



AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS
GERÊNCIA DE REGULAÇÃO DA NAVEGAÇÃO MARÍTIMA - GRM/SRG

RELATÓRIO DE AIR

Data: 13/11/2020	Área: GRM	Versão: 1 (AIR preliminar)
Palavras-chave: <u>Acordos operacionais</u>	Processos relacionados: 50300.003023/2016-35 50300.007345/2019-04 50300.012511/2020-10 50300.008278/2019-37	AIRs relacionadas: X
Assunto: "Aperfeiçoar a regulação dos Acordos Operacionais entre EBNs na navegação de cabotagem, com foco nos impactos concorrenciais.		

AIR NÍVEL I

SUMÁRIO EXECUTIVO

1. Trata-se de versão preliminar do relatório de Análise de Impacto Regulatório - AIR do tema 2.1 da Agenda Regulatória do biênio 2020/2021: **"Aperfeiçoar a regulação dos Acordos Operacionais entre EBNs na navegação de cabotagem, com foco nos impactos concorrenciais.**
2. A presente proposta foi incluída no bojo desta Agenda a partir de determinação da Diretoria oriunda da Resolução nº 6913/2019 (SEI 0766817), a qual estabeleceu:

Resolve:

Art. 1º Aprovar a proposta de inclusão do tema referente aos acordos operacionais firmados entre Empresas Brasileiras de Navegação - EBNs na navegação de Cabotagem, no âmbito da Agenda Regulatória da ANTAQ relativa ao biênio 2020/2021, bem como a criação de Grupo de Trabalho - GT para tratar da matéria, formado por servidores da Superintendência de Outorgas - SOG, da Superintendência de Regulação - SRG, da Superintendência de Desempenho, Desenvolvimento e Sustentabilidade - SDS e da Superintendência de Fiscalização e Coordenação das Unidades Regionais - SFC, ficando a SRG desde já designada para coordenar os trabalhos.

Art. 2º Esta resolução entrará em vigor na data de sua publicação no Diário Oficial da União - DOU.

3. Em breve síntese, o problema regulatório enfrentado pela ANTAQ no que se refere ao tema é:

- quais informações devem ser solicitadas às EBNs para que esta possa averiguar previamente se há ou não possibilidade de infração a concorrência;
- quais tipos de acordos operacionais devem ser registrados pela ANTAQ.

4. Dentre as opções regulatórias vislumbradas, elencou-se: manter o status quo; demandar informações simplificadas; demandar informações detalhadas.

5. Após análise técnica ao longo deste relatório optou-se pela alternativa de demandar as informações simplificadas de todos os tipos de acordos operacionais, o que permitirá a esta Casa Reguladora registrar os dados relevantes.

6. Destarte, após análise das informações apresentadas conjugada com os dados estatísticos, caso identifique-se potencial de infração à concorrência, caberá a esta Agência realizar as ações pertinentes, em particular dialogar com o CADE.

7. Por fim, cumpre registrar que, apesar de mencionada na Nota 132 (1134532), não foi necessária por ora a participação preliminar das Empresas Brasileiras de Navegação como subsídio para elaboração deste documento. Na fase de participação social será aberta a oportunidade das empresas se manifestarem a contento.

IDENTIFICAÇÃO DO PROBLEMA

8. A Lei nº 10.233/2001 estabelece que compete a ANTAQ “supervisionar a participação de empresas brasileiras e estrangeiras na navegação de longo curso” em cumprimento de acordos ou outros instrumentos. Adicionalmente, o Decreto nº 4122/2002 afirma que cabe a ANTAQ “estabelecer restrições, limites ou condições a empresas ou grupos empresariais” visando propiciar a concorrência.

9. No âmbito destas determinações legais insere-se o presente tema da Agenda Regulatória. Em geral, os acordos operacionais firmados por EBNs (ou por suas controladoras estrangeiras) ocorrem na navegação de longo curso, e, tais acordos possuem o potencial de causar alterações positivas ou negativas à concorrência no âmbito a navegação de cabotagem.

10. No intuito de aprofundar a pesquisa a respeito do possível problema regulatório referente à infrações concorrenciais provenientes de acordos operacionais entre EBNs, a Diretoria Colegiada da ANTAQ aprovou para a Agenda Regulatória biênio 2020/2021 o tema “Aperfeiçoar a regulação dos Acordos Operacionais entre Empresas Brasileiras de Navegação – EBNs na navegação de cabotagem, com foco nos impactos concorrenciais”.

11. A prática de acordos operacionais entre empresas de navegação não é fato novo no setor de transporte marítimo. Esse tema remete-se as antigas conferências de frete do século XX, as quais até recentemente existiam. O interessante a observar é que tais acordos possuem imunidade às leis de defesa da concorrência, conforme reconhecido pela OCDE e citado em relatório do CADE (2018):

(...) Embora mais de um século tenha decorrido desde o primeiro tipo de acordos (a conferência de Calcutá), eles ainda se beneficiaram de isenções da lei antitruste em todo o mundo até recentemente.

Contudo, a relevância do sistema de conferência vem enfraquecendo. Vários fatores têm contribuído para essa tendência. Na esteira do processo de containerização e de crescente ampliação dos navios, cada vez maiores, surgiram formas de cooperação alternativas, nomeadamente consórcios e alianças estratégicas.

