

Guia para Análise de Impacto Concorrencial de Novas Outorgas de Terminais Portuários (Guia AIC-TP)

Sumário

I.	Introdução.....	1
II.	Racional da AIC-TP	2
III.	Meios para execução da AIC-TP.....	4
IV.	Elementos da AIC-TP	4
IV.1.	Caracterização do ativo e considerações sobre a Cadeia Produtiva afeta ao terminal	5
IV.2.	Definição de Mercado Relevante (“MR”)	6
IV.2.1.	Definição do MR – dimensão produto.....	7
IV.2.2.	Definição do MR- dimensão geográfica.....	7
IV.3.	Possíveis Sobreposições horizontal	18
IV.4.	Possíveis Integrações Verticais	20
IV.5.	Possíveis riscos à competição no leilão	21
IV.6.	Contribuições do Cade ao Guia AIC-TP	21
IV.6.1.	Formação de consórcios	22
IV.6.2.	Recomendações sobre licitações competitivas	23
IV.6.3.	Considerações finais das contribuições do Cade.....	24
IV.7.	Conclusão e encaminhamentos.....	25
	Referências.....	27

I. Introdução

1. A Análise de Impacto Concorrencial de Novas Outorgas de Terminais Portuários (“AIC-TP”) de que trata este guia consiste em verificar se a outorga de um determinado terminal portuário enseja preocupações concorrenciais, à luz da Lei nº 12.529/2011 e das demais referências do Sistema Brasileiro da Defesa da Concorrência (“SBDC”)¹. A análise em questão tem por finalidade atingir as diretrizes setoriais de promoção à concorrência e repressão a práticas prejudiciais à competição e ao abuso do poder econômico, previstas respectivamente nos incisos V e VI do art. 3º da Lei nº 12.815/2013.

¹ Composto pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“Cade”) e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (“Seae/MF”), conforme art. 3º da Lei nº 12.529/2011.

Guia AIC-TP

2. Oportuno registrar que a análise concorrencial de novas outorgas é realizada nos atuais processos de arrendamentos portuários, no âmbito dos Estudo de Viabilidade Técnica, Econômica e Ambiental (“EVTEA”) do empreendimento, na Seção B – Estudo de Mercado². No entanto, a avaliação concorrencial atual, que segue racional do sistema de planejamento setorial, proveniente do Plano Nacional de Logística Portuária (“PNLP”), mostra-se, para casos de maior complexidade, insuficiente em traduzir o ambiente competitivo do mercado, o que demanda seu aperfeiçoamento³.
3. O Guia para Análise de Impacto Concorrencial de Novas Outorgas de Terminais Portuários (“Guia AIC-TP”) tem o propósito de apresentar referências técnicas para a realização da AIC-TP, especialmente as provenientes de licitações – arrendamentos portuários e concessões operacionais de portos organizados. Isso posto, o presente Guia se organiza em mais três partes, além desta Introdução, a saber: (i) racional da AIC-TP; (ii) meios para execução do AIC-TP; e (iii) elementos da AIC-TP.
4. Pontue-se que o presente guia foi elaborado pela Empresa de Planejamento e Logística S/A (“EPL”), sob coordenação da Secretaria Nacional de Portos e Transportes Aquaviários do Ministério da Infraestrutura (“SNPTA/MInfra”) e com a colaboração da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (“Antaq”) e do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“Cade”)⁴.

II. Racional da AIC-TP

5. Como colocado na Introdução, a AIC-TP tem por objetivo a promoção da competição⁵ via outorga de novos terminais portuários. Dada a peculiaridade do momento de realização da análise pretendida, antes do conhecimento do agente econômico que explorará o ativo, a ser revelado somente após a licitação, o objetivo de busca pela concorrência se dá em duas frentes: (i) no leilão – o que, em caso de monopólios naturais, denomina-se “concorrência pelo mercado”⁶; e (ii) após o leilão - ambiente concorrencial saudável, após a outorga.

² Há um caso pontual, referente ao EVTEA do empreendimento denominado STS53 em que foi realizado uma análise concorrencial específica – projeto piloto, seguindo, de maneira geral, as diretrizes do Guia AIC-TP. Disponível em: http://web.antaq.gov.br/Sistemas/WebServiceLeilao/DocumentoUpload/Audiencia%2090/Estudo_STS53_Analise_Concorrencial.pdf – acesso em: 18/09/2021.

³ A avaliação concorrencial praticada atualmente, que segue racional do PNL, preconiza a alocação da demanda das cargas por clusters portuários definidos aprioristicamente, para todos os perfis de carga. Os clusters portuários são: “(...) conjuntos de portos e terminais privados geograficamente próximos entre si. Essa premissa foi adotada devido à semelhança de custos logísticos que incide entre portos próximos geograficamente, fazendo com que a decisão do embarcador seja definida por questões operacionais e nível de serviço oferecido pelas instalações portuárias, possibilitando que a carga migre entre terminais devido a questões concorrenciais” (Brasil, 2020, p. 15). Todavia os clusters portuários não necessariamente refletem a dinâmica de competição entre terminais portuários para um perfil de carga e/ou grupo de produtos específico.

⁴ Antaq participou das reuniões da concepção da proposta do Guia AIC-TP para tratar a matéria concorrencial de novas licitações em reuniões entre as partes realizadas a partir de julho de 2021, enquanto o Cade foi convidado e aceitou a participar do processo na mesma época, além de ser instado a ser manifestar formalmente no processo, por intermédio do OFÍCIO Nº 268/2021/DNOP/SNPTA, de 13/10/2021 (SEI MInfra nº 4703443), respondido pela NOTA TÉCNICA Nº 35/2021/DEE/CADE, de 26/11/2021 (SEI Cade nº 0978414), encaminhado ao MInfra, por intermédio do OFÍCIO Nº 9295/2021/GAB-PRES/PRES/CADE, de 08/12/2021 (SEI Cade nº 0993709).

⁵ Para este guia, os termos “competição” e “concorrência” serão utilizados no sentido de disputa entre agentes econômicos em um determinado mercado num dado momento.

⁶ Para a presente outorga, associa-se à concorrência pelo ativo.

Guia AIC-TP

6. Na primeira frente, deve-se zelar pela concorrência do certame, tendo por premissa a liberdade para que qualquer agente econômico interessado participe da licitação. Nessa linha, a hipótese de vedação ou imposição de restrições à participação de empresas no certame somente pode ser aplicada caso se comprove, mediante análise concorrencial específica, que a adjudicação do terminal a empresa “A” e/ou “B” e/ou o consórcio entre as empresas “A” e “B” trazem probabilidade significativa de arrefecer o caráter competitivo do certame, no processo do leilão, ou de exercício de poder de mercado, no ambiente concorrencial pós-outorga.

7. Com relação à segunda frente do objetivo da AIC-TP, a partir das referências técnicas já consolidadas do SBDC, deve-se examinar se há cenários em que o ambiente competitivo do mercado após a adjudicação do objeto da licitação – nova outorga - produz efeito líquido negativo na concorrência. Em outras palavras, busca-se averiguar situações em que há a piora do ambiente concorrencial vigente do mercado a partir da nova outorga, criando condições ou aumentando o risco de exercício unilateral de poder de mercado por parte de uma das empresas. A aferição da piora, manutenção ou melhora do ambiente competitivo do mercado é constatada pelas avaliações dos cenários de possíveis de: (i) sobreposições horizontais de agentes econômicos em um dado Mercado Relevante (“MR”); e (ii) integrações verticais de um mesmo agente econômico em mercado à montante e à jusante, envolvendo o de terminais portuários.

8. Cabe pontuar que, pelo fato de não se saber qual agente econômico terá a titularidade de exploração do terminal portuário no momento de realização da AIC-TP, a análise é realizada considerando cenários de possíveis vencedores da licitação, incluindo, necessariamente, os incumbentes, um entrante e situações críveis de empresas que atuam em mercados verticalmente integrados, à montante ou à jusante, ao de terminais portuários. A partir desses cenários, será realizada a avaliação da concorrência no leilão quando houver casos que sugiram algum risco concorrencial após a outorga. Nessas hipóteses, os riscos à competição no leilão e após o leilão devem ser sopesados, de modo a não se criar arrefecimentos à competitividade do certame mediante vedação ou restrição à participação de certos agentes econômicos na licitação caso não seja imprescindível.

9. Essas particularidades da AIC-TP fazem com que o método a ser aplicado na presente análise mereça adaptações em relação às metodologias já consolidadas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“Cade”) em análises de Atos de Concentração (“AC”).

10. Dentre as ferramentas disponíveis ao Poder Concedente, Ministério da Infraestrutura (“MInfra”), e ao regulador, Agência Nacional de Transportes Aquaviários (“Antaq”), para a busca do objetivo da promoção da concorrência nas duas frentes mencionadas, destaca-se o controle de entrada no mercado, por intermédio da função regulatória da licitação. Tal medida, tomada pelo regulador *ex ante*, é materializada pela vedação ou imposição de qualquer tipo de restrição à participação de agentes econômicos no certame, caracterizando-se como uma ação do Estado no controle de estruturas do mercado. Outro recurso que pode ser utilizado é a regulação de preço – *ex post*, com o estabelecimento de tarifas reguladas, caso o resultado da análise indique cenário de

Guia AIC-TP

monopólio natural – o que ocorre em casos bastante específicos no setor portuário brasileiro - ou outro cenário de risco concorrencial que exija intervenção do Estado para garantir a modicidade tarifária.

