mercado entre as partes envolvidas, no caso, entre os armadores e os terminais portuários.

191. Não só esta solução competitiva não foi considerada pela ANTAQ, como ocorreu ampla intervenção nos mercados regulados ditando termos contratuais, pois a simples continuidade das práticas comerciais anteriores tenderia a levar a condenações sistemáticas no CADE, na medida que os termos dos contratos entre armadores e terminais já incluíam todos os serviços de movimentação horizontal na leitura da autoridade antitruste. Em outras palavras, foi necessário que ocorresse intervenção da Agência para que fosse viabilizado um mercado monopolista, já que a manutenção do *status quo* anterior à regulação tenderia a levar a condenações sistemáticas pelo CADE por ilegalidade *per se* na cobrança do SSE/THC 2.

192. Além disso, mesmo que a caso a ANTAQ justificasse tal escolha pela menor competição, tendo em vista outras previsões legais, **esta deveria ser acompanhada de um regime regulatório apropriado**. Tendo em vista que o SSE/THC 2 é prestado em regime de virtual monopólio, a opção da ANTAQ por um regime de regulação *ex post* não se justifica economicamente porque não incentiva a eficiência do terminal portuário e compromete o bem-estar do consumidor de seus serviços. Conforme já

foi apontado por esta SEAE em manifestação recente⁸¹, um regime de tarifa teto (*price cap*) consiste em opção regulatória mais apropriada:

67. Na hipótese de que a ANTAQ fundamente a cobrança em separado do SSE, recomenda-se que o mecanismo de *price cap* seja adotado de forma a considerar especificidades de custos regionais e técnicas, apresentando a metodologia contendo os “drivers” de regionalização.

68. E que o valor do *price cap* seja definido em ação regulatória *ex-ante*, por tratar de situações reais, com grande assunção de litígios administrativos e jurídicos, bem como pelos comentados incentivos para imposição de barreiras à entrada e outras ações de natureza anticoncorrencial. Além dos problemas de efetividade e conflitos institucionais esperados da proposta de regulação *ex-post* que foram comentados neste documento.

193. Acrescente-se que a eventual implantação de um regime regulatório de tarifa teto deve ser acompanhado, além do sugerido na manifestação acima da SEAE, de uma rigorosa contabilidade de custos não só do SSE, mas do *Box Rate*, THC e dos custos do serviço de armazenagem alfandegada prestado pelo terminal molhado. Tal precaução é necessária para evitar a prática de duplicidade de cobrança que tem ocorrido ao longo dos litígios envolvendo o SSE/THC 2, incluindo a condenação mais recente do CADE no caso do Tecon/Suape em fevereiro de 2021. Além disso, a eventual implantação de tal regime de tarifa teto deveria, necessariamente, **abarcas todas as cobranças obrigatórias** realizadas junto aos donos das cargas e seus prepostos, tais como os terminais retroportuários alfandegados, **seja na importação ou exportação**. Isso a fim de evitar outras cobranças em regime de virtual monopólio.

194. Assim, em vista do exposto quanto à dinâmica dos mercados envolvidos, de forma geral pode-se afirmar que a opção mais apropriada seria que a regulação direcionasse as transações no transporte aquaviário para que ocorressem em ambiente competitivo, com todos os custos relativos à movimentação vertical e horizontal incluídos nos preços praticados junto aos armadores (*Box Rate* e THC, no

⁸¹ Parecer SEI nº 5472/2021/ME, de 14 de abril de 2021, p. 9.

que couber), de modo que a livre negociação de mercado entre armadores e terminais portuários definisse a remuneração desses custos.

195. Caso ocorra a opção por permitir relações em virtual monopólio, no caso, possibilitando o terminal molhado utilizar poder de mercado para remunerar parte de seus custos, tal opção deve ser justificada economicamente para explicitar o ganho para a coletividade que compensaria o prejuízo à concorrência e ao bem-estar do consumidor dos serviços em tela. Ademais, para implementar a opção por comprometer a concorrência entre terminais molhados e secos decorrente, deve ser utilizado um regime regulatório de tarifa teto (*price cap*) para que se possa mitigar o referido abuso de poder de mercado e incentivar minimamente a eficiência. A seguir se especificará mais o caso concreto objeto do FIARC e o posicionamento oficial da SEAE.

7.5 ANÁLISE ESPECÍFICA DO CASO FIARC

7.5.1 DEFINIÇÃO E DELIMITAÇÃO DO MERCADO RELEVANTE

196. A delimitação do mercado relevante é uma das etapas mais importantes da análise concorrencial, dada a sua capacidade de agregação de informações concorrencialmente relevantes. O conceito de mercado relevante é crucial para a análise dos potenciais efeitos anticompetitivos de operações que impliquem concentração de mercado e/ou de condutas praticadas por empresas supostamente detentoras de poder de mercado⁸². De modo simétrico, a sua delimitação exige uma análise aprofundada sobre o contexto e a realidade concorrencial do mercado em análise. No que tange à promoção ou advocacia da concorrência, as informações obtidas com a delimitação do mercado auxiliam na orientação de ações que visem estimular a concorrência no setor.