12. Existem diversos tipos de acordos entre EBNs, acordos que se referem unicamente ao transporte de mercadorias, acordos que envolvem prestações de serviços nos terminais portuários e acordos que se referem a ambas atividades. Além disso, os acordos se aplicam a qualquer modalidade

de navegação.

13. Neste trabalho, restringe-se a análise ao serviço de linhas regulares no transporte de contêineres, por se tratar do modal de navegação no qual os acordos são usuais, e nos quais se identifica os potenciais efeitos concorrenciais. Assim, o restante desta seção é dividida nos seguintes tópicos: tipos de acordos operacionais; pontos positivos e negativos dos acordos operacionais; CADE; Resolução nº 194-ANTAQ e casos concretos.

Tipos de Acordos Operacionais

14. Conforme mencionado, as EBNs de serviço regular de contêineres podem executar diversos tipos de acordos operacionais. Os principais são:

- **Slot charter agreement (SCA)**: o transportador A combina em ocupar/alugar parte do espaço da embarcação do transportador B. Isso para número limitado de embarcações, serviços e portos.
- **Slot Exchange Agreement (SEA)**: semelhante ao SCA, mas agora existe troca de espaço entre as embarcações das duas empresas.
- **Vessel Sharing Agreement (VSA)**: trata-se de amplo acordo entre os transportadores, em geral um consórcio, no qual se coordena a quantidade de navios, tamanho, tipo, escalas, portos etc.

15. Em resumo, o VSA consiste em acordo entre os transportadores, no qual há cooperação técnica, operacional e comercial entre os membros, se discute preços e termos remuneratórios:

A liner shipping agreement is an agreement between two or more vessel- operating carriers which provide liner shipping services pursuant to which the parties agree to co-operate in the provision of liner shipping services in respect of one or more of the following: (i) technical, operational or commercial agreements; (ii) price; (iii) remuneration terms. (CCCS, 2018)

Pontos positivos e negativos sobre os acordos operacionais

16. A WSC (*World Shipping Council*) afirma que nos últimos anos o balanço entre oferta e demanda pelo serviço de transporte tem dificultado a maximização do uso eficiente das embarcações.

This gap between supply and actual demand for much of the year often being below peak level capacity has worsened over the past few years and is expected to continue. Under these structural conditions, it is difficult at best to match supply to demand and thus maximize the efficient use of vessel fleets. (p. 4)

17. Deste modo, os acordos operacionais têm sido realizados entre os transportadores sob a justificativa de que tais ações permitem a redução dos custos de capital, pois reduz os custos operacionais, promove o uso eficiente da capacidade das embarcações e evita investimentos em capacidade desnecessários. Além de permitir que certas empresas acessem mercados antes indisponíveis para elas.

As ships have gotten larger, the industry has seen an expanded use of alliances to ensure better utilization of these assets. This is because it is not the deployment of the larger ship alone that can achieve an economy of scale or related cost reduction for the carriers; it is the deployment of the larger ship when it is reasonably full with paying cargo. (p. 11)

18. Em resumo, as vantagens seriam:

- Os consórcios contribuem para melhorar a produtividade e a qualidade dos serviços regulares por meio da racionalização das atividades das companhias membro e das economias de escala que proporcionam o adequado nível de utilização dos navios e das instalações portuárias.

Contribuem também para a promoção do progresso técnico e econômico, facilitando e promovendo o uso dos contêineres;

- Os usuários dos serviços oferecidos pelos consorciados se beneficiam da ampliação da produtividade e da qualidade dos serviços prestados. Essas vantagens se traduzem na frequência dos serviços e das escalas ou na melhoria dos horários.

19. Por outro lado, deve-se destacar que as empresas consorciadas ao trocarem informações entre si podem adotar condutas anti competitivas, o que poderia elevar os preços e lucros dos transportadores. Tais condutas podem também representar importantes barreiras à entrada no mercado de transporte marítimo.

20. O *Federal Trade Commission* (FTC, 1990) ao avaliar o *Shipping Act* de 1984 (Lei Americana que concede imunidade aos acordos operacionais entre empresas de navegação) afirma que:

Rather than promoting optimal investment, antitrust immunity is likely to perpetuate the problem by facilitating the continued substitution of nonprice forms of competition for price competition (p.57)

21. Não por outro motivo, os países que concedem a imunidade anti truste, em geral impõe três condições:

1. Existência de concorrência efetiva em preços entre os membros dos consórcios;
2. Existência de concorrência efetiva a nível dos serviços oferecidos entre os membros do consórcio e entre estes e outras empresas que não são membros do consórcio;
3. Sujeição aos membros do consórcio à concorrência efetiva, real ou potencial por parte de outras empresas.

CADE

22. O CADE tem julgado diversos casos de acordos internacionais que afetam o mercado nacional seja porque os grupos envolvidos possuem empresas que atuam no território nacional, ou porque certas rotas incluem portos brasileiros.

23. Nos casos concretos, o CADE inicia a avaliação da probabilidade de poder de mercado pela estimativa das participações de mercado de cada empresa, o qual é mensurado em termos do volume de carga transportado.

24. Em linhas gerais, o CADE não tem identificado barreiras legais significativas à entrada de novos *players*, nem mesmo identificou escala mínima viável para as empresas operarem com lucro. Isso porque é possível várias empresas atuarem por meio de acordos de *slot charter*, por exemplo. Isto é, o CADE não tem identificado efeitos concorrenciais líquidos negativos.