11. A AIC-TP será realizada caso a caso, a cada nova outorga, cabendo adequar suas profundidade e abrangência ante a complexidade do ambiente concorrencial em que o terminal portuário encontra-se inserido. A AIC-TP quando demandar análise aprofundada será um anexo da Seção B – Estudo de Mercado. Caso se trate de uma análise concorrencial simples, poderá ser incorporada diretamente à referida seção do EVTEA.

12. A metodologia apresentada não possui caráter obrigatório ou vinculante, nem busca exaurir todos os possíveis métodos de análise. O processo analítico a ser empreendido se adequará ao caso concreto.

III. Meios para execução da AIC-TP

13. A análise de que trata este guia terá como meios para sua execução:

- a) elementos do EVTEA;
- b) instrumentos de planejamento do setor portuário – PNL, Planos Mestres de cada complexo portuário e Planos de Desenvolvimento e Zoneamento (“PDZ”) de cada porto organizado;
- c) dados, informações, publicações e documentos técnicos públicos de instituições públicas e privadas;
- d) testes de mercado⁷ realizados pelas instituições promotoras da licitação e instituições parceiras; e
- e) processo de consulta / audiência pública.

14. Compete registrar que, após o processo de consulta / audiência pública da nova outorga conduzido pela Antaq, o EVTEA e documentos jurídicos – minutas de edital e contrato – são novamente revisados e encaminhados para a apreciação do Tribunal de Contas da União (“TCU”)⁸. Somente após análise e considerações do TCU, em regra, o edital definitivo do empreendimento para fins da licitação, contendo os correspondentes estudos, é publicado pela Antaq.

IV. Elementos da AIC-TP

15. A análise concorrencial prevista neste Guia possui, ao menos, seis elementos, a saber: (i) caracterização do ativo e considerações sobre a cadeia produtiva afeta ao terminal; (ii) definição do Mercado Relevante; (iii) possíveis sobreposições horizontais; (iv) possíveis integrações verticais; (v) possíveis riscos à competição no leilão; e (vi) conclusão e encaminhamentos sobre o ambiente concorrencial da nova outorga de terminal portuário. Cada um

⁷ Diligências pontuais com governo, agentes econômicos e entidades de classe para levantamento de informações sobre o mercado com a finalidade de reduzir a assimetria de informação para fins de execução da AIC-TP.

⁸ Conforme disposto na Instrução Normativa TCU nº 81/2018.

desses elementos será apresentado a seguir, bem como as contribuições apresentadas pelo Cade à metodologia da AIC-TP, em caráter colaborativo, que passam a integrar este guia⁹.

IV.1. Caracterização do ativo e considerações sobre a Cadeia Produtiva afeta ao terminal

16. O primeiro elemento da AIC-TP constitui-se de duas partes: (i) a caracterização do ativo; e (ii) as considerações sobre a cadeia produtiva afeta ao terminal.

17. Quanto à caracterização do ativo, sugere-se que a análise em tela contenha as seguintes informações:

- a) identificação do empreendimento para fins de outorga - atualmente cada área a ser outorgada possui um código específico;
- b) porto organizado onde se localiza a área;
- c) destinação do terminal - perfil de carga, grupo de produtos e/ou produtos;
- d) uso da área antes da outorga, se *greenfield* ou *brownfield* - nesse caso, identificando se a área está ociosa ou em operação, apontando os contratos e agentes econômicos que exploram a área;
- e) se a nova outorga mantém ou amplia capacidade dinâmica de movimentação do perfil de carga, grupo de produtos e/ou produtos no porto organizado - em caso de ampliação, registrar o tamanho desse ganho de capacidade;
- f) considerações gerais sobre a movimentação do perfil de carga, grupo de produtos e/ou produtos do terminal a ser outorgado no porto;
- g) identificação dos demais terminais portuários que realizam movimentação do perfil de carga, grupo de produtos e/ou produtos no porto organizado; e
- h) indicação se a nova outorga representa substituição de agente econômico no mercado ou acréscimo de capacidade.

18. Compete esclarecer que grande parte dessas informações necessariamente já terão sido levantadas nas diversas seções do EVTEA, sobretudo na Seção B – Estudo de Mercado.

19. No que se refere às considerações sobre a cadeia produtiva afeta ao terminal, essas informações servem para trazer subsídios às análises chave da AIC-TP: (i) definição de Mercado Relevante geográfico; (ii) possíveis sobreposições horizontais; e (iii) possíveis integrações verticais. Dessa forma, o conjunto de informações que puder ser levantado a partir de dados e informações públicas e de testes de mercado e que colaborem para a compreensão do funcionamento do mercado devem ser registradas nesta seção.

20. São exemplos dessas informações:

- a) esquematização e explicação mínima dos elos da cadeia produtiva;

⁹ NOTA TÉCNICA Nº 35/2021/DEE/CADE, de 26/11/2021 (SEI Cade nº 0978414), encaminhado ao MInfra, por intermédio do OFÍCIO Nº 9295/2021/GAB-PRES/PRES/CADE, de 08/12/2021 (SEI Cade nº 0993709).

Guia AIC-TP

- b) sentido predominante da movimentação de carga do perfil de carga, grupo de produtos e/ou produto - importação ou exportação - do Brasil e do porto organizado;
- c) identificação dos demais portos que movimentam carga, grupo de produtos e/ou produto no país; e
- d) relação das principais empresas que atuam na cadeia produtiva no Brasil e que utilizam o porto organizado - se informação disponível.

21. Um dos aspectos da cadeia produtiva que se relaciona com este quesito da AIC-TP é o papel de usuário do terminal portuário. Sabe-se que o terminal portuário possui, em regra, dois usuários: (i) o armador; e (ii) o embarcador. Não obstante, a depender do perfil de carga, grupo de produtos e/ou produtos a ser movimentado pelo terminal, o papel de “usuário” pode ser feito pelo mesmo agente econômico ou por diferentes players, nos termos do quadro abaixo:

Perfil de carga	Contêineres	Granéis e carga geral não containerizada
Serviço (armadores)	<i>Liner</i> (linhas com frequência regular)	<i>Tramp</i> (sob demanda)
Usuário embarcador	<ul style="list-style-type: none"> - controla polo origem/destino da carga; - escolhe armador, de acordo com os serviços / linhas que o atende; e - define local de armazenagem – terminal portuário escolhido pelo armador; Terminal Retroportuário Alfandegado (“TRA”) ou retirada direta; 	<ul style="list-style-type: none"> - controla polo origem/destino da carga; - escolhe a embarcação que o atende para fazer o trajeto sob demanda¹⁰; e - define o terminal portuário que o atende para as atividades de movimentação e armazenagem de cargas
Usuário armador	- escolhe terminal portuário que atenderá suas linhas – movimentação de cargas;	-
Conclusão sobre usuários	Em regra, agentes econômicos distintos no papel de usuários	Em regra, mesmo agente econômico em ambos os papéis de usuários

Quadro 1 - Papéis dos usuários de terminais portuários

Fonte: Elaboração própria, com base em Castro, 2015 (p. 43-44).

22. A identificação correta do papel de usuário do terminal portuário em cada caso específico de outorgas de instalações portuárias facilita o processo das análises chave do AIC-TP mencionadas anteriormente.

IV.2. Definição de Mercado Relevante (“MR”)

23. O segundo elemento da AIC-TP é a definição do Mercado Relevante (“MR”). Pela perspectiva da defesa da concorrência, o MR pode ser definido como o menor grupo de produtos e a menor área geográfica necessários para que um suposto monopolista esteja em condições de impor um “pequeno porém significativo e não transitório” aumento de preços. A delimitação do mercado relevante se dá pelas dimensões produto e geográfica (Portaria Conjunta Seae/SDE nº 50/2001).

¹⁰ Podendo contar com o apoio de uma agência de navegação.

24. Importa ressaltar que a definição do MR em ambas as dimensões, embora constitua precedente para análises concorrenciais de casos futuros, representa evento circunstancial, válido em um determinado contexto e caso, não necessariamente aplicável para todo um segmento de mercado.

IV.2.1. Definição do MR – dimensão produto

25. A definição do MR na dimensão produto representa ponto pacificado para fins de AIC-TP. Isso porque os terminais portuários são ativos especializados, pelo aspecto técnico-operacional, à movimentação de determinados perfis de carga, grupos de produtos e/ou produtos, conforme reconhece os precedentes do Cade.

26. No caso específico dos contêineres, apesar de o Cade considerar na maioria dos casos, movimentação e armazenagem como mercados distintos, pela ótica de outorgas de terminais portuários, as atividades de movimentação e armazenagem são indissociáveis, uma vez que não há terminais de contêineres modelados somente para movimentação de cargas.

27. Nessa linha, salvo caso bastante específico, o MR na dimensão produto para terminais portuários será definido como movimentação e armazenagem do perfil de carga, grupos de produtos e/ou produto.

IV.2.2. Definição do MR- dimensão geográfica

28. A definição do MR geográfico representa um dos pontos sensíveis da AIC-TP. Isso porque os precedentes do Cade têm adotado como mercado relevante geográfico, em regra, os terminais portuários localizados no mesmo porto (CADE, 2017, p. 37-38)¹¹. Essa posição da autoridade antitruste nacional tem sido desafiada pela literatura do setor - conforme será apresentado mais adiante neste guia - e por precedentes recentes do exterior – Comissão Europeia – de definição de mercados relevantes geográficos mais amplos em atos de concentração, em especial de terminais portuários dedicados a contêineres¹². Ademais, em posicionamentos recentes da Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (“Seae/MF”)¹³ sobre os aspectos concorrenciais das licitações de arrendamentos portuários, o órgão do SBDC pontua que as análises concorrenciais que antecedem as outorgas de terminais mostram-se insuficientes, sobretudo pela não definição adequada de MR geográfico para as outorgas¹⁴.