197. Para definição do mercado relevante utiliza-se o conceito de “teste do monopolista hipotético”. Isto delimita o mercado relevante, de forma que um monopolista hipotético fosse capaz de realizar uma elevação de preços reduzida, porém significativa e não transitória, elevação esta conhecida pela sigla em inglês SSNIP⁸³. De forma mais precisa, conforme definido em publicação do CADE⁸⁴:

Teste do monopolista hipotético (TMH)

O TMH é empregado para auxiliar na definição do MR equiparando-o ao menor grupo de produtos e à menor área geográfica necessária para que um ofertante único hipotético esteja em condições de impor um SSNIP. O instrumental analítico utilizado envolve a avaliação da reação do consumidor ao hipotético aumento de preços. A partir daí, procura-se aferir o grau de substitutibilidade entre bens ou serviços para a definição do mercado relevante.

⁸² Possas, Mario Luiz. **Os Conceitos de Mercado Relevante e de Poder de Mercado no Âmbito da Defesa da Concorrência**. Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ. Instituto de Economia (IE). Disponível: <http://www.ie.ufrj.br/grc/pdfs/os_conceitos_de_mercado_relevante_e_de_poder_de_mercado.pdf>. Acesso em: 29 de maio de 2021.

⁸³ Small but Significant and Non-transitory Increase in Price.

⁸⁴ Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE (2016). **Guia – Análise de Atos de Concentração Horizontais**, p. 17.

Considera, inicialmente, os bens produzidos e vendidos pelas empresas participantes da operação e toda a extensão territorial em que essas empresas atuam.

Passa-se, então, para conjuntos sequencialmente mais amplos de produtos e mercados geográficos até o momento em que se defina um mercado no qual seria possível um “pequeno, porém significativo e não transitório” aumento dos preços (SSNIP) para um suposto monopolista destes bens nesta área.

Se o resultado for tal que o suposto monopolista não considere o aumento de preços rentável, então será acrescentado à definição do MR o produto que for o seu mais próximo substituto e/ou adicionada à região de onde provêm os produtos em questão (seus substitutos próximos em dimensão espacial).

O primeiro grupo de produtos e localidades identificado será o menor grupo de produtos e localidades necessário para que um suposto monopolista esteja em condições de impor um SSNIP, sendo este o MR delimitado, em sua dimensão geográfica e do produto. Caso exista informação suficiente, o Cade utiliza-se da metodologia da “perda crítica” para implementar o TMH. Entretanto, mesmo que não se utilize o TMH, a lógica do referido teste deve estar sempre presente no âmbito da escolha do MR, isto é, deve-se tentar identificar os produtos e as regiões geográficas que possam limitar a capacidade de decisão da nova firma criada quanto a preços e quantidades

198. Assim, quanto a dimensão de produto do mercado relevante, assim como já foi apontado na Subseção 7.4.1 acima e seguindo a jurisprudência do CADE⁸⁵, tem-se dois mercados: (a) mercado de movimentação de contêineres no porto (mercado *upstream*, desenvolvido pelos operadores portuários/terminais); (ii) mercado de armazenagem alfandegada de contêineres (mercado *downstream*, com atuação dos terminais molhados e secos).

199. O THC 2/SSE envolve ambos os mercados, na medida que existe uma relação vertical entre eles. Conforme apontado nas decisões do CADE⁸⁶ e ao longo deste Parecer, existe uma relação de dependência entre os mercados, sendo que o mercado de movimentação dos contêineres *upstream* fornece insumo essencial, infungível, da qual depende o mercado de armazenagem alfandegada *downstream*.

200. De forma geral, pode-se definir que o mercado portuário conta pouca concorrência dos demais modais de transporte e que na dimensão geográfica do

⁸⁵ Vide o Voto do Relator (parágrafos 224-235) no processo do Tecon Suape julgado em 2021 para um exemplo recente - processo 08700.005499/2015-51.

⁸⁶ Idem.

terminal portuário na atividade de movimentação de contêineres como sendo a Zona de Influência do Complexo Portuário em questão. O conceito de Zona de Influência de um porto abrange as localidades para os quais o porto apresenta opção viável para o tipo de carga envolvida, o que depende de diversos fatores, tais como distância e disponibilidade de infraestrutura logística apropriada, por exemplo, rodovias ou ferrovias.

201. Assim os mercados relevantes envolvendo o SSE e THC 2 são: (i) o mercado de movimentação de contêineres advindos do transporte aquaviário de longo curso (internacional) nas instalações portuárias; e (ii) os mercados de armazenamento alfandegado. Ambos definidos no sentido importador e tendo como dimensão geográfica na Zona de Influência de cada Complexo Portuário.