O entendimento do Cade, em linha com vários argumentos apresentados pelas empresas, é de que a operação conjunta de uma rota por meio de VSA distancia-se significativamente de uma fusão por não unir toda a atividade comercial das partes, mantendo independentes a política de preços e as negociações com clientes finais, além de individualizar, na medida do possível, os custos de operação da linha. Ressalva, entretanto, que não se pode desprezar a sensibilidade das decisões conjuntas e das informações compartilhadas em decorrência do VSA. (p. 49)

(...)

Nos quatro atos de concentração do ano de 2017, a Superintendência constatou que: (i) os preços se mantiveram relativamente estáveis após a introdução do VSA, havendo relatos de redução em alguns mercados; (ii) a frequência das viagens nas rotas analisadas se manteve estável ou aumentou; e (iii) há concorrente de grande porte com capacidade de absorver um eventual desvio de demanda decorrente de um possível aumento de preço, seja devido à existência de capacidade ociosa, seja devido à facilidade de deslocamento de navios de uma rota para outra. (p.51)

Resolução nº 194 – ANTAQ e casos concretos

25. A Resolução nº 194-ANTAQ tem como objeto exclusivamente a homologação dos acordos celebrados entre empresas brasileiras e estrangeiras de navegação. Desta forma, por exclusão, entende-se que não se encontra no escopo da norma os acordos celebrados nas relações EBN/EBN e entre empresas estrangeiras.

26. Em apertada síntese podem ser apontadas as seguintes características dessa resolução:

a) Abrandamento da exigência regulamentar contida no art. 4º, §2º da Resolução Normativa nº 01-ANTAQ que prevê como obrigação das EBN's o registro, nesta Agência, de todos os afretamentos realizados. Tal exigência não encerra maiores problemas quando as operações de afretamento são realizadas com pouca frequência. Entretanto, se o número de afretamentos for significativo, isto pode acarretar em aumento de custos de operação das empresas pelo simples fato do atendimento às normas burocráticas. (Em verdade esta obrigação é derogada apenas em parte, uma vez que o art. 7º impõe a obrigação de declarar a carga total transportada e respectivos valores à Antaq, mas tais informações são fornecidas de forma consolidada, mês a mês, ao invés de por operação, o que barateia os custos de atendimento às normas burocráticas).

b) Permite que a EBN possa operar com embarcações estrangeiras dentro do escopo de um acordo bilateral.

c) Permite que o espaço na embarcação estrangeira seja utilizado para bloquear solicitações de afretamento por viagem para transporte de carga prescrita e de carga reservada a bandeira brasileira devido à ficção jurídica que considera o espaço na embarcação estrangeira como se espaço brasileiro fosse.

d) Permite que a operação de longo curso que envolva baldeação de carga em território nacional (cabotagem) seja feita de maneira regular pela embarcação estrangeira, uma vez que se considera que a operação é feita pela EBN participante do acordo.

27. Vê-se que apesar da importância, a Resolução nº 194 – ANTAQ possui escopo limitado, pois não especifica as informações que devem ser enviadas à ANTAQ para que esta avalie os possíveis efeitos concorrenciais de tais acordos entre EBNs e Empresas Estrangeiras. Em adendo, como afirmado, a Resolução não permite à ANTAQ analisar os possíveis efeitos concorrenciais decorrentes dos acordos EBN/EBN e o realizado entre as empresas estrangeiras.

28. No estado da arte atual do mercado de transporte de contêineres na cabotagem têm-se três EBNs, que atuam com embarcações próprias ou afretadas. São elas: Aliança Navegação e Logística Limitada, Log-In Logística Intermodal e Mercosul Line Navegação e Logística. Sendo que a Log-in e a Mercosul Line possuem acordo operacional em duas linhas, no Serviço Atlântico Sul e no Serviço Amazonas, vide Processo nº 50300.001723/2016-95.

29. Apesar da ausência de normativo que autorize os acordos entre EBNs, existe anuência tácita por parte da Agência conforme exposto no Acórdão 91/2020 – ANTAQ, que aceita para fins de atendimento à RN nº 18, o seguinte:

f) Acordo Operacional entre EBNs: poderá ser aceito correspondência com informações detalhadas sobre o ajuste.

30. Assim, como na Resolução nº 194, solicitam-se informações, mas não se afirmam quais seriam. Em resumo, o problema regulatório enfrentado pela ANTAQ no que se refere ao tema de Acordos Operacionais na cabotagem é: 1) quais informações devem ser solicitadas às EBNs para que esta possa averiguar previamente se há ou não possibilidade de infração a concorrência; 2) quais

tipos de acordos operacionais devem ser registrados pela ANTAQ.

DA COMPETÊNCIA

31. Frente à competência da Agência em regulamentar os acordos operacionais entre empresas brasileiras de navegação na cabotagem não resta controvérsia. Conforme citado acima, a Lei nº 10.233/2001 estabelece que:

Art. 20. São objetivos das Agências de Regulação dos Transportes Terrestres e Aquaviário:

(...)

II – regular ou supervisionar, em suas respectivas esferas e atribuições, as atividades de prestação de serviços e de exploração da infra-estrutura de transporte, exercidas, com vistas a:

a) Garantir a movimentação de pessoas e bens, em cumprimento a padrões de eficiência, segurança, conforto, regularidade, pontualidade e modicidade nos fretes e tarifas;

b) Harmonizar, preservado o interesse público, os objetivos dos usuários, das empresas concessionárias, permissionárias, autorizadas e arrendatárias, e de entidades delegadas, arbitrando conflitos de interesses e impedindo situações que configurem competição imperfeita ou infração da ordem econômica.