¹¹ Em que pese ter havido exceções a tal posicionamento em casos concretos, geralmente com portos localizados em uma mesma unidade da federação, com maior frequência no caso de terminais de contêineres, a saber: (i) nº 08012.008685/2007-90 (Requerentes: Itajaí Investimentos Ltda. e Teconvi S.A. Terminal de Contêineres do Vale do Itajaí); (ii) nº 08012.014090/2007-73 (Requerentes: Logística Brasil – Fundo de Investimento em Participações, Porto Novo Participações S.A. e Carlos Alberto de Oliveira Junior); (iii) nº 08012.000777/2011-16 (Requerentes: Terminal Portuário Movimentação e Armazenagem Participações S.A., Portos e Serviços Logísticos Adjacentes Participações S.A., Paranaguá Movimentação de Contêineres Participações S.A., Terminal de Contêineres de Paranaguá S.A.) (CADE, 2017).

¹² A exemplo dos casos Caso M.5066 – Eurogate-APMM e M.5398 – Hutchison – Evergreen.

¹³ Opção pela utilização do nome da instituição que consta da Lei nº 12.529/2011.

¹⁴ PARECER SEI Nº 27/2018/COGTS/SUPROC/SEPRAC-MF, 24 mai. 2018. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/centrais-de-conteudos/notas-tecnicas/advocacia-da-concorrenca/2018/parecer-27-2018/view> - acesso em: 29/02/2020. Parecer SEI Nº 28/2018/COGTS/SUPROC/SEPRAC-MF, 28 mai. 2018. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/centrais-de-conteudos/notas-tecnicas/advocacia-da-concorrenca/2018/parecer-61-2018/view> - acesso em: 21/02/2020.

29. Diante desse quadro, buscou-se identificar as opções de métodos para identificação do MR geográfico de terminais portuários. A partir de uma revisão bibliográfica sobre o tema, três alternativas se destacaram para o presente caso: (i) distribuição e sobreposição de escalas marítimas entre portos – exclusivo para segmento de mercado de terminais de contêineres; (ii) Teste do Monopolista Hipotético (“TMH”), tendo por referência os custos logísticos totais do embarcador; e (iii) avaliação da contestabilidade da região de influência. Cada uma dessas três opções, bem como os principais aspectos de funcionamento do mercado necessários para o debate de MR geográfico de terminais portuários e a conclusão sobre o método escolhido serão discutidos em subseções específicas a seguir.

IV.2.2.1. Aspectos de funcionamento do mercado necessários para o debate de MR geográfico de terminais portuários

Conceito de hinterlândia

30. Ao se tratar de MR geográfico para portos, o conceito de hinterlândia – ou área de influência - vem à tona. Segundo a Antaq, hinterlândia:

“É a região servida por meios ou vias de transporte terrestres, fluviais ou lacustres para onde se destinam os fluxos de cargas decorrentes das operações de descarga de navios e embarcações, no sentido da importação, ou de onde se originam os fluxos de carga para o carregamento de navios e embarcações, destinados ao comércio exterior, exportações, ou a portos nacionais, quando se utiliza da navegação de cabotagem” (ANTAQ, 2011).

31. De acordo com a OCDE (2011), o conceito de hinterlândia se subdivide em: (i) cativa; e (ii) contestável. A hinterlândia cativa é observada quando as distâncias entre o polo de origem / destino da carga e um determinado porto são curtas, o que gera a vantagem competitiva para esse porto, dado os menores custos logísticos incorridos pelos embarcadores. Já na hinterlândia contestável, verificam-se pelo menos dois portos com curtas distâncias do polo de origem / destino da carga, gerando competição entre esses portos.

Transbordo de cargas

32. Outro aspecto destacado pela OCDE (2011) que impacta a definição do MR geográfico em conjunto com o conceito de hinterlândia, é o fato de alguns portos também poderem competir pelo transbordo de carga – *transshipment traffic*. O transbordo de carga consiste no uso de embarcações maiores em um determinado porto – *hub* - que transfere a carga para navios menores – *feeders*, que, por sua vez, transporta-a para outros portos de outras hinterlândias. Dessa forma, destaca a OCDE (2011), dois portos que não atendem a mesma hinterlândia, caso disputem o mesmo tráfego de transbordo, podem localizar-se no mesmo mercado relevante geográfico. Em

outras palavras, onde há competição entre portos por tráfego de transbordo, espera-se que o mercado relevante geográfico seja mais amplo do que do que em casos de portos que concorrem somente pelo tráfego na hinterlândia.

Substituibilidade pelo lado da demanda

33. Mais um elemento chave para a definição do MR geográfico é a substituibilidade pelo lado da demanda, o que significa, pela perspectiva do embarcador, as opções de portos / terminais portuários pelos quais é possível enviar / receber suas cargas com custo logístico total competitivo. A investigação desse quesito dialoga com os conceitos de hinterlândia cativa e contestável, de modo que estarão no mesmo MR geográfico os portos / terminais portuários que competem pelos mesmos clientes (OCDE, 2011).

34. A avaliação de competição entre os terminais, por sua vez, pode ter como proxy a evolução dos *market shares* dos players do MR definido. Para a OCDE (2011) não havendo significativas mudanças em infraestrutura e em circunstâncias usuais, a participação de mercado dos terminais portuários tende a ser estável, por conta dos contratos de longo prazo entre armadores e exploradores de instalações portuárias, que não podem ser alterados no curto prazo. Entretanto, verificam-se situações de *market shares* voláteis, indicando forte competição entre os agentes econômicos do mercado, que podem ter como causas: (i) a redução de preços; (b) a ampliação de capacidade; e/ou (c) inovação nos serviços.

Substituibilidade pelo lado da demanda - terminais portuários de contêineres

35. Ainda em relação à substituibilidade pelo lado da demanda, o mercado de terminais portuários de contêineres traz particularidades que merecem ser abordadas neste guia. Como explorado na Seção IV.1, para esse perfil de carga, o grupo dos usuários é formado não somente pelos embarcadores, mas também pelas empresas que prestam serviço de transporte marítimo regular de contêineres.

36. Quanto à escolha de terminais portuários por esses usuários, os embarcadores de contêineres têm como condição optar pelos portos que ofereçam os serviços das linhas de navegação que atendam a origem / destino de suas mercadorias, sem os quais não concretizam sua operação. Além dessa pré-condição, os outros quesitos chave são (i) nível de serviço e (ii) custo logístico total, com a prevalência do primeiro sobre o segundo, de acordo com revisão bibliográfica feita por Castro (2015, p. 53).

37. Com relação ao nível de serviço exigido por embarcadores de contêineres, deve-se reconhecer que se trata de um quesito de difícil padronização. Tal constatação deriva do fato de que o nível de serviço atrela-se à percepção individual de cada usuário em relação à sua solução logística, de modo que os mais diferentes aspectos da qualidade de prestação do serviço podem ser colocados como variável chave para a escolha do porto¹⁵. Ademais,

¹⁵ Castro (2015, p. 54) apresenta os seguintes exemplos: "(...) usuários que movimentam cargas perecíveis devem ter o prazo da operação como fator decisivo para sua escolha. (...) clientes que transportam cargas de alto valor buscam segurança para seus volumes e optam, muitas

para os embarcadores, o nível de serviço associa-se à minimização do prazo e do risco das operações, variáveis que, caso não executadas conforme o planejado, impactam negativamente sobre o valor monetário da carga. Esse possível impacto negativo sobre o valor da carga proveniente da percepção e/ou materialização de riscos é incorporado aos seus custos, como custos indiretos da carga, que passa a integrar o custo global da operação, juntamente com o custo logístico total (Castro 2015, p. 58-59).

38. Nessa esteira, entende-se que a minimização do custo global da operação é o fator central para a escolha do terminal portuário. Pontua-se que tal variável abarca o custo logístico total somado aos custos indiretos, cuja mensuração mostra-se bastante particular para cada agente econômico, a exemplo do caso do algodão do Oeste da Bahia, a ser apresentado na Seção IV.2.2.3. Por outro lado, equiparadas as percepções de prazos e riscos dos embarcadores, o custo logístico total passa a ser o principal critério de escolha do porto pelo usuário.

39. Sobre o processo de escolha de terminal portuário do outro usuário, o armador que pratica o serviço *liner* – transporte regular, observa-se que este possui incentivos econômicos distintos do cliente típico de terminais portuários, o embarcador. O processo de escolha de terminais portuários de armadores de navios de contêineres parte da avaliação do seguinte trade-off: (i) maior captura de mercado ao estabelecer escalas em mais portos; ou (ii) busca pela eficiência operacional, fazendo menos escalas. Independentemente da estratégia de cada armador, a decisões de transportadores marítimos regulares de contêineres e de embarcadores quanto à escolha dos portos / terminais portuários tende a convergir, como observou Castro (2015):

"É natural considerar ainda, que um armador não escale portos que atendam às mesmas regiões em um mesmo serviço marítimo. Isto porque, ao escalar um porto que atenda a região já coberta, os ganhos de volume associados à nova escala seriam apenas incrementais, não compensando os custos adicionais. Conclui-se, portanto, que a decisão do armador sobre quais portos escalar depende do volume potencial associado a esta escala. Ou seja, a decisão do armador está fortemente atrelada à escolha dos donos de carga" (Castro, 2015, p. 50)

IV.2.2.2. Distribuição e sobreposição de escalas marítimas entre portos

40. O primeiro método para identificação do MR geográfico de terminais portuários a ser apreciado, válido para serviços *liner* de armadores e, conseqüentemente, apenas para o mercado de terminais portuários de contêineres, é a distribuição e sobreposição de escalas marítimas entre portos, cujo indicador é o Índice de Sobreposição de Escalas ("ISE"), calculado para pares de portos¹⁶ (Castro, 2015, p. 82-87).

vezes, por soluções que não envolvam transbordos para minimizar o manuseio de peças. Um terceiro exemplo são usuários que esperam por uma peça de reposição para sua fábrica, e que provavelmente optarão pela viagem mais rápida."