7.5.2 AVALIAÇÃO DA CONCORRÊNCIA (CHECKLIST DA OCDE)

202. Segundo a metodologia de análise de impacto concorrencial da OCDE⁸⁷, um conjunto de questões devem ser verificadas na análise do impacto de políticas públicas sobre a concorrência. O impacto competitivo poderia ocorrer por meio de quatro efeitos:

- **1º efeito – limitação no número ou variedade de fornecedores, provável no caso da política proposta:**
 - i. Conceder direitos exclusivos a um único fornecedor de bens ou de serviços;
 - ii. Estabelecer regimes de licenças, permissões ou autorizações como requisitos de funcionamento;
 - iii. Limitar a alguns tipos de fornecedores a capacidade para a prestação de bens ou serviços;
 - iv. Aumentar significativamente os custos de entrada ou saída no mercado; e,
 - v. Criar uma barreira geográfica à aptidão das empresas para fornecerem bens ou serviços, mão-de-obra ou realizarem investimentos.
- **2º efeito – limitação da concorrência entre empresas, provável no caso da política proposta:**

⁸⁷ Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE (2017). **Guia de Avaliação da Concorrência**. Versão 3.0. Disponível em: < <http://www.oecd.org/daf/competition/49418818.pdf> >

- i. Limitar a capacidade dos vendedores de fixar os preços de bens ou serviços;
 - ii. Limitar a liberdade dos fornecedores de fazerem publicidade ou marketing dos seus bens ou serviços;
 - iii. Fixar padrões de qualidade do produto que beneficiem apenas alguns fornecedores ou que excedam o nível escolhido por determinados consumidores bem informados; e
 - iv. Aumentar significativamente o custo de produção para apenas alguns fornecedores (especialmente dando tratamento diferente aos operadores históricos e aos concorrentes novos).
- **3º efeito – diminuir o incentivo para as empresas competirem, prováveis no caso da política proposta:**
 - i. Estabelecer um regime de autorregulamentação ou de corregulamentação;
 - ii. Exigir ou estimular a publicação de dados sobre níveis de produção, preços, vendas ou custos das empresas; e,
 - iii. Isentar um determinado setor industrial ou grupo de fornecedores da aplicação da legislação geral da concorrência;
 - **4º efeito– Limitação das opções dos clientes e da informação disponível, provável no caso da política proposta:**
 - i. Limitar a capacidade dos consumidores para escolherem o fornecedor;
 - ii. Reduzir a mobilidade dos clientes entre fornecedores de bens ou serviços por meio do aumento dos custos, explícitos ou implícitos, da mudança de fornecedores; e,
 - iii. Alterar substancialmente a informação necessária aos consumidores para poderem comprar com eficiência.

203. Considerando o discutido ao longo deste Parecer, pode-se afirmar que a Resolução Normativa ANTAQ nº 34/2019, ao permitir a cobrança do SSE/THC 2, estabelecendo relação comercial em virtual monopólio entre o terminal molhado e o dono da carga ou seus prepostos tais como o terminal seco, ainda mais sem uma regulação *ex ante*, termina por criar os seguintes efeitos anticoncorrenciais da lista acima em prejuízo potencial do bem-estar do consumidor: (1º), (iii) Limitar a alguns tipos de fornecedores a capacidade para a prestação de bens ou serviços; (iv) Aumentar significativamente os custos de entrada ou saída no mercado (2º) (iv) Aumentar significativamente o custo de produção para apenas alguns fornecedores (especialmente dando tratamento diferente aos operadores históricos e aos concorrentes novos).

7.5.3 ESTIMATIVA QUANTITATIVA DO PREJUÍZO À CONCORRÊNCIA

204. A fim de ilustrar o impacto do SSE/THC2 sobre os custos da cadeia logística do transporte internacional de contêineres, procede-se a seguir a uma estimativa do impacto quantitativo da permissão de cobrança do SSE/THC 2 em condições não competitivas. Para tanto se utiliza metodologia já desenvolvida pela ANTAQ em Análise de Impacto Regulatório – AIR de 2020⁸⁸, apenas realizando algumas atualizações e ajustes, como será detalhado a seguir. O objetivo deste exercício é dar ordem de grandeza aos prejuízos à concorrência e, por consequência, aos custos logísticos excessivos da cadeia que terminam por prejudicar o consumidor final, a fim de obter uma referência para indicar a relevância econômica das práticas envolvidas.
205. Não obstante a opção presente na Resolução Normativa ANTAQ nº 34/2019 pela possibilidade de regulação de preços apenas de forma apenas *ex post* pela Agência, a área técnica da ANTAQ, na AIR⁸⁹ em comento, inserida no processo de regulamentação do parágrafo único do art. 9º da referida Resolução, também avaliou a opção de regulação de preço *ex ante*, do tipo tarifa teto (*price cap*). Nesse sentido, foi desenvolvida parcialmente uma metodologia de tarifa teto, estabelecendo qual seria o preço eficiente (em um mercado competitivo) para cobrança do SSE/THC 2, na qual a opção foi por estabelecer uma tarifa teto nacional e não regional.
206. Conforme apontado na AIR, para calcular a ineficiência e perda de bem-estar do consumidor (perda de peso morto) resultante dos preços acima do ineficiente seriam necessárias diversas informações que não são de fácil obtenção, mas é possível obter uma ideia da ineficiência envolvida utilizando uma estimativa de “sobrefaturamento” setorial:⁹⁰

⁸⁸ Agência Nacional de Transportes Aquaviários (2020). **Análise de Impacto Regulatório - Do Preço-Teto para o SSE e de uma Franquia para Cargas. Proposta de critérios a serem utilizados para identificação de abusos ilegais nas cobranças em terminais de contêineres.** Plano de Trabalho GRP SEI 0875650. Acórdão nº 69-2019-ANTAQ SEI 0840591. Janeiro, 2020.