32. Essa competência é reafirmada no Decreto nº 4122/2002:

Art. 4º No exercício de seu poder normativo caberá à ANTAQ disciplinar, dentre outros aspectos, a outorga, a prestação, a comercialização e o uso dos serviços, bem como:

I – estabelecer restrições, limites ou condições a empresas ou grupos empresariais quanto à obtenção e transferência de concessões, permissões e arrendamentos, visando a propiciar competição efetiva e a impedir situações que configurem infrações contra a ordem econômica.

33. A que pese a ausência de controvérsia a respeito da autoridade da ANTAQ sobre o tema, reafirmar este entendimento torna-se importante para auxiliar na discussão das possíveis opções regulatórias.

34. Isso é realçado ao verificar que o CADE teve de manifestar-se sobre o tema. Em dezembro de 2016, as empresas Hamburg Sud e CMA CGM questionaram ao CADE se o VSA destas com a empresa Nile Dutch Africa Line BV se caracterizaria como ato de concentração, do tipo associativo, e assim deveria ser previamente notificado ao CADE.

35. Importante destacar que não são todos os atos de concentração que devem ser notificados e analisados pelo CADE. A Lei nº 12.529/2011 estabelece a “linha de corte”:

Art. 88. Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente:

I – pelo menos, um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais); e

II – pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais).

§ 1º Os valores mencionados nos incisos I e II do caput deste artigo poderão ser adequados, simultânea ou independentemente, por indicação do Plenário do Cade, por portaria interministerial dos Ministros de Estado da Fazenda e da Justiça.

§ 2º O controle dos atos de concentração de que trata o caput deste artigo será prévio e realizado em, no máximo, 240 (duzentos e quarenta) dias, a contar do protocolo de petição ou de sua emenda.

(...)

§ 5º Serão proibidos os atos de concentração que impliquem eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, que possam criar ou reforçar uma posição dominante ou que possam resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços, ressalvado o

disposto no § 6º deste artigo.

§ 6º Os atos a que se refere o § 5º deste artigo poderão ser autorizados, desde que sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os seguintes objetivos:

I – cumulada ou alternativamente:

a) Aumentar a produtividade ou a competitividade;

b) Melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou

c) Propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico;

II – sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes.

36. Além disso, a Lei classifica como ato de concentração as seguintes ações:

Art. 90. Para efeitos do art. 88 desta Lei, realiza-se um ato de concentração quando:

I – 2 (duas) ou mais empresas anteriormente independentes se fundem;

II – 1 (uma) ou mais empresas adquirem, direta ou indiretamente, por compra ou permuta de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma, o controle ou partes de uma ou outras empresas;

III – 1 (uma) ou mais empresas incorporam outra ou outras empresas; ou

IV – 2 (duas) ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou joint venture.

Parágrafo único. Não serão considerados atos de concentração, para os efeitos do disposto no art.88 desta Lei, os descritos no inciso IV do caput, quando destinados às licitações promovidas pela administração pública direta e indireta e aos contratos delas decorrentes.

37. A demanda da Hamburg Sud e CMA CGM resultou na Consulta nº 08700.008081/2016-86, sendo o voto do Conselheiro Relator apresentado em 2017. Neste inicialmente verifica-se que a referida consulta é qualificada para notificação ao Cade:

Conforme destacado, a nova Resolução sobre contratos associativos traz quatro condições para que um contrato seja assim qualificado para fins de notificação ao CADE:

- Se dar entre concorrentes;

- Ter duração superior a dois anos;

- Envolver empreendimento comum para exploração de atividade econômica;

- Compartilhar riscos e resultados

38. Perante os dois primeiros itens, não há dúvidas que se trata de acordo entre concorrentes com duração superior a dois anos. A dúvida estaria nos dois itens finais, pois os consulentes argumentam que o acordo envolve apenas questões operacionais e não comerciais. Na análise o voto manifesta que:

(...) É irrelevante se o percentual do espaço da embarcação negociado é elevado ou não, pois a prática revela que é possível que empresas operem assumindo apenas os riscos operacionais, e não os riscos comerciais do transporte de cargas. Portanto, se trata de empreendimento comum para exploração de atividade econômica nos termos da Resolução CADE nº 17/2016.

(...)

Primeiramente, examinando-se o contrato, percebe-se que, além do compartilhamento de custos comuns (...), os seguintes riscos (...) são compartilhados: atrasos e intempéries não atribuíveis a um parceiro (...), restrições de calado (...), força maior (...) e *blank sailing* (...), que nada mais é que partida do navio abaixo do nível mínimo de viabilidade econômica da viagem em função de queda súbita da demanda.