¹⁶ De uma maneira geral, o ISE corresponde a soma do número de escalas coincidentes entre dois portos ponderado pela soma de escalas de cada um desses portos – subtraídas as escalas comuns para evitar duplicidade.

41. O método de distribuição e sobreposição de escalas marítimas entre portos relaciona-se diretamente com o trade-off enfrentado pelos armadores de contêineres para a escolha de portos apresentado na seção anterior: (i) escalar mais portos para ter acesso a mais mercados, com menor eficiência do uso de ativos; ou (ii) escalar menos portos com maior eficiência no uso de ativos, porém com acesso a menos mercados. Por conta dessa racionalidade, armadores tendem a não escalar mais de uma vez a mesma área de influência. Conseqüentemente, na avaliação da sobreposição de escalas dos portos “A” e “B”, caso o resultado do ISE seja elevado, interpreta-se que ambos os portos compõem áreas de influência distintas. Contudo, caso o resultado do ISE seja baixo – poucas sobreposições de rotas entre os portos “A” e “B”, não necessariamente ambos os portos concorrem entre si e se encontram na mesma área de influência. O resultado do ISE baixo demanda investigação qualitativa adicional, que, ao fim, pode indicar a competição entre os portos na mesma área de influência ou situações diversas, a exemplo de um dos portos não ser escalado por não interessar – ser rentável - aos armadores (Castro, 2015, p. 82-87).

42. Importa ressaltar que método semelhante foi aplicado aos terminais de contêineres no Brasil localizados na mesma região geográfica para se compreender quais deles se comportavam como um único sistema – cluster (Ilos, 2013). Naquela oportunidade, nominou-se o método como Índice de Exclusividade de Rotas (“IER”), que consistia em: (i) agrupar um conjunto de terminais portuários de contêineres em uma mesma região geográfica; e (ii) quantificar as rotas marítimas que faziam escalas em apenas um do grupo de portos considerados. Quanto maior esse índice, maior a condição de se assumir que a região se comportava como como um cluster (Ilos, 2013), o que, por decorrência, poderia ser estendido para a definição de MRs geográficos.

43. A aplicação do método mostrou-se exitosa para as regiões Norte, Nordeste e Sudeste. Para a região Sul, os resultados do IER foram inconclusivos, o que demandou análise das regiões de influência de cada um dos terminais para se definir o recorte geográfico adequado para os clusters dos terminais de contêineres de Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Paraná. O resultado alcançado segue na figura abaixo (Ilos, 2013):

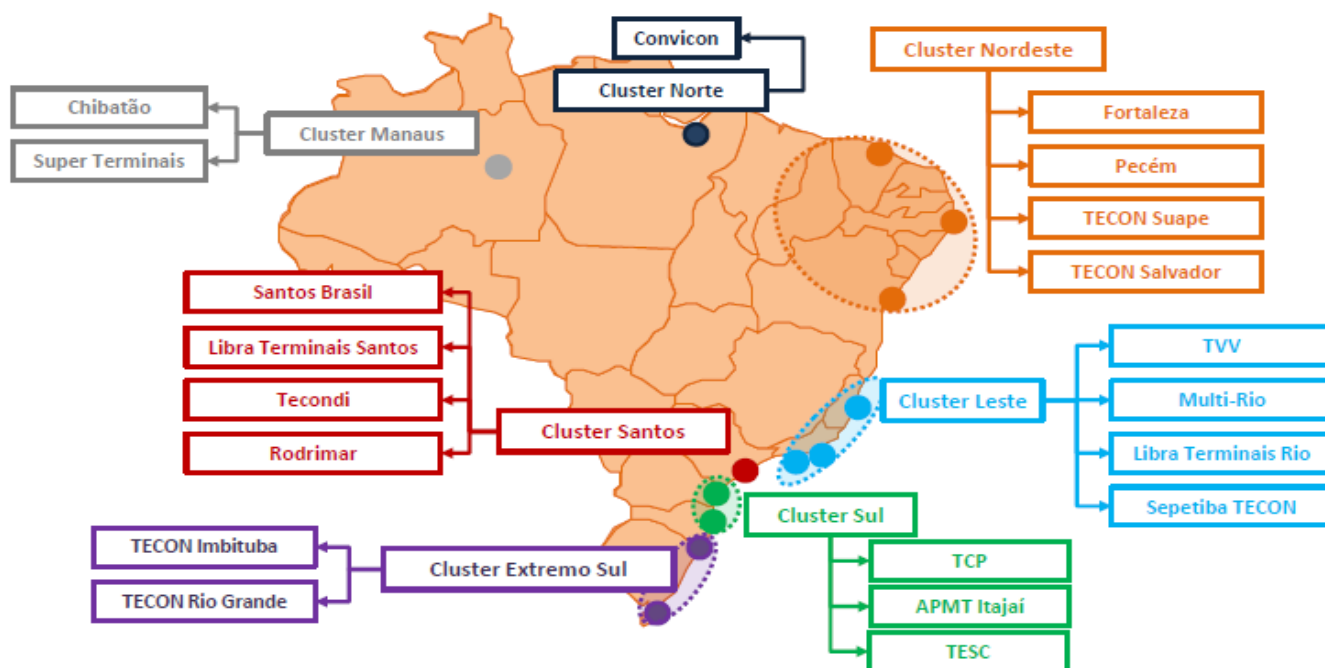


Figura 1 – Clusters de terminais de contêineres no Brasil (Ilos, 2013, p. 35)

Fonte: Ilos.

44. O método de distribuição e sobreposição de escalas marítimas entre portos, bem como os resultados do trabalho do Ilos (2013) são interessantes para ilustrar a possibilidade da definição de mercado relevante geográfico para o mercado de terminais portuários de contêineres pela perspectiva do usuário armador. Os outros dois métodos a serem apresentados na continuação desta seção partem da ótica do embarcador e, por isso, podem ser aplicados em casos gerais de terminais portuários, não se restringindo a contêineres. De qualquer forma, a abordagem da distribuição e sobreposição de escalas marítimas entre portos para a investigação de MR geográfico de terminais de contêineres pode ser empregue em caráter complementar, de modo a trazer maior embasamento à análise.

IV.2.2.3. Teste do Monopolista Hipotético (“TMH”)

45. O segundo método para identificação do MR geográfico de terminais portuários a ser apreciado é o Teste do Monopolista Hipotético (“TMH”). De acordo com o Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal (“Guia-H”) do Cade, 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 (small but significant and non-transitory increase in price, sigla em inglês para “pequeno porém significativo e não transitório”). Nesses termos, o TMH envolve a reação do consumidor a hipotético aumento de

preços. Trata-se da ferramenta analítica central para a identificação de MR, seja pela dimensão produto, seja pela dimensão geográfica – foco da presente análise.

46. O TMH pode ser implementado por intermédio tanto de informações qualitativas sobre a dinâmica de funcionamento do mercado, coletadas via dados e informações públicos ou teste de mercado realizado junto a fornecedores, clientes, concorrentes e reguladores – quando for o caso - das empresas objeto da operação, quanto de métodos quantitativos, como a análise de Perda Crítica – ou Elasticidade Crítica¹⁷. Oportuno pontuar que, enquanto nos métodos qualitativos variáveis de escolha de portos e/ou terminais portuários por embarcadores diferentes do preço são levadas em conta na avaliação, nos métodos quantitativos, a discussão restringe-se a variável preço.

47. A partir da desse referencial, Pinheiro e Mattos (2019) propõem método para definição de MR geográfico de terminais portuários, a partir do TMH¹⁸. O modelo dos autores tem por referência a tomada de decisão do importador pelo custo total do transporte, considerando que o custo do serviço portuário representa uma parcela do custo total de transporte. Assim, o peso do custo do serviço portuário no custo total de transporte pode ser mais ou menos elástico, afetando a percepção do importador quando da aplicação de um SSNIP de 5-10% no custo dos serviços portuários. O resultado do trabalho apontou que alguns portos apresentaram elasticidade positiva – como Vitória, Paranaguá e Itajaí, para contêineres - e perdem carga para outros portos, não necessariamente no mesmo estado e no mesmo cluster, o que indica competição interportuária, em desafio aos precedentes do Cade. Outro destaque do resultado do estudo é o fato de dois portos não se contestarem reciprocamente. Segundo os autores, Paranaguá contesta Itajaí para contêineres, todavia Itajaí não contesta Paranaguá.

48. Destaque-se que a metodologia de pesquisa utilizada por Pinheiro e Mattos (2019) calcou-se em modelo de quatro etapas, que inclui: (i) o local de produção da carga – a pesquisa apenas considerou o sentido exportação; (ii) uma rede de transporte virtual; (iii) os caminhos logísticos para saber o menor custo entre os centróides - municípios produtores - e porto exportador; e (iv) cálculos da elasticidade preço cruzadas da demanda cruzadas entre os portos da pesquisa. Foram calculados os valores dos fretes para cada um dos caminhos logísticos de menor custo – trajeto entre polo produtor e porto, por um lado, enquanto foi atribuído o mesmo valor do custo de serviços portuários para todos os portos, por outro.