⁸⁹ Idem, p. 60-70.

⁹⁰ Idem, p. 67-70.

Uma vez encontrado o preço máximo eficiente para o SSE, podemos avaliar quais têm sido as eventuais receitas extraordinárias auferidas com o SSE.

Os preços praticados acima do nível eficiente são considerados ineficiências, sobrepreços do monopolista, ou melhor, uma captura extraordinária de renda e de bem-estar do consumidor, situação que a microeconomia denominada de Peso Morto.

(...)

A ineficiência do monopolista está na perda de peso morto do monopólio, que mede o valor da produção que deixa de ser gerada aos preços de quanto as pessoas estão dispostas a pagar, ou seja, representa o contingente de consumidores para os quais o valor do bem é maior que o Custo Marginal (CMg), mas não compram o produto.

Nesse contexto, a imposição de preço-teto aos produtores geralmente tem efeito contrário à imposição de preço-piso (ou preço mínimo). Via de regra, o preço-teto aumenta a quantidade demandada (ou seja, um ganho de bem-estar do lado do consumidor). Consequentemente, no presente caso, não há de falarmos de perdas para os empresários e investidores nos terminais molhados, e sim ganho de bem-estar ao consumidor, conjugada à retomada da condição eficiente.

(...)

O ideal, conceitualmente, seria obtermos a Perda de Peso Morto. Há certamente uma perda de peso morto setorial neste caso – o preço-teto aumentaria, em tese, a quantidade de transações no mercado.

(...)

Contudo, para estimar a perda de peso morto, seria necessário sabermos mais pontos da curva de demanda no mercado de armazenagem alfandegada de contêineres, para determinarmos a quantidade eficiente. O conhecimento da curva da demanda é vital para declararmos o real impacto de um “preço eficiente para o SSE” na quantidade demandada.

(...)

Por outro lado, sendo inviável a parametrização com precisão do peso morto, uma boa noção da perda de eficiência obtemos com o cálculo do “sobrefaturamento” setorial.

A tabela a seguir demonstra qual tem sido, aproximadamente, o sobrefaturamento proporcionado anualmente pelas instalações portuárias mediante a livre e indiscriminada cobrança de SSE, sem qualquer franquia ou preço-teto. O sobrefaturamento setorial seria eliminado de uma única vez se o preço-teto pelo custo médio eficiente fosse imposto imediatamente para todos os terminais, ou bastante reduzido ou mitigado se o preço-teto fosse adotado em um período razoável de tempo.

207. Assim, a partir do estabelecimento de estimativa da tarifa teto no valor eficiente, foi possível na AIR comparar tal valor com o praticado pelos terminais efetivamente, considerando que o sobrepreço ocorreria em virtude da cobrança se dar em um virtual monopólio conforme explicitado ao longo deste Parecer. Foi

utilizada como referência de preços a cobrança do serviço no regime de trânsito aduaneiro DTA⁹¹, que envolve a suspensão de tributos no envio para outra unidade jurisdicionada da Receita Federal do Brasil que não a do porto molhado em questão. Em seguida, a Agência estimou a participação dos terminais secos no fluxo total de importação de contêineres cheios (a partir da estimativa de % de contêineres cheios desembarcado que utilizam o regime DTA) e com isso fez uma estimativa do sobrecusto total anual imputado aos terminais secos pelos terminais molhados se aproveitando de sua posição dominante:

Tabela 2 - Sobrefaturamento gerado pelos preços excessivos de SSE

Período: 2016 a 2018 (média)	
Total de Contêineres Cheios Desembarcados nos portos brasileiros (longo curso), anual	1.113.017
% Com trânsito aduaneiro (média nacional)	41%
Subtotal de Contêineres DTA anual	456.337
Preço Médio do DTA (R\$)	1.175,59
Preço Eficiente para o SSE (R\$)	384,58
Sobrep preço médio no SSE (R\$)	R\$ 791,01
Sobrefaturamento setorial anual (R\$)	360.968.284,43
Sobrep preço pago para cada container cheio desembarcado no Brasil (R\$)	324,32

Sendo que:

Superfaturamento setorial com o SSE = (Preço Médio do SSE - Preço Eficiente para o SSE) * (Subtotal de contêineres DTA)

Subtotal de contêineres DTA = (Total de Contêineres cheios desembarcados no longo curso) * (% com trânsito aduaneiro)

Fonte: Agência Nacional de Transportes Aquaviários (2020). **Análise de Impacto Regulatório - Do Preço-Teto para o SSE e de uma Franquia para Cargas. Proposta de critérios a serem utilizados para identificação de abusos ilegais nas cobranças em terminais de contêineres.** Plano de Trabalho GRP SEI 0875650. Acórdão nº 69-2019-ANTAQ SEI 0840591. Janeiro, 2020, p. 71.