39. Em resumo, tem-se que:

(...) nota-se com clareza que as signatárias do VSA estarão definindo, em conjunto, a quantidade (se não toda, parte relevante) e a qualidade da oferta nesse mercado. Definem a frequência da rota, os portos e os terminais de parada, o número, a capacidade e a qualidade dos navios. Ou seja, **definem conjuntamente todo o lado da oferta do mercado.**

40. Assim, o voto conclui:

Pelas razões expostas, entendo que a resposta ao questionamento “O contrato objeto da Consulta, acompanhado de seu aditivo, caracteriza-se como ato de concentração, da espécie contrato associativo, cuja notificação é obrigatória, nos termos dos artigos 88 e 90 da Lei n. 12.529/11 e Resolução n.17/2016? **É sim.**

41. Esta conclusão é relevante, não somente para identificar que o CADE vislumbra os VSA como atos associativos com potencial de infração a concorrência, mas também, porque a partir da quantidade de notificações recebidas percebe-se a usualidade desses acordos (vide tabela abaixo):

Tabela 1 – Atos de Concentração do ano de 2017

Fonte: Cadernos do CADE (2018)

Ato de Concentração	Requerentes	Mercados relevantes/Rotas
08012.012028/2010-42	<ul style="list-style-type: none">• Log-In• Mercosul Line	<ul style="list-style-type: none">• Cabotagem
08700.001606/2017-33	<ul style="list-style-type: none">• CMA CGM• Hamburg Süd• Nile Dutch Africa	<ul style="list-style-type: none">• Costa Leste da América do Sul - Sul da África• Costa Leste da América do Sul - Costa Oeste da África
08700.002699/2017-13	<ul style="list-style-type: none">• Hamburg Süd• Aliança• MSC	<ul style="list-style-type: none">• Costa Leste da América do Sul - Golfo dos EUA
08700.006750/2017-96	<ul style="list-style-type: none">• Log-In• Mercosul Line	<ul style="list-style-type: none">• Cabotagem
08700.005266/2017-10	<ul style="list-style-type: none">• Hapag-Lloyd• Nippon Yusen Kaisha• MSC	<ul style="list-style-type: none">• Costa Leste da América do Sul - Golfo dos EUA

42. De modo similar, mas com resultado adverso, tem-se a Consulta nº 08700.006858/2016-78. Nesta a Hamburg Sud questiona se o SCA a ser realizado com a Hapag-Lloyd destinado ao aluguel de espaço em navio para colocação de contêineres deve ser notificado previamente ao CADE por se caracterizar como ato de concentração.

43. Neste caso o Conselheiro relator inicialmente afirma que:

De plano, verifica-se que o Contrato em análise não possui compartilhamento dos riscos e resultados (...)

Além disso, parece também inexistente o empreendimento comum (...)

44. Desenvolvendo o argumento, afirma-se:

Na verdade, pela análise do SCA, é possível concluir que a Consulente e a Hapag-Lloyd continuarão a manter separadas as atividades de comercialização do serviço de transporte marítimo internacional regular de cargas em contêineres, sem interferência de uma nas atividades da outra. Segundo as informações prestadas pela Consulente, corroboradas pelas cláusulas do Contrato, as partes continuarão operando separadamente seus canais de venda, política de precificação, comercialização, contratação de modal rodoviário – quando necessário -, e utilizando seus próprios contêineres para o transporte das cargas e de seus respectivos clientes – para os quais é indiferente o fato de a empresa transportar os contêineres em seus navios próprios ou de terceiros. Cada parte permanecerá responsável por carregar e descarregar seus próprios contêineres, assim como pela contratação e pagamento de taxas de manuseio dos terminais, serviços legais, armazenamento, serviços logísticos em terra, entre outros. Ademais, destaca-se que o Contrato não envolve troca de informações concorrencialmente sensíveis entre as partes e não confere ao operador do navio/armador qualquer direito, ou mesmo oportunidade, de obter informações sobre os clientes da outra parte – neste caso, a Hapag-Lloyd -, cujas cargas venham a ser transportadas nos contêineres alocados nos navios da Consulente. A relação da Consulente é direta com a Hapag-Lloyd nunca com os clientes desta.

45. Diante do exposto, o Conselheiro conclui que os SCA não necessitam ser notificados previamente ao CADE, pois não atendem aos normativos e não apresentam potencial de infração a concorrência.

46. As informações apresentadas são importantes, pois ao basearem suas conclusões com o foco exclusivo na concorrência, vão ao encontro do tema proposto pela ANTAQ e promovem as seguintes questões: a ANTAQ deve adotar alguma linha de corte? A ANTAQ deve selecionar obter informações somente de VSA ou de todas as formas de acordos operacionais? Quais informações solicitar?

DOS OBJETIVOS QUE SE PRETENDE ALCANÇAR

47. O objetivo principal é optar por uma solução que permita delimitar quais seriam as principais informações a serem enviadas pelas empresas no bojo dos acordos operacionais **e que permita servir de subsídio para que esta Agência possa avaliar os impactos concorrenciais ao mesmo tempo que tenha o menor custo regulatório para o mercado.**

48. Acredita-se que este objetivo está alinhados às políticas públicas definidas para o setor, bem como estão relacionados à missão e aos objetivos estratégicos da ANTAQ.

DOS ATORES ENVOLVIDOS

49. A partir do que se discutiu até o momento, identificam-se previamente quatro atores que possuem interesse no tema. O quadro abaixo resume as questões de interesse de cada um deles:

ATOR	INTERESSE
ANTAQ	A Agência reconhece que os acordos operacionais na cabotagem possuem pontos negativos e positivos, já determinou a necessidade de executar algum controle sobre esses atos, mas desconhece as informações necessárias.
EBNs	Estas almejam continuar executando acordos operacionais e, dado que devem apresentar informações à ANTAQ, desejam que o custo administrativo disso seja pequeno.
Usuários	Com a permissão ou não de acordos operacionais, desejam a ampliação da oferta de serviços aquaviários com redução dos custos de transporte.
EBNs entrantes*	Almejam que os acordos operacionais sejam regulados de modo a possibilitar aos entrantes ganhos de escala e acesso a novas rotas por meio dos acordos, mas sem tornarem-se meios de barreira à entrada a disposição dos incumbentes.