49. O trabalho de Pinheiro e Mattos (2019) tem o mérito de trazer a ferramenta analítica do TMH para a definição do MR geográfico de terminais portuários, de forma intuitiva e muito próxima à escolha do porto de emissão ou recebimento das cargas por parte de embarcadores, em especial os do segmento de contêineres, quando calcam sua decisão no custo logístico total . Ademais, trata-se de um método quantitativo, que pode se valer de dados

¹⁷ Perda Crítica/Elasticidade Crítica: avalia, de maneira quantitativa, se um aumento de preço (geralmente definido em 5%) é ou não lucrativo, considerando a margem de lucro e a elasticidade preço da demanda do mercado-WERDENG.J.(2002).

¹⁸ A pesquisa teve por escopo instalações portuárias dedicadas a soja, minério de ferro e contêineres, localizadas em portos organizados nas regiões Sul e Sudeste, no sentido exportação para o Porto de Roterdã, na Holanda (Pinheiro e Mattos, 2019).

atualizados, não vinculado à movimentação pretérita, o que sugere investigação mais aderente à dinâmica do mercado do que a avaliação de hinterlândia – que será debatida na Seção IV.2.2.4, como argumentam os próprios autores.

50. Contudo, a aplicação dessa metodologia para casos concretos de AIC-TC não se mostra a mais indicada. Em primeiro lugar, considerando a adequação do método proposto e sua aplicação em caso concreto, o volume de dados e informações a ser coletado e processado para abarcar os fluxos de importação e exportação, nos possíveis portos concorrentes, com os correspondentes custos dos serviços portuários, para diferentes grupos de produtos seria proibitivo nos curto e médio prazos. Em segundo lugar, em que pese a não objeção à hipótese dos autores de tomada de decisão do embarcador por “custos logísticos totais”, entende-se que esses custos não se limitam ao trajeto entre o polo produtor / consumidor da carga e o porto, devendo contemplar todo o percurso entre origem e destino da carga, incluindo o frete marítimo e o custo do transporte no país de origem / destino da carga. Tal posicionamento está em linha argumento da OCDE (2011), que defende a escolha de portos pela demanda tem de estar de acordo com os seus requisitos de escolha do transporte total das mercadorias, do ponto de origem ao destino final da carga¹⁹.

51. Em terceiro lugar, é questionável calcar a definição do mercado relevante geográfico desse mercado somente em menores custos logísticos totais, perdendo a dimensão dos outros dois fatores de escolha de portos e/ou terminais portuários por embarcadores, em especial em caso de contêineres: (i) nível de serviço para atendimento do embarcador; e (ii) presença da linha de navegação no porto e/ou terminal portuário que atenda ao embarcador.

52. O caso da exportação de algodão produzido no Oeste da Bahia – com destaque aos municípios de Barreiras, Luís Eduardo Magalhães e São Desidério - ilustra esse fato. A mencionada região exportou entre 2016 e 2020, em média, cerca de 200 mil toneladas de algodão por ano²⁰. Praticamente toda a exportação do produto no período – 97% em média, realizada por contêineres, foi escoada pelo Porto de Santos, a 1.664 km de distância rodoviária de Barreiras, enquanto o Porto de Salvador encontra-se a 873 km de distância rodoviária do referido município. Considerando que tanto para Santos como para Salvador a carga é transportada pelo modo rodoviário, há de se intuir que o custo logístico entre Barreiras e Salvador é significativamente inferior ao custo entre Barreiras e Santos. Mesmo assim, o que levaria os embarcadores preferirem escoar sua produção para exportação por Santos?

53. Certamente o custo logístico total do transporte entre Barreiras e o porto de destino não é o quesito de escolha dominante. Pode-se especular quais seriam esses os critérios que levam a essa escolha racional por parte dos embarcadores, a exemplo do próprio custo logístico total entre a origem e o destino da mercadoria, da questão do Porto de Santos possuir maior oferta de serviços de linhas de navegação com atendimento mais abrangente ao

¹⁹ “(...) customers’ demand for port services is derived from the demand for transportation of goods from initial origin to final destination. Neither the initial origin nor the final destinations tend to be ports themselves. Therefore, customers may in principle choose between different ports to meet their overall transportation requirements.” (OCDE. 2011, p. 30)

²⁰ Dados de exemplo extraídos do Comex Stat.

Guia AIC-TP

mercado consumidor do produto ou mesmo de algum outro aspecto relativo percepção de melhor nível de serviço em Santos.

54. Lopes et. al (2018), que avaliaram o caso de o escoamento do algodão do oeste baiano ocorrer pelo porto paulista ao invés de pelo Porto de Salvador, teceram o seguinte quadro de vantagens e desvantagens de cada porto:

Porto de Salvador	
Vantagens	Desvantagens
Menor percurso rodoviário (metade da distância de Santos)	Frete marítimo muito elevado
Menor movimentação portuária (menor lotação comparado a Santos)	<i>Transit Time</i> muito longo (entre 20-25 dias a mais que Santos quando o destino é a Ásia)
Maior proximidade com o produtor da região oeste da Bahia	Pouca opção de armadores / navios
Boa estrutura física	Menor frequência de navios
Baixo risco de perda de deadline	
Baixo risco de omissão de navio	
Maior proximidade com órgãos públicos, principalmente Ministério da Agricultura	
Porto de Santos	
Vantagens	Desvantagens
Existência de terminais já experientes na movimentação do algodão	Grande concentração de carga
<i>Depot</i> de vazios mais próximo ao Porto	Tempo longo de espera para descarga
Maior disponibilidade de contêiner vazio disponível para embarque	
Maior número de escala de navios com <i>transit time</i> menor até a Ásia	

Quadro 2 - Vantagens e desvantagens do escoamento do algodão do oeste baiano pelos portos de Salvador e Santos

Fonte: Lopes et. al, 2018 (p. 57)

55. Nota-se que há uma série de quesitos que podem se sobrepor ao menor custo logístico total entre o polo origem / destino da carga e o porto na escolha de um terminal portuário pelo embarcador em um caso concreto. Por esse motivo, a utilização de um método quantitativo de TMH que leve em conta somente a variável preço - custo logístico total do transporte, desconsiderando os demais critérios, para se identificar o mercado relevante geográfico de terminais portuários não se mostra o mais recomendado para a AIC-TP.

IV.2.2.4. Avaliação da contestabilidade da região de influência

56. O terceiro método para identificação do MR geográfico de terminais portuários a ser apreciado é a avaliação da contestabilidade da região de influência. Tal discussão remonta dos conceitos de hinterlândia cativa e contestável, apresentada na Seção IV.2.2.1, contudo considerou-se mais apropriado o termo “região de influência”, que se refere ao conjunto de localidades para as quais um determinado porto – ou mais de um porto - representa

Guia AIC-TP

a melhor solução em termos de custos logísticos terrestres (Castro, 2015, p. 62), ao invés do conceito de hinterlândia, apresentado no início da Seção IV.2.2.1. A partir disso, a metodologia vale-se de ferramental analítico bastante utilizado em análises antitruste: para uma certa região, verifica-se a evolução do *market share* dos players – no caso, dos portos, para avaliar se há competição entre eles pelas cargas da região de influência. Em outras palavras, analisa-se a captura de cargas de uma determinada região por um conjunto de portos.

57. Langen (2007) utilizou esse método para avaliar a captura de cargas da Áustria, país sem acesso direto ao oceano, por seis portos em cinco países diferentes, a saber: (i) Hamburgo – Alemanha; (ii) Bremen – Alemanha; (iii) Roterdã – Holanda; (iv) Antuérpia (Bélgica); (v) Trieste – Itália; e (vi) Koper – Eslovênia. A localização dos referidos portos em relação à Áustria consta na figura abaixo, cabendo enfatizar a proximidade geográfica entre o referido país e os portos ao sul – Trieste e Koper:



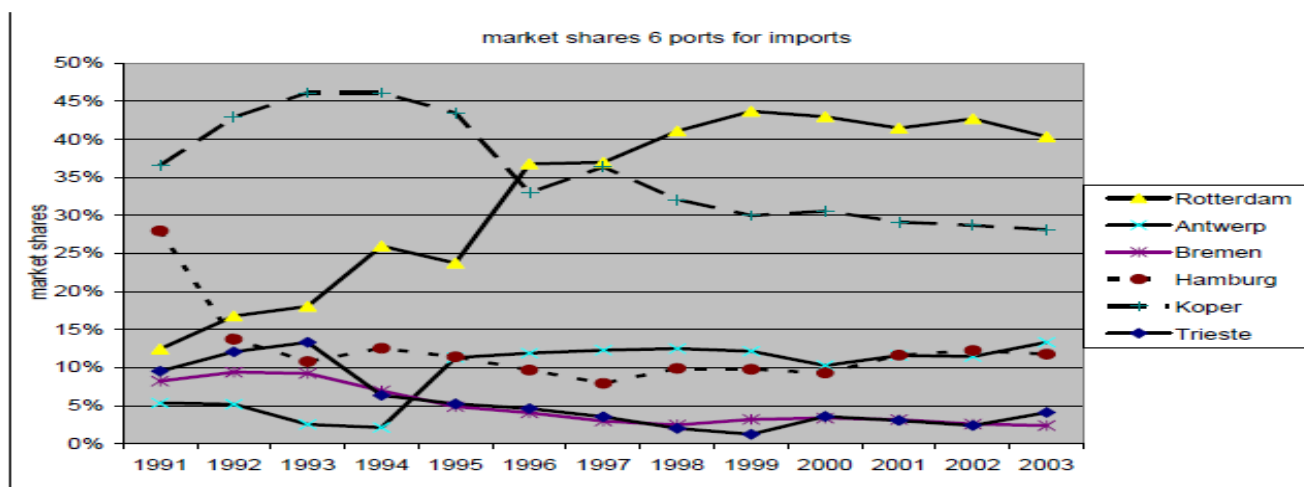
Figura 2 - Identificação dos 6 principais portos marítimos que atendem as cargas da Áustria