208. Ressalte-se que consultando os números do Estatístico Aquaviário da ANTAQ⁹² o cálculo acima considerou apenas os portos públicos sem levar em conta

⁹¹ Fazendo referência à “Declaração de Trânsito Aduaneiro – DTA”.

⁹² Agência Nacional de Transportes Aquaviários (2021). **Estatístico Aquaviário 2.1.4.** Disponível em <anuario.antaq.gov.br> Acesso em: 17/11/21.

os TUPs. Tal opção não foi explicitada ou justificada, ficando a dúvida se a mesma foi proposital ou não. Tendo em vista que se considerou também preços praticados nos TUPs ao que parece ocorreu algum erro na elaboração dos dados.

209. A fim de atualizar monetariamente o número da ANTAQ, bem como incluir os TUPs, utilizou-se a metodologia da ANTAQ considerando os dados de recebimento de contêineres cheios na navegação de longo curso (importação) para os anos de 2019, 2020 e 12 meses encerrados em setembro de 2021⁹³. Nesse valor também foram considerados os TUPs, ao contrário do valor calculado pela ANTAQ, supondo que tal omissão não foi proposital e deveria ser considerada. Além disso, atualizou-se todos os preços pela Índice de Preços ao Consumidor Amplo – IPCA para termos valores a preços de outubro de 2021, considerando que os cálculos da área técnica da ANTAQ se refletiam os preços com base na posição de outubro de 2019⁹⁴. Abaixo se apresenta a memória de cálculo:

	2019	2020	2021 (12 meses até set)
Total de Contêineres Cheios Desembarcados nos portos brasileiros (longo curso), anual	1.642.402	1.567.906	1.817.220
% Com trânsito aduaneiro (média nacional)	41%		
Subtotal de Contêineres DTA anual	673.385	642.841	745.060
Preço Médio do DTA (R\$ de out/2021)	1.352,04		
Preço Eficiente para o SSE (R\$ de out/2021)	384,58		
Sobrepço médio no SSE (R\$ de out/2021)	967,46		
Sobrefaturamento setorial anual (R\$ milhões de out/2021)	651	622	721
Sobrefaturamento setorial anual médio 2019/2020 (R\$ milhões de out/2021)	664,73		

Fonte: Elaboração própria a partir dados de Agência Nacional de Transportes Aquaviários (2021). **Estatístico Aquaviário 2.1.4**

⁹³ Idem.

⁹⁴ Agência Nacional de Transportes Aquaviários (2020). **Análise de Impacto Regulatório - Do Preço-Teto para o SSE e de uma Franquia para Cargas. Proposta de critérios a serem utilizados para identificação de abusos ilegais nas cobranças em terminais de contêineres**. Plano de Trabalho GRP SEI 0875650. Acórdão nº 69-2019-ANTAQ SEI 0840591. Janeiro, 2020., Tabela 5, p. 68.

210. Assim, tem-se que pela metodologia da Antaq com os ajustes apontados acima, ocorre no mercado de transporte aquaviário internacional de contêineres no sentido importador uma substancial elevação de custos artificialmente imputados aos terminais secos pelos terminais molhados que se expressa na forma do sobrefaturamento setorial estimado, na casa de seiscentos e sessenta milhões de reais anuais. Não obstante as limitações do exercício acima, este valor se mostra expressivo e, portanto, economicamente relevante.

7.5.4 RECOMENDAÇÕES DE APRIMORAMENTO REGULÁTÓRIO PARA INCREMENTAR A CONCORRÊNCIA

211. Definiu-se na Seção 7.4 que os mercados relevantes de interesse para o SSE/THC 2 são: (i) o mercado de movimentação de contêineres advindos do transporte aquaviário de longo curso (internacional) nas instalações portuárias; e (ii) os mercados de armazenamento alfandegada, ambos definidos no sentido importador e tendo como dimensão geográfica na Zona de Influência de cada Complexo Portuário. Tendo em mente os mercados relevantes envolvidos, **o mercado de movimentação de contêineres no Brasil pode ser considerado como em geral competitivo, a depender do Complexo Portuário** tendo em vista a concorrência inter e intraporto, especialmente esta última, bem como o poder de oligopsônio dos armadores. Já no caso de uma eventual relação comercial entre terminal portuário molhado e terminal seco na importação de contêineres, tal como na cobrança de SSE/THC 2, **na prática não existe competição, ocorrendo esta relação em virtual monopólio.**

212. Conforme foi apontado ao longo deste Parecer, a questão econômica essencial acerca da cobrança do SSE/THC 2 permanece inalterada desde o início da controvérsia concorrencial envolvendo esta cobrança: existe virtual monopólio no fornecimento de um insumo essencial, para o mercado de armazenagem alfandegada,

qual seja, o fornecimento dos serviços oferecidos pelos terminais portuários/operadores portuários para carregamento e descarregamento de determinado contêiner ou conjunto de contêineres nas instalações portuárias. Isso ocorre na medida que o importador ou seus prepostos para determinado tipo de carga, tais como os terminais alfandegados retroportuários, necessitam do(s) contêiner(es) que está(ão) sob o controle do terminal, tratando-se o(s) mesmo(s) de bem(ns) infungível(is).