* Como afirmado, atualmente o mercado de cabotagem de contêineres no Brasil é composto somente por 3 EBNs e não se vislumbra a presença de entrantes. No entanto, esse cenário pode ser modificado, pois se encontra em discussão no Congresso Nacional alterações na Lei nº 9.432/1997 com o intuito de estimular a navegação de cabotagem (programa BR do Mar).

ANÁLISE DAS OPÇÕES REGULATÓRIAS

50. Antes de discutir as opções regulatórias disponíveis à ANTAQ, para auxiliar o debate sobre o tema recorre-se aos pareceres do CADE referentes a casos concretos de notificações de VSAs. Como visto anteriormente, o CADE reconheceu a necessidade de análise somente dos VSA's, em

detrimento do SCA's, uma vez que somente os primeiros na avaliação do CADE possuem o potencial de atentar contra a concorrência.

51. O objetivo de revisitar esses pareceres é identificar quais as informações são solicitadas pelo órgão responsável pela defesa da concorrência, e, assim, possibilitar auxiliar a ANTAQ vislumbrar quais informações poderia estar ao seu alcance para analisar preventivamente o viés concorrencial do acordo.

52. Deste modo na próxima subseção, descreve-se em linhas gerais as etapas que compõe os pareceres do CADE e busca-se analisar como a ANTAQ pode proceder ao focar na análise do mercado de contêineres na cabotagem.

Pareceres do CADE

53. Inicialmente, os pareceres descrevem a operação em si propostas pelas empresas, isto é, quais as rotas, as embarcações, os portos de escala, o período do acordo, etc. Entende-se que este tipo de informação é fundamental, em especial, tratando-se do mercado restrito de cabotagem, nos quais os terminais relevantes para carga e descarga de contêineres são reduzidos frente ao amplo número de portos que atendem o longo curso.

54. Em seguida, o CADE busca definir qual o mercado relevante no qual o acordo específico atuará. Este ponto é relevante para os casos analisados pelo CADE, pois como visto em geral são VSA's entre empresas que atuam no longo curso e por isso se referem a diversas rotas, sendo necessário especificar o mercado em análise. No caso da ANTAQ, o mercado relevante será o de cabotagem, talvez seja necessário somente verificar a direção do acordo, isto é, se envolve as rotas de norte a sul ou sul a norte, ou ambas.

55. No âmbito dessa discussão sobre o mercado relevante, descrevem-se as características principais dos acordos, isto é, se ele envolve somente ações operacionais ou também compreende ações comerciais e estratégicas, por exemplo, com trocas de informações relevantes entre os envolvidos. Para averiguar isso, o CADE acessa o contrato que firma o acordo.

56. Essa identificação da natureza do acordo é extremamente importante não somente para o CADE, mas também para a ANTAQ. Somente a partir da leitura do contrato é possível identificar previamente se poderá ou não haver algum tipo de infração a concorrência.

57. Posteriormente, passa-se a discutir a probabilidade de exercício de poder de mercado, para isso inicialmente o CADE verifica qual será o *market share* das empresas dentro desse acordo no âmbito do mercado relevante. O objetivo é verificar se as empresas poderão exercer poder de mercado.

58. Nesse exercício de análise, em geral, adotam-se várias ações: 1) mensura-se o *market share* em termos de contêineres movimentados; 2) verifica-se se há capacidade ociosa no mercado relevante; 3) solicita-se manifestação sobre o acordo frente aos concorrentes e principais usuários da rota em análise; 4) se necessário, solicita-se a evolução dos fretes dos últimos anos cobrados pelos requerentes no mercado relevante.

59. Reconhece-se que todas as informações solicitadas aos requerentes pelo CADE são pertinentes para o exercício de suas competências. Isto é, ao fim da análise o CADE deve aprovar ou não o VSA, e em caso negativo, essa autarquia possui poderes para impor ações mitigatórias em prol da concorrência.

60. Por sua vez, este não é o caso da ANTAQ, conforme afirmado anteriormente, a Diretoria Colegiada da Agência se manifestou favoravelmente ao reconhecimento dos acordos operacionais na cabotagem. Assim, não existe a questão prévia de aprovar ou não aprovar. O necessário é verificar que informações solicitar. Nesse sentido, entende-se que não há necessidade de ser específico quanto o CADE, não somente para evitar retrabalho, mas também para reduzir os custos

administrativos do governo e das empresas.

61. A Agência possui rol amplo de informações sobre o mercado de cabotagem a partir de diversas fontes (fiscalização, mercante, anuários estatísticos etc), de tal modo que análise processual pode ser realizada em menor tempo e com menor custo.

62. Assim, passa-se a análise das hipóteses regulatórias.

DAS ALTERNATIVAS, IMPACTOS E CUSTOS REGULATÓRIOS

63. Nesta seção discute-se de forma qualitativa o custo, os benefícios, os efeitos e os riscos das opções regulatórias identificadas.

a) Manter o status quo

64. A manutenção do status quo significa que as EBNs devem atender ao Acórdão 91/2020 – ANTAQ, que aceita para fins de atendimento à RN nº 18, no que se refere a acordo operacional entre EBNs, o envio de correspondência com informações detalhadas sobre o ajuste.