Fonte: Langen (2007, p. 5)

58. Ao se deparar com os resultados gráficos de oscilação de participação de mercado desses seis portos em relação às cargas de importação e exportação austríacas, Langen (2007) alcançou os seguintes resultados:

Guia AIC-TP

Importação



Exportação

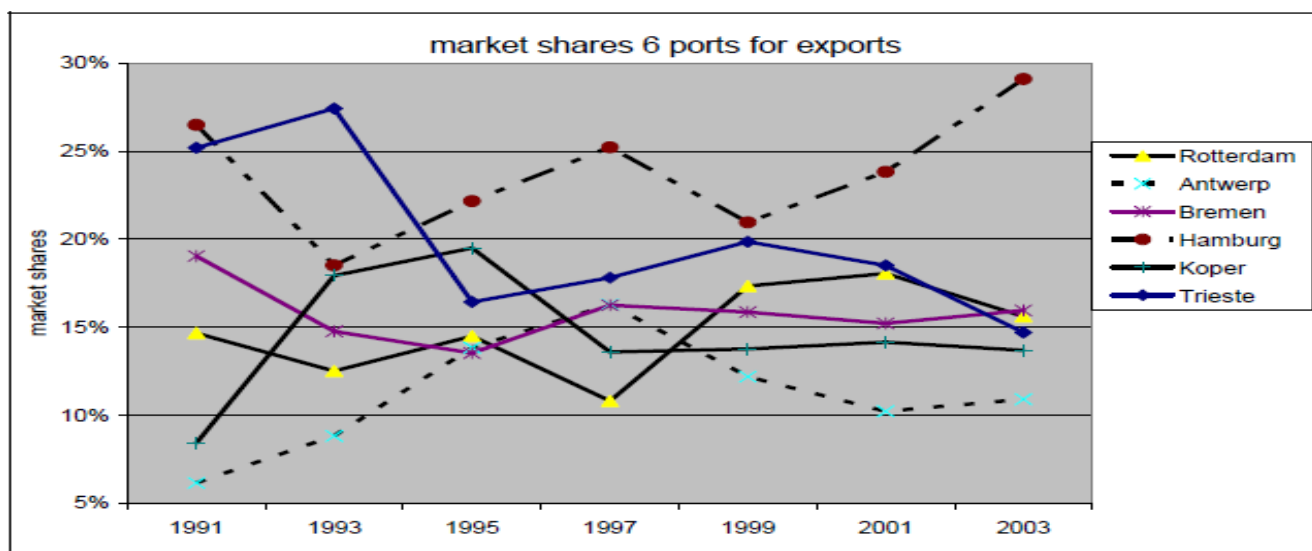


Figura 3 - Evolução do market share dos portos que atendem a Áustria para importação e exportação (1991-2003)

Fonte: Langen (2007, p. 6-7)

59. Com base nos dados da Figura 3, restou claro que a Áustria é uma região de influência contestável. Nas palavras de Langen (2007, p. 12)²¹:

“(...) ano a ano mudanças no market share nos portos concorrentes são consideráveis. Isso demonstra que as cargas alternam-se entre os portos e que o market share pode ser ganho e perdido. Esse fato pode

²¹ Tradução livre para: “(...) the year to year changes of market shares of competing ports are considerable. This demonstrates that cargoes do shift between ports and that market share can be lost or won. This may be attributed at least partially to fierce port competition. Thus, ports constantly run the risk of losing market share in their contestable hinterland.”

ser atribuído ao menos parcialmente ao acirramento da competição entre os portos. Assim, portos constantemente assumem o risco de perder market- share em suas hinterlândias contestáveis.”

60. Ao se observar as Figuras 2 e 3, nota-se que os portos geograficamente mais próximos da Áustria, Trieste e Koper – respectivamente situados na Itália e na Eslovênia, no qual se poderia intuir um custo logístico total inferior aos demais, não são os líderes de movimentação, seja para o fluxo de importação, seja para o fluxo de exportação. Tal constatação, como coloca Langen (2007, p. 8), deve-se aos motivos de escolha de portos pelos embarcadores levantados na pesquisa, cujos principais motivos foram: (i) localização geográfica dos portos; (ii) número de escalas e rotas ofertadas pelos portos; e (iii) conexão com a hinterlândia. Destaque-se ainda que a pesquisa aferiu que custo do transporte é importante, mas não é decisivo (Langen, 2007, p. 8).

61. Tais resultados sobre os motivos que levam a região de influência da Áustria a ser contestável por seis portos, nos termos do trabalho de Langen (2007), ao invés de se concentrar apenas no porto que apresenta o menor custo logístico total, guarda semelhança com o debate realizado na Seção IV.2.2.1 referente à substituíbilidade pelo lado da demanda de terminais portuários de contêineres. Naquela discussão, concluiu-se que o custo global da operação representa elemento central para a escolha do terminal portuário, prevalecendo sobre o custo logístico total, haja vista a identificação de outros quesitos mais importantes para a definição do(s) porto(s) a ser(em) utilizado(s) pelo embarcador, a exemplo das várias nuances de nível de serviço e percepção de risco.

62. Nesse cenário, o uso do histórico de evolução do *market share*, avaliando a estabilidade ou a oscilação das participações de mercado dos portos que atendem a uma determinada região, capta, de alguma forma, as variações do custo global da operação dos embarcadores – custo logístico total mais custos indiretos. Por esse motivo, entende-se que o método apresentado nesta seção, avaliação da contestabilidade da região de influência, é mais adequado para a definição do MR geográfico na AIC-TP do que o método apresentado na seção anterior, o TMH referenciado nos custos logísticos totais do embarcador.

IV.2.2.5. Conclusão sobre o método de definição do MR – dimensão geográfica

63. O método a ser utilizado preferencialmente pela AIC-TP para a definição do MR geográfico será o de avaliação da contestabilidade da região de influência, inspirado no trabalho de Langen (2007), com os ajustes propostos por Castro (2015).

IV.3. Possíveis Sobreposições horizontal

64. O terceiro elemento da AIC-TP é a avaliação das possíveis sobreposições horizontais resultantes da nova outorga. Tal avaliação deve levar em conta dois momentos: (i) o MR vigente; e (ii) o MR pós-outorga. Com relação às condições vigentes do MR, cabe levantar o cenário base de competição no mercado, bem como avaliar: (i) a existência de rivalidade efetiva no mesmo; e (ii) eventual existência de condutas anticompetitiva unilaterais

Guia AIC-TP

comprovadas ou pelo menos denúncia investigada ou em investigação, referente aos agentes econômicos atuantes no MR.

65. No momento pós-outorga, deverão ser traçados cenários para o ambiente concorrencial, uma vez que, diferentemente de um AC em que se conhece quais agentes econômicos do mercado terão centro decisório unificados, para novas outorgas de terminais portuários, não se sabe qual será o resultado da licitação. Em seguida, deve-se aferir a rivalidade efetiva após a outorga para cada um dos cenários. Dessa forma, devem ser avaliados os seguintes cenários:

- a) nova outorga a um entrante;
- b) nova outorga a incumbente de maior participação de mercado no MR; e
- c) nova outorga a incumbente de “n isma” participação no MR.

66. A análise de rivalidade efetiva tanto do MR vigente quanto dos cenários de MR pós-outorga deve se valer da evolução de *market share* como proxy, complementada preferencialmente com avaliações que abordem: (i) a concentração de mercado via Índice Herfindahl-Hirschman (“HHI”); (ii) uso da capacidade dinâmica dos terminais – disponibilidade de capacidade ociosa; e (iii) previsões de demanda para o horizonte de prazo de vigência de outorga.

67. No que se refere aos limiares de presunção de posição dominante para o mercado de terminais portuários, convém lembrar que, segundo o § 2º do art. 36 da Lei 12.529/2011, o limiar é de 20% de participação de mercado, podendo “(...) ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia.”. Já nas licitações de arrendamentos portuários pretéritas, o limiar de presunção de posição dominante especificado nos editais do certame foi de 40% de participação de mercado²², em consonância com os precedentes da Comissão Europeia²³.

68. De qualquer forma, considerando que no mercado de terminais portuários há economias de escala, uso intensivo em capital e limitações de área, geográficas e/ou ambientais para a implantação de novos ativos, os correspondentes MRs dos casos concretos tendem a ser, na maior parte das vezes, oligopólios. Caso se confirme essa tendência, independentemente do limiar estabelecido de participação de mercado para presunção de posição dominante, pode-se considerar, de antemão, que haverá possibilidade de exercício de poder de mercado, nos termos dos referenciais técnicos utilizados pelo Cade na análise de sobreposições horizontais. Por conseguinte, torna-se cabível a análise de probabilidade de exercício de poder de mercado, a ser materializada pela avaliação da rivalidade efetiva nos cenários de mercado relevante, cuja necessidade já foi identificada acima nesta seção.

69. Nesses termos, para fins da AIC-TP não se considera pertinente estabelecer parâmetros ou mesmo definir limiares de presunção de posição dominante para o mercado de terminais portuários.