213. Mesmo que a cobrança do SSE/THC 2 possa ser considerada legal e se dar sem qualquer duplicidade de cobrança, tal problema econômico central permanecerá. Assim, mesmo que a Resolução Normativa ANTAQ nº 34/2019 viabilize a legalidade da cobrança junto ao Tribunal Administrativo do CADE e ao Poder Judiciário, a estrutura econômica subjacente potencializa a possibilidade de problemas concorrenciais que comprometem o bem-estar do consumidor. Na verdade, a menor probabilidade de condenação administrativa ou judicial significará uma maior probabilidade de tais práticas.
214. Conforme enfatizado ao longo de toda a discussão envolvendo o SSE/THC 2: os terminais molhados detêm poder de mercado diante dos terminais secos e têm ampla motivação para explorá-lo, seja para obter maior receita, seja para elevar artificialmente os custos de seus concorrentes no mercado de armazenagem alfandegada. Assim, existe oportunidade e racionalidade no exercício de conduta anticoncorrencial e prejudicial ao consumidor.
215. Se o mercado relevante para efeito dos casos de THC 2 se dá na importação de contêineres, na verdade, como ilustra a experiência australiana, esse virtual monopólio existe potencialmente também na exportação, desde que o terminal possa justificar a cobrança, já que em ambos os casos, importação e exportação, a escolha do terminal se dá pelo armador e não pelo dono da carga. Em ambas as situações se trata de uma relação “pegar ou largar” para o dono da carga, já que este só pode enviar

ou receber a carga se pagar ao terminal (supondo que este consiga justificar economicamente a cobrança).

216. Além disso, conforme apontado ao longo da Seção 7.4 mesmo que os terminais não estejam com margens elevadas como um todo, isto não significa que não estejam ocorrendo práticas anticoncorrenciais, cujo efeito final podem ser maiores custos logísticos do que poderiam existir com competição, significando maiores preços ao consumidor final. Na verdade, eventual queda de margens dos terminais pode se relacionar ao processo de redução de custos na cadeia logística de transporte aquaviário internacional e que potencializam a possibilidade de práticas anticompetitivas de terminais ineficientes que tenham dificuldade em manter sua rentabilidade. Não cabe à política pública, a manutenção de reserva de mercado que premie tais terminais ineficientes, impedindo reduções dos custos logístico totais, quando não existe previsão legal que justifique tal escolha por prejudicar a competição.

217. Diante do exposto, a atual regulação promovida pela Resolução Normativa ANTAQ nº 34/2019 se mostra lesiva à concorrência no mercado de armazenagem alfandegada. Assim, para corrigir o problema concorrencial identificado e seus efeitos potenciais sobre o bem-estar do consumidor, se vislumbram dois caminhos regulatórios possíveis: (i) determinar que todos os custos relativos à movimentação horizontal e vertical devem estar incluídos no valor cobrado junto aos armadores (Box Rate e THC), incluindo entrega ao dono da carga ou seu preposto; e (ii) continuar a permitir que ocorra relação comercial entre o terminal molhado e seco, tal como no SSE/THC, mas sob um regime de regulação *ex ante* de tarifa, provavelmente de tarifa teto (*price cap*).

218. Ressalte-se que a solução (i) é a melhor solução do ponto de vista de atribuições legais desta SEAE de advocacia da concorrência. Este posicionamento é coerente com o posicionamento recorrente da SEAE quanto ao caráter inerentemente anticoncorrencial do SSE/THC 2, conforme apontado ao longo deste Parecer. No

entanto, aderente ao apontado pela SEAE na sua última manifestação⁹⁵ acerca da temática, feita a opção pela necessidade da possibilidade de cobrança do SSE/THC 2, deve ser aplicada a solução (ii).

219. A opção (i) tem a vantagem de permitir que as respectivas relações comerciais ocorram, via de regra, em condição competitiva, a depender da existência de concorrência inter ou intraportuária no Complexo Portuário em questão. Além disso, conforme enfatizado ao longo deste Parecer, o oligopsônio dos armadores representa forte fator de mitigação à possibilidade de exercício de poder de mercado pelos terminais molhados ante os armadores, mesmo em localidades com baixa concorrência inter e intraportuária. Isso permite que, como regra geral, faça sentido aplicar uma regulação menos intrusiva, do tipo *ex post* com a regulação de preços ocorrendo apenas em situações excepcionais.