65. Nesse caso, ficaria a critério das EBNs decidir quais informações apresentar. Este cenário seria acatado pelas EBNs incumbentes, pois caracterizaria a menor intervenção regulatória possível. Caberia a essas EBNs selecionar as informações com a possibilidade de existência de alto risco moral. Isto é, as EBNs poderiam evitar divulgar para a Agência que o acordo envolve ações, as quais em determinadas situações atentam contra a concorrência.

66. Nesse sentido, a manutenção do *status quo* poderia não ser favorável para a ANTAQ nem para as EBNs entrantes. Para os primeiros destaca-se a ausência de controle sobre as informações a serem apresentadas, isto é, a Agência receberia informações não padronizadas, exemplo: algumas empresas poderiam informar as rotas envolvidas, a quantidade de navios compartilhados, a dimensão em termos de volume de carga a fazer parte do acordo etc, enquanto outras empresas poderiam não apresentar essas informações. Ou seja, isso dificultaria o registro dos acordos por parte da ANTAQ, assim como a sua análise de possíveis situações de infração a concorrência.

67. Para os entrantes, este cenário também poderia ser desfavorável, pois se algum acordo apresenta-se fortes indícios de constituição de barreiras a entrada, a Agência não os identificaria e não poderia tomar as ações devidas para evita-la.

68. Assumindo que o papel da Agência é zelar pela concorrência, transparência e modicidade tarifária, a ausência de informações padronizadas, ao dificultar a execução do trabalho da Agência, pode em última instância prejudicar os usuários.

b) Demandar informações simplificadas

69. Nesta opção entende-se que a ANTAQ para registrar os acordos conforme previsto no Acórdão n. 91/2020 deveria solicitar:

- Cópia do contrato do acordo operacional entre as EBNs;
- Descrição detalhada das rotas, embarcações, portos de escala/terminais e período do acordo.

70. Ademais, parte-se do pressuposto de que a partir destas informações e dos dados estatísticos que a ANTAQ possui e divulga, será possível analisar previamente se o acordo operacional

em questão possui o potencial de infringir a concorrência do mercado.

71. Comparativamente a opção E.1, sem dúvida as EBNs classificariam esta opção negativamente, mas entende-se que o custo administrativo de envio destas informações para a ANTAQ é baixo.

72. Para a Agência considera-se que tais informações são suficientes para efetuar o registro do acordo operacional e caso se vislumbre a necessidade de aprofundar a análise, assume-se que a ANTAQ possui previamente as informações necessárias.

73. Para os usuários e as EBNs incumbentes, se esta opção eleva o conhecimento ao dispor da Agência, isso é positivamente avaliado, pois, como dito, a Agência zela pela manutenção do mercado concorrencial.

c) Demandar informações detalhadas

74. Neste caso a ANTAQ para registrar os acordos conforme previsto no Acórdão n. 91/2020 deveria solicitar:

- Cópia do contrato do acordo operacional entre as EBNs;
- Descrição detalhada das rotas, embarcações, portos de escala/terminais e período do acordo.
- Quantidade estimada de contêineres a serem movimentados por meio do acordo operacional;
- Série de preços dos fretes cobrados nas rotas em que o acordo irá vigorar.

75. Para as EBNs incumbentes esta seria a opção regulatória de maior custo administrativo, além disso, informações relevantes/sensíveis deveriam ser encaminhadas a Agência. Isto é, informações que podem ter interesse comercial deveriam ser divulgadas ao agente regulador.

76. Tratando-se da ANTAQ sem dúvida este conjunto de informações seria o ideal para a avaliação ampla dos possíveis impactos concorrenciais. No entanto, isso significa impor alto custo regulatório aos armadores e no caso dos VSA haveria retrabalho frente às competências do CADE. Isto é, como destacado acima, nos VSA, essa autarquia analisa detalhadamente essas informações para poder ou não aprovar previamente o acordo.

77. Para os usuários e incumbentes, se a análise da ANTAQ for mais acurada, melhor, no entanto, eles são indiferentes no caso específico dos VSA, pois como afirmado, o CADE realiza estudos aprofundados para autorizar a realização dos acordos.

Resumo das opções regulatórias

78. Em resumo, diante da avaliação qualitativa realizada nas subseções anteriores, podem-se resumir os achados no quadro abaixo:

	ANTAQ	EBNs incumbentes	EBNs entrantes	Usuários
Status quo	-	+	-	-
Informações simplificadas	+	-	+	+
Informações detalhadas	+	-	Indiferente	Indiferente

79. Assim, entende-se que a melhor opção regulatória a ser implementada é aquela na qual

a ANTAQ solicita a apresentação por parte das EBNs de informações simplificadas sobre os acordos operacionais.

80. Além do que, comparando o caso concreto citado mais as determinações de envio de informações pelo Acórdão 91, não se vislumbra incremento do custo regulatório, haja vista as informações estarem em consonância com o sugerido pelo envio das informações de forma simplificada.

81. Ou seja: as informações a serem solicitadas (qual a embarcação, qual rota, contrato com data de início e fim) já são de posse das empresas reguladas. No máximo poderia haver certa resistência de enviar alguma informação de caráter mais sigiloso; argumento que não seria válido, uma vez que as empresas já informam para o CADE.