²² Vide: LEILÃO Nº 08/2020-ANTAQ - arrendamento da área IQ12. Disponível em: http://web.antaq.gov.br/Sistemas/WebServiceLeilao/DocumentoUpload/Audiencia%2067/20210209_Edital_de%20acordo%20com%20Parecer%20005%20-%20IQ12%20v.F%20-%20ap%C3%B3s%20CR01.pdf – acesso em 23/07/2021.

²³ A exemplo do caso COMP/M.1741 — MCI WorldCom/Sprint.

IV.4. Possíveis Integrações Verticais

70. O quarto elemento da AIC-TP é a avaliação das possíveis integrações verticais resultantes da nova outorga. Mais uma vez, a avaliação deve levar em conta dois momentos: (i) o MR vigente; e (ii) o MR pós-outorga. Com relação às condições vigentes, primeiramente deve-se averiguar se há integrações verticais envolvendo o MR de terminais portuários. Caso haja, cabe verificar se consta alguma conduta anticompetitiva comprovada ou pelo menos denúncia investigada ou em investigação referente à integração vertical.

71. Já no MR pós outorga, deve-se aventar os cenários de críveis de surgimento ou reforço de integração vertical no MR. Uma relação de possíveis verticalizações com o mercado de terminais portuário – considerando a referência desembarque / importação é apresentada a seguir:

- À montante:
 - armadores – longo curso e cabotagem;
 - gestão do acesso aquaviários (Autoridade Portuária);
- À jusante:
 - transporte ferroviário - concessionária;
 - transporte rodoviário – concessionária;
 - transporte dutoviário – infraestrutura e operação;
 - operadores logísticos;
 - Terminais Retroportuários Alfandegados (TRAs) - armazenagem;
 - outros terminais portuários – armazenagem.

72. De acordo com recomendação do Cade, deve-se utilizar o conceito de grupo econômico para identificar os players relevantes nos mercados verticalmente integrados envolvidos, ampliando assim o espectro da análise para além dos agentes diretamente relacionados com o mercado de terminais portuários, com o intento de se obter um cenário concorrencial mais acurado. No entendimento do órgão antitruste, ao se avaliar os grupos econômicos:

“(...) pode-se identificar relações entre empresas que tendem a arrefecer a concorrência em um determinado mercado relevante, como nos casos em que haja um relação de controle societário entre duas empresas; que duas ou mais empresas tenham o mesmo controlador; existência de participações societárias minoritárias que permitam influência relevante sobre a atuação de uma empresa; ou, ainda, situações em que haja a possibilidade de acesso a informações concorrencialmente sensíveis de um concorrente.

73. Nessa linha, havendo cenários de críveis de surgimento ou reforço de integração vertical no MR, demanda-se a realização de análise de capacidade e incentivos do cenário da empresa verticalmente integrada para fechamento de mercado, que deve observar:

Guia AIC-TP

- a) posição dominante do agente econômico investigado, o que exige: (i) definição de MR; e (ii) quando for o caso, avaliação das condições concorrenciais efetivas;
- b) com relação à possibilidade ou capacidade de fechamento do mercado, torna-se necessário verificar itens como: (i) participação de mercado da empresa integrada verticalmente; (ii) custos de troca para recorrer a um fornecedor alternativo - presença de relações de exclusividade ou nível de verticalização de mercado; e (iii) existência de elementos mitigadores como presença de competidores no mercado, capacidade ociosa por parte dos concorrentes, nível de qualidade dos insumos alternativos, baixos custos de troca, dentre outros; e
- c) no que se refere à probabilidade ou incentivos da empresa integrada à efetivamente fechar o mercado, há necessidade de analisar: (i) rentabilidade da estratégia; (ii) existência de um trade-off - abre-se mão de receitas em um mercado na expectativa de recuperação em outro mercado; (iii) custo de oportunidade da estratégia - a depender da margem de receitas à montante; (iv) grau de retorno em caso de sucesso da estratégia - a depender da margem de receitas à jusante; (v) capacidade de promover um desvio da demanda dos concorrentes para a empresa integrada; e (vi) existência de elementos mitigadores como margem elevada à montante - alto custo de oportunidade das vendas recusadas, baixa margem de lucro à jusante - vale a pena manter vendas para concorrentes, baixa capacidade de desviar a demanda para a empresa integrada - custo do insumo pequeno frente ao total do produto ou baixa substituíbilidade entre os concorrentes, dentre outros.

IV.5. Possíveis riscos à competição no leilão

74. O foco dos quatro elementos da AIC-TP apresentados até o momento refere-se à competição entre agentes de mercado após o leilão - ambiente concorrencial saudável, pós-outorga. Não obstante, a presente metodologia deve zelar também pela concorrência no leilão, na disputa pelo objeto licitado. As avaliações das etapas anteriores da AIC-TP, sobretudo, a caracterização da cadeia produtiva afeta ao terminal e as possíveis integrações verticais, pela ótica de grupos econômicos integrados à operação de terminais portuários, indicarão possíveis riscos à competitividade na licitação do ativo a ser outorgado.

75. Nessa linha, demanda-se a realização de análise específica que avalie os custos e os benefícios de se cercear a liberdade de participação no certame de agentes econômicos, individuais ou em consórcio, em prol da concorrência pelo objeto da licitação.

IV.6. Contribuições do Cade ao Guia AIC-TP

76. Em sua manifestação sobre a minuta do Guia AIC-TP, o Cade apontou um conjunto de aspectos para o aperfeiçoamento da análise a ser orientada por este guia. Dentre elas, o conselho destacou dois aspectos

preocupações concorrenciais referentes ao mercado de terminais portuários: (i) integrações verticais – cujas recomendações já se mostram contempladas na Seção IV.4; e (ii) formação de consórcios entre empresas para participação em licitações. Destacam-se também as contribuições referentes às medidas para mitigar problemas concorrenciais decorrentes de outorgas de terminais portuários – a ser exposta na Seção IV.7. O órgão antitruste apresenta ainda recomendações sobre licitações competitivas. Por fim, o Cade externou seu posicionamento sobre eventuais restrições a participações de agentes econômicos na licitação para fins concorrenciais.

IV.6.1. Formação de consórcios

77. Quanto à formação de consórcios, o Cade teceu uma série de considerações sobre o tema. O caso de formação de consórcios entre empresas para licitação de terminais portuários, promovidas pela Administração Pública, enquadra-se na exceção prevista no parágrafo único do art. 90 da Lei nº 12.512/2011²⁴ de que todas as operações relativas a consórcios devem ser submetidas à avaliação do Cade. O consórcio, por ser um acordo associativo²⁵, representa item de preocupação concorrencial. Isso porque, a despeito das vantagens conhecidas desse arranjo entre empresas, é possível que a formação de consórcios leve ao uso de estratégias anticoncorrenciais por parte das consorciadas, como pode visualizado no quadro abaixo:

Vantagens da formação de consórcios	Desvantagens da formação de consórcios
1. Possibilidade do aumento do número de participantes em certames , especialmente em casos de grandes contratações, nas quais uma empresa isoladamente não teria condições de fornecer o bem e/ou o serviço licitado	1. Possibilidade de práticas de divisão de mercado acordadas previamente entre concorrentes que possuem capacidade técnica e financeira para, isoladamente, prestarem o serviço e/ou fornecerem o produto licitado. Isso leva à redução da competitividade do certame visto que potenciais concorrentes suprimem suas propostas individuais, passando a formar um consórcio que aloca parcelas do objeto licitado às consorciadas
2. Possibilidade de incentivo à participação de empresas entrantes ou de menor porte no mercado e, com isso, compensar a substancial vantagem competitiva de empresas capazes de apresentar propostas individuais	2. Possibilidade de acordo entre empresas com relação à definição dos ganhadores de licitações em situações em que haja certa previsibilidade de ocorrência dos certames e que os produtos sejam similares entre si;
3. Eventuais vantagens providas da conjugação de esforços e expertise de empresas reunidas em consórcio como redução de custos, aumento da qualidade de produtos e/ou serviços e ganhos de	3. Possibilidade de incentivos a condutas anticoncorrenciais por parte das empresas consorciadas a exemplo da conduta coordenada entre concorrentes diretos, práticas discriminatórias na oferta de produtos e/ou serviços;

²⁴ “Art. 90 Para os efeitos do art. 88 desta Lei, realiza-se um ato de concentração quando: (...) 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.”

²⁵ Acordos (contratos) associativos são definidos pelo Cade nos termos do caput do art. 2º da Resolução Cade nº 17/2016, a saber: “Art. 2º Considera-se associativos quaisquer contratos com duração igual ou superior a 2 (dois) anos (2) que estabeleçam empreendimento comum para exploração de atividade econômica, desde que, cumulativamente: I - o contrato estabeleça o compartilhamento dos riscos e resultados da atividade econômica que constitua o seu objeto; e II - as partes contratantes sejam concorrentes no mercado relevante objeto do contrato.”

Guia AIC-TP

eficiência na execução do contrato, o que pode permitir uma proposta mais vantajosa à Administração Pública;	
4. Facilidades de interação, por parte do contratante, com apenas um interlocutor, ou seja, o líder do consórcio.	4. Possibilidade de aumento de preços ou de propostas menos vantajosas para a Administração Pública , dada a diminuição da concorrência nos certames.

Quadro 3 – Vantagens e desvantagens da formação de consórcios em licitações da Administração Pública

Fonte: Elaboração interna, a partir de informações do Cade²⁶.