220. Ressalte-se que caso fossem apontados outros objetivos de política pública a serem atendidos pela opção regulatória não concorrencial adotada pela ANTAQ, desde que contando com previsão legal na legislação portuária, consoante a excepcionalização prevista no art. 4º, caput, da Lei nº 13.847/2019 (Lei de Liberdade Econômica), tais aspectos seriam considerados na análise e poderiam justificar a opção da ANTAQ. Se a análise da SEAE se concentra nos aspectos concorrenciais, visando o bem-estar do consumidor, não se trata de considerar abuso regulatório a opção pela execução de outras políticas públicas, desde que contando com previsão legal específica.

221. Também é importante frisar que a análise da SEAE no FIARC considera o conjunto de custos e benefícios envolvidos, seja no curto ou no longo prazo, visando sempre ao bem-estar do consumidor. Conforme se apontou no parágrafo **Erro! Fonte de referência não encontrada.** na introdução deste Parecer, o objetivo é auxiliar o regulador a considerar os custos e benefícios da regulação. Assim, não se visar

⁹⁵ Parecer SEI nº 5472/2021/ME, de 14 de abril de 2021.

recomendar alterações regulatórias que, por exemplo, diminuam preços no curto prazo, porém terminem por inibir investimentos prejudicando a oferta e o consumidor no longo prazo. Ao que parece no caso em tela, a opção da ANTAQ deriva de uma percepção de impedir uma suposta condição de enriquecimento ilícito por parte dos terminais secos ao usufruírem de um serviço que seria prestado de forma gratuita, o que poderia ter como consequência a inibição dos investimentos em terminais molhados.

222. Ocorre que os terminais molhados têm liberdade de preços na sua relação com os armadores, não existindo qualquer restrição para praticar preços mais elevados diante destes em virtude de custos adicionais, não havendo assim qualquer inibição de investimentos. Como ilustrado ao longo deste Parecer e ilustrado de forma contundente no caso australiano, a insistência dos terminais molhados em criar artificialmente uma relação comercial com os terminais secos deriva da possibilidade de uma relação em regime de virtual monopólio, permitindo explorar poder de mercado, com o agravante de tal relação se dar com concorrente no mercado *downstream*, permitindo prática de fechamento vertical.

223. Caso se entenda que a solução concorrencial não seja a mais apropriada, algo que em tese deveria ser justificado a partir da legislação do setor portuário, deve-se adotar solução que elimine ou ao menos reduza substancialmente a possibilidade de abuso de posição dominante pelos terminais molhados junto aos terminais secos. Assim, mesmo que se optasse por permitir que a cobrança do SSE/THC 2 se desse em uma relação não competitiva, no mínimo deveria ter sido considerada a regulação de preço, conforme apontado acima como uma segunda opção. Em virtude da posição de virtual monopólio em que se dá esta relação, tal regulação deve ser necessariamente *ex ante*, preferivelmente do tipo tarifa teto (*price cap*). Além disso, tal solução deve ser acompanhada de uma contabilidade de custos apropriada tanto da atividade de movimentação de cargas como de armazenagem alfandegada do terminal molhado afim de que garantir que não ocorra duplicidade de cobrança. Ressalte-se que tal regime regulatório deve se aplicar a todos os serviços obrigatórios prestados pelo

terminal molhado ao dono da carga ou seus prepostos, tais como o terminal seco. Apenas serviços acessórios opcionais não seriam incluídos no regime.

CONCLUSÕES

224. Com base no acima exposto, conclui-se que **o presente caso se classifica como sendo de bandeira vermelha**, uma vez que a permissão para cobrança do SSE/THC 2, particularmente no atual formato, traz caráter anticompetitivo à Resolução Normativa ANTAQ nº 34/2009, sendo verificados fortes indícios de presença de abuso regulatório que acarreta distorção concorrencial, nos termos do inciso I, art. 18 da Instrução Normativa (IN) SEAE nº 97, de 2 de outubro de 2020, com respectivos efeitos esperados prejudiciais ao bem-estar do consumidor.
225. Conforme apontado ao longo deste Parecer, o atual formato da regulação permite que os terminais molhados efetuem a cobrança de insumo essencial ao mercado de armazenagem alfandegada em virtual regime de monopólio, sujeito apenas a regulação *ex post*. Nessas condições existe oportunidade e racionalidade para que ocorra abuso de posição dominante pelos terminais molhados a fim de explorar poder de mercado e elevar artificialmente os custos dos rivais no mercado de armazenagem alfandegada. Como ilustra a experiência australiana, tal possibilidade não se restringe à cobrança específica do SSE/THC 2, mas se relaciona à estrutura dos mercados envolvidas, de forma que é necessário que sejam adotados remédios regulatórios apropriados para evitar a conduta anticoncorrencial, algo que se entende não ocorreu na Resolução em comento.
226. Nesse sentido, esta SEAE recomenda os seguintes encaminhamentos, em ordem de preferência, relativamente à regulação da movimentação de contêineres nas instalações portuárias:

- i. alterar a Resolução Normativa ANTAQ no 34/2019 ou a legislação aplicável, de forma a determinar que todos os custos relativos à movimentação vertical e horizontal estejam incluídos nos preços praticados junto aos armadores (Box Rate e THC, no que couber); ou
 - ii. alterar a Resolução Normativa ANTAQ no 34/2019 ou a legislação aplicável, de forma que seja aplicado um regime de regulação *ex ante*, do tipo tarifa teto ou semelhante, a todas as cobranças obrigatórias aplicadas junto aos donos da carga ou seus prepostos, tais como os terminais secos.
227. Em vista das recomendações acima, sugere-se encaminhamento de representação formal à ANTAQ para conhecimento da Diretoria daquela Agência Reguladora e de sua Procuradoria das recomendações deste Parecer. Sugere-se também dar conhecimento do teor do Parecer ao Ministério de Infraestrutura na condição de Ministério setorial correspondente. Finalmente, considerando as conclusões constantes deste Parecer, recomenda-se o seu encaminhamento à Advocacia-Geral da União (AGU), para avaliação da compatibilidade dos dispositivos da Resolução Normativa ANTAQ nº 34/2019 com a Lei nº 13.874/2019 (Lei da Liberdade Econômica), consoante ao apontado ao longo deste Parecer.
228. Conforme disposto neste Parecer, verifica-se, de acordo com a Instrução Normativa SEAE nº 97, de 2020, que a cobrança do SSE/THC 2 disciplinada na da Resolução Normativa ANTAQ no 34/2019, regula conduta já considerada infração à ordem econômica pelo Plenário do Conselho Administrativo – CADE.
229. Outro ponto verificado na norma da ANTAQ é que a cobrança do THC 2 representa uma reserva de mercado, prejudicando o ambiente de concorrência, uma vez que eleva as barreiras de entrada, limitando o acesso ao mercado de consumidores para uma parte restrita de agentes econômicos.

DESPACHO DE ENCAMINHAMENTO

230. Este documento não substitui o arquivo parte do Processo SEI correspondente.

231. Despacho de encaminhamento:

*
* *

À consideração superior.

FERNANDO ATLEE PHILLIPS LIGIÉRO
Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental

De acordo.

FÁBIO COELHO BARBOSA
Coordenador

De acordo.

MAURÍCIO MARINS MACHADO
Coordenador-Geral

De acordo.

ANDREY VILAS BOAS DE FREITAS
Subsecretário de Advocacia da Concorrência

De acordo.

GEANLUCA LORENZON
Secretário de Advocacia da Concorrência e Competitividade

ANEXOS

10.1 LEGISLAÇÃO ASSOCIADA À ANÁLISE

10.1.1 - LEIS FEDERAIS

- Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001 – Dispõe sobre o funcionamento da ANTAQ. Link: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10233.htm

- Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013 – “Lei dos Portos”. Link: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10233.htm

Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019 – “Lei de Liberdade Econômica”. Link: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm

10.2 DECRETOS

- Decreto nº 6.759, de 5 de fevereiro de 2009 – Dispõe sobre os regimes aduaneiros de comércio exterior. Link: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2009/decreto/d6759.htm

Decreto nº 8.033 de 27 de junho de 2013 – Regulamenta a Lei dos Portos. Link: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2013/decreto/d8033.htm

10.3 RESOLUÇÕES

- Resolução ANTAQ nº 2.389/2012 - Aprova a norma que estabelece parâmetros regulatórios a serem observado na prestação de serviços de movimentação e armazenagem de contêineres e volumes em instalações de uso público, nos portos organizados. Link: <http://web.antaq.gov.br/portaltv3/pdfSistema/Publicacao/0000004915.pdf>

- Resolução Normativa ANTAQ nº 34/2019 - Aprova a norma que estabelece parâmetros regulatórios a serem observado na prestação de serviços de movimentação e armazenagem de contêineres e volumes nas instalações portuárias. Link: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/resolucao-normativa-n-34-de-19-de-agosto-de-2019-211683225>

10.4 INSTRUÇÕES NORMATIVAS

- Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal – IN SRF nº 248, de 25 de novembro de 2002 – Dispõe sobre a aplicação do regime de trânsito aduaneiro. Link: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=15125&visao=anotado>

- Instrução Normativa SEAE nº 97, de 2 de outubro de 2020 - Estabelece o FIARC e dá outras providências. Link: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/instrucao-normativa-seae-n-97-de-2-de-outubro-de-2020-281069878>

10.5 PORTARIA

- Portaria da Secretaria de Portos da Presidência da República nº 111, de 7 de agosto de 2013 – Estabelece normas, critérios e procedimentos para pré-qualificação dos operadores portuários. Link: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/30042895

Imagem da capa

Creative Commons Attribution 2.0 Generic license



Disponível em:

https://upload.wikimedia.org/wikipedia/commons/d/d5/Kashima_Industrial_Zone.jpg