DA ABRANGÊNCIA

82. Conforme apresentado anteriormente, a Lei nº 12.529/2011, que estrutura o sistema brasileiro de defesa da concorrência, estabelece a "linha de corte" das empresas que devem ser previamente investigadas em termos de faturamento bruto anual. Além disso, estabelece também que os acordos operacionais enquadram-se na seguinte categoria de ato de concentração: contrato associativo, consórcio ou joint venture.

83. Posteriormente, mostrou-se que o CADE, em análise interna, excluiu as SCA da classificação de ato associativo, pois não há compartilhamento de riscos entre os envolvidos. Logo, não caberia ao CADE aprovar previamente este tipo de acordo, somente deveria analisar os VSAs.

84. Revendo o último parágrafo (nº 39) da seção " Da competência", apresentam-se as seguintes perguntas:

1. A ANTAQ deve adotar alguma linha de corte?
2. A ANTAQ deve selecionar obter informações somente de VSA ou de todas as formas de acordos operacionais?
3. Quais informações solicitar?

85. Frente à primeira questão, dado que não há determinação legal perante a ANTAQ sobre o tema, entende-se que esta Agência não deve estabelecer linha de corte. Na eminência de edição da BR do Mar, espera-se que novas empresas de navegação adentrem o mercado de contêineres de cabotagem.

86. Nesse sentido é provável que para isso elas realizem acordos operacionais com as EBNs incumbentes e que provavelmente nos primeiros anos o faturamento anual das entrantes seja inferior ao das incumbentes. Assim, se o objetivo é permitir que a ANTAQ registre os acordos operacionais de modo a ter maior conhecimento da dinâmica do mercado, o estabelecimento de linha de corte pode prejudicar o alcance desse objetivo.

87. A segunda questão de certa forma está relacionada a primeira. Viu-se que o CADE excluiu de anuência prévia os SCA's, pois após análise concluiu que não há hipótese de conduta anticoncorrencial nesta modalidade de acordo operacional. No entanto, os fins do CADE são diversos ao da ANTAQ. A Agência não pretende conceder anuência prévia, mas somente ampliar seu conhecimento do mercado e registrar os acordos existentes. Nesse sentido, para fins de acompanhamento cadastral o ideal seria solicitar informações de todas as modalidades de acordos operacionais.

88. A terceira pergunta encontra a sua resposta na seção "Das opções regulatórias", isto é, as informações a serem solicitadas são: cópia do contrato do acordo operacional entre as EBNs; descrição detalhada das rotas, embarcações, portos de escala/terminais e período do acordo.

ESTRATÉGIA DE IMPLEMENTAÇÃO, MONITORAMENTO E AVALIAÇÃO

89. De forma a simplificar todo o procedimento, a implementação da alternativa seguiria o rito já estabelecido na ocasião do caso concreto presente nesta Casa presente no processo administrativo nº 50300.022530/2019-11.

90. Ou seja, as informações seriam encaminhadas para análise, passando pela **SOG, SFC** e posteriormente pela **SRG** verificando a aderência regulatória das informações enviadas.

91. Ao final, o caso concreto seria levado à deliberação pela Diretoria Colegiada.

92. Também é importante registrar que, diante do aspecto de por ora apenas haver um caso concreto analisado pela ANTAQ, vislumbra-se dispensa da necessidade da edição de um ato de caráter normativo para que as informações mínimas da opção regulatória escolhida sejam enviadas para análise das setoriais competentes.

93. Além disso, de acordo com os casos concretos que porventura chegarem a ANTAQ, poderão ser realizadas avaliações no intuito de verificar se o fluxo processual utilizado atende as necessidades regulatórias para o presente tema.

94. Acredita-se que assim, consoante já explicitado, seria uma forma simples, viável e com baixo custo regulatório para esta Agência Reguladora.

95. Também julga-se que o esforço de fiscalização e monitoramento são compatíveis e proporcionais aos objetivos que se pretende alcançar.

CONCLUSÃO

96. Diante do exposto, sugere-se a ANTAQ acatar a opção regulatória "**Demandar Informações Simplificadas**" (**OPÇÃO B**) de modo a complementar a determinação do Acordo n. 91/2020.

97. As informações simplificadas de todos os tipos de acordos operacionais permitirá a esta Casa Reguladora registrar os dados relevantes. Destarte, após análise das informações apresentadas conjugada com os dados estatísticos, caso identifique-se potencial de infração à concorrência, caberá a esta Agência realizar as ações pertinentes, em particular dialogar com o CADE.

98. Pelo exposto, recomenda-se prosseguir com o presente feito, encaminhando os autos à Diretoria Colegiada para que, se assim entender cabível, submeter o AIR preliminar do presente tema à participação social conforme previsto anteriormente no plano de trabalho.

Atenciosamente,

MARCELO DONATO

Especialista em Regulação

PEDRO CELSO R. FONSECA

Especialista em Regulação



Documento assinado eletronicamente por **Marcelo Carvalho de Donato, Especialista em Regulação de Serviços de Transporte Aquaviários**, em 10/12/2020, às 16:53, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no § 1º, art. 6º, do Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015.



Documento assinado eletronicamente por **Pedro Celso Rodrigues Fonseca, Especialista em Regulação de Serviços de Transporte Aquaviários**, em 10/12/2020, às 19:19, conforme horário



oficial de Brasília, com fundamento no § 1º, art. 6º, do Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015.



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site <http://www.antaq.gov.br/>, informando o código verificador **1185727** e o código CRC **33011492**.

Referência: Processo nº 50300.001723/2016-95

SEI nº 1185727