78. Por conseguinte, faz-se necessário apurar a potencialidade lesiva de cada operação de consórcio, tanto em caso de da união entre concorrentes diretos, de forma horizontal, quanto em relação a integrações verticais entre agentes econômicos. Conforme passagem transcrita no documento do Cade:

*“A **formação de consórcios** é, portanto, **prática admitida legalmente e, quando adotada dentro dos parâmetros legais e em benefício da lógica de aumento da competitividade**, constitui instrumento importante para a realização de determinadas licitações e execução de certos contratos que sejam técnica ou economicamente mais complexos. (Nota Técnica nº 5/2021/CGAA4/SGA1/SG/CADE, de 05/03/2021, referente ao PA nº 08700.011835/2015-02)”* (grifos nossos)

IV.6.2. Recomendações sobre licitações competitivas

79. Com o intento de estimular a participação do máximo de empresas nas licitações, incentivar a entrada de novas empresas e evitar cláusulas restritivas, o Cade emitiu recomendações para o desenho de editais e para processos licitatórios pautadas em boas práticas internacionais, das quais as seguintes são aplicáveis aos ativos objetos da AIC-TP:

- a) quanto a consórcios, deve-se avaliar a adoção de critérios que estimulem a competitividade, de forma a incentivar a participação de "entrantes" no mercado, e também evitando que tal instituto seja utilizado para "redução estratégica da demanda", fato prejudicial para a valoração do ativo, na perspectiva do poder concedente;
- b) avaliar a criação de incentivos para empresas "entrantes" no que tange aos critérios de pontuação para avaliação técnica das propostas;
- c) definição de requisitos e especificações de forma clara e objetiva, evitando cláusulas de restrições desnecessárias que podem afastar competidores;
- d) quando divulgar os resultados de um processo de concessão, considerar cuidadosamente qual informação divulgar, a fim de evitar a divulgação de informações sensíveis à competição;

²⁶ NOTA TÉCNICA Nº 35/2021/DEE/CADE (p. 8).

- e) evitar qualquer tratamento preferencial ou discriminação para uma determinada classe, tipo ou participante; e
- f) quando o risco de colusão é alto, usar o sistema de envelopes fechados (*sealed-bid*) ao invés de lances abertos (*ascending bid*) nos autos.

IV.6.3. Considerações finais das contribuições do Cade

80. Em suas contribuições ao presente processo, o Cade teceu uma série de complementações e oportunidades de melhoria ao Guia AIC-TP em relação ao documento inicial em caráter de minuta²⁷. Importa ressaltar que o referido conselho não apontou necessidade de revisões ou adequações conceituais e/ou metodológicas ao documento proposto, em aspectos como definição do mercado relevante geográfico ou definição de presunção de poder de mercado para sobreposição horizontal. Dessa forma, depreende-se que os referenciais técnicos do Guia AIC-TP mostram-se em consonância com a boa técnica de análise antitruste.

81. O seguinte posicionamento do Cade resume a visão geral do órgão sobre os resultados e efeitos das AIC-TPs em casos concretos:

“Nesse contexto de dificuldade de se calibrar a intervenção para garantir que seus efeitos restrinjam-se a neutralizar os efeitos concorrenciais negativos projetados e de necessidade de se ampliar o número de concorrentes nos certames de licitação, a inserção de regras restritivas em leilões de outorga de terminais portuários deve ser considerada com a máxima cautela, e as regras propostas devem se restringir à mínima intervenção necessária para que a própria regra não acabe por restringir a concorrência ou limitar a eficiência dos mercados.” (grifos nossos)

82. Por fim, ressalte-se que a colaboração dada pelo Cade ao Guia AIC-TP não afasta a competência legal do referido órgão antitruste de atuação em casos de infrações à ordem econômica que possuam alguma relação com outorgas avaliadas pelo crivo da AIC-TP, segundo as palavras do próprio Cade:

“A manifestação do Cade na presente Nota Técnica visa contribuir com o referido guia com comentários e subsídios sobre metodologias de análise no âmbito da política de defesa da concorrência, os quais poderão ou não ser adotados pelo Ministério da Infraestrutura. Destaca-se, portanto, que a presente manifestação não vincula o Cade em relação a possíveis casos de atos de concentração ou investigações de condutas anticompetitivas que estejam sendo ou venham futuramente a ser analisadas por esta autoridade de defesa da concorrência.”

²⁷ Encaminhado ao órgão antitruste pelo OFÍCIO Nº 268/2021/DNOP/SNPTA, de 13/10/2021 (SEI MInfra nº 4703443).

IV.7. Conclusão e encaminhamentos

83. O último elemento da AIC-TP é sua conclusão que deve se posicionar sobre o propósito da referida análise: se o terminal portuário a ser outorgado enseja preocupações concorrenciais, seja quanto ao leilão em si, seja quanto ao ambiente concorrencial pós-outorga. Caso a resposta seja negativa, o encaminhamento será no sentido de não se estabelecer restrições à participação de agentes na licitação. Se a resposta for positiva, o encaminhamento proporrá regra de restrição ou vedação a participação de agentes na licitação, individualmente e/ou em consórcio ou medidas mitigadoras das preocupações concorrenciais verificadas em caso concreto, a serem previstas em edital e/ou em contrato.

84. Dentre as possibilidades de restrição à participação de agentes econômicos e de medidas mitigadoras das preocupações concorrenciais, vislumbram-se ações como: (i) a necessidade de desinvestimentos, (ii) a imposição de limitações pontuais à formação de consórcios por uma determinada empresa; ou (iii) medidas que interfiram na liberdade quanto à constituição societária de um determinado proponente da licitação. Somente a avaliação dos casos permitirá definir os arranjos de restrição à participação de agentes econômicos mais adequados à finalidade da análise de promoção da competição nas novas outorgas de terminais portuários.

85. Quanto aos desinvestimentos de ativos, o Cade acrescentou que as instituições promotoras da licitação devem observar:

- a) o prazo para desinvestimento - que deve ser adequado à previsão da data de realização do leilão;
- b) a possibilidade de desinvestimento em um prazo que se estenda para além da data do leilão, mediante um acordo com a empresa interessada, implicará a necessidade de monitoramento do cumprimento do acordo, além de enfrentar incertezas quanto à viabilidade da venda dos ativos em questão;
- c) o desinvestimento de ativos pode resultar na necessidade de análise e aprovação por outros órgãos públicos, como agências reguladoras e o próprio Cade, caso se trate de um ato de concentração; e
- d) há que se verificar o efeito do desinvestimento sobre outros mercados, considerando a troca de agentes econômicos.

86. Sobre as limitações pontuais à formação de consórcios e medidas que interfiram na liberdade quanto à constituição societária de um determinado proponente da licitação, o órgão antitruste fez as seguintes observações:

- a) consórcios podem viabilizar a participação de investidores de menor porte que não teriam a capacidade de concorrer isoladamente;
- b) há dificuldade, reconhecida no próprio Guia AIC-TP, de se estabelecer um parâmetro de participação de mercado que atingiria exatamente os agentes do mercado que poderiam adquirir poder de mercado excessivo, caso vençam o leilão;
- c) há possibilidade de contestação da regra sob alegação de discriminação de agentes; e

Guia AIC-TP

- d) há necessidade de se avaliar se a restrição da participação de um agente ou grupo de agentes econômicos poderá favorecer direta ou indiretamente outros concorrentes, que também poderão vir a alcançar um poder de mercado significativo.

87. O Cade recomendou, por fim, com vistas a auxiliar no desenho de intervenções no mercado que busquem neutralizar efeitos concorrenciais negativos, o uso do "Guia de Remédios Antitruste" do órgão antitruste, que se calca em princípios como proporcionalidade, tempestividade, factibilidade e verificabilidade.

Referências

ANTAQ - AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS. Glossário. Brasília: Antaq, 2011. Disponível em: http://infraestrutura.gov.br/images/GLOSSARIO/Glossario_ANTAQ_marco_2011.pdf. Acesso em: 19/03/2020.

BRASIL. Ministério da Infraestrutura. Plano Nacional de Logística Portuária (PNLP) 2019: Sumário Executivo. Brasília, DF, 2020. Disponível em: <https://antigo.infraestrutura.gov.br/images/2020/03/2.14.pdf>. Acesso em: 18/09/2021.

CADE - CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal 2016 do Cade. Brasília, 2016.

CADE - CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Cadernos Cade – Mercados de Serviços Portuários. Brasília, 2017.

CADE - CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. NOTA TÉCNICA Nº 35/2021/DEE/CADE, de 26/11/2021 (SEI Cade nº 0978414), Brasília, 2021.

CASTRO, Ana Beatriz de Oliveira. Análise Crítica e Métodos para Avaliação da Competição Portuária entre Terminais de Contêineres. Dissertação (Mestrado) - Escola Politécnica da Universidade de São Paulo Departamento de Engenharia Naval e Oceânica. São Paulo, 2015.

ILOS. Portos 2021 - Avaliação de Demanda e Capacidade do Segmento Portuário de Contêineres no Brasil. 2013

Langen, de, P. W. (2007). Port competition and selection in contestable hinterlands: the case of Austria. *European Journal of Transport and Infrastructure Research*, 7(1), 1-14.

LOPES, Adriano; Souza, Fabio et al. Exportação de Algodão Via Porto de Salvador - Estudo de viabilidade econômica e comparativo do cenário atual. Conclusão do Programa de Especialização em Gestão de Negócios da Fundação Dom Cabral. Salvador, 2018.

OECD. (2011). Policy Roundtables: Competition in Ports and Port Services.

PINHEIRO, Bruno; MATTOS César. Mercado Relevante Geográfico no Setor Portuário Brasileiro. In *Revista Reflexões – Ensaios sobre a Regulação do Setor Aquaviário Brasileiro*, Ano I – nº 01 – Antaq – Dezembro/2019, p. 47 a 63.