



AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS

Nota Técnica para Proposição de Ato Normativo nº 20/2021/GRP/SRG

Assunto: **Proposta de Instrução Normativa regulamentando a RN 34/2019.**

1. INTRODUÇÃO

1. Trata a presente Nota Técnica de Proposição de Ato Normativo dos estudos da ANTAQ voltados à regulamentação prevista no parágrafo único do art. 9º da Resolução Normativa nº 34, de 2019, informando os critérios da análise de abusividade associados aos Serviço de Segregação e Entrega - SSE nas instalações portuárias e previstos no art. 8º da mesma Resolução.

2. Este documento descreve as premissas e fundamentos que levaram ao texto da proposta de Instrução Normativa-MINUTA GRP (SEI nº 1412343).

2. BASE LEGAL

3. De acordo com a Lei de Criação da ANTAQ, a [Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001](#):

Art. 31. A Agência, ao tomar conhecimento de fato que configure ou possa configurar infração da ordem econômica, deverá comunicá-lo ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, à Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça ou à Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, conforme o caso.

(...)

Art. 43. **A autorização**, ressalvado o disposto em legislação específica, será outorgada segundo as diretrizes estabelecidas nos arts. 13 e 14 e apresenta as seguintes características: [\(Redação dada pela Lei nº 12.815, de 2013\)](#).

(...)

II – **é exercida em liberdade de preços dos serviços**, tarifas e fretes, e em ambiente de livre e aberta competição;

(...)

Art. 45. **Os preços dos serviços autorizados serão livres, reprimindo-se toda prática prejudicial à competição**, bem como o abuso do poder econômico, adotando-se nestes casos as providências previstas no art. 31. (grifo nosso)

4. De acordo com o Regimento interno da ANTAQ, a [Resolução ANTAQ nº 3.585, de 18 de agosto de 2014](#):

Art. 5º São atos administrativos da ANTAQ:

(...)

VIII - Instrução Normativa: ato normativo que, sem inovar, oriente a execução das normas vigentes pelos agentes públicos;

(...)

Art. 53. A Gerência de Regulação Portuária tem, em sua área de atuação, as seguintes competências dentre as atribuídas à Superintendência de Regulação:

VI - acompanhar e avaliar preços e tarifas praticados no âmbito dos portos organizados, terminais de uso privado, estações de transbordo de carga, instalações públicas de pequeno porte, instalações portuárias de turismo e instalações registradas junto à ANTAQ.;

VII - analisar e instruir processos de revisão e de reajuste das tarifas dos portos organizados e de definição de preços-teto praticados por operadores portuários, quando for o caso;

(...)

XII - propor procedimentos para assegurar a defesa dos direitos dos usuários dos serviços prestados nos portos organizados e demais instalações portuárias;

(...)

Art. 60. Às Unidades Regionais compete, em suas respectivas áreas de jurisdição:

(...)

XXII - identificar a prática de infração à ordem econômica e à livre competição, apurando os fatos e identificando os infratores;

5. A Lei da Defesa da Concorrência, a Lei nº 12.529, de 2011, nos ensina no seu o art. 36, § 3º (já expressando a seguir somente as condutas mais pertinentes ao caso em análise):

§ 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

(...)

III - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;

IV - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços;

V - impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição;

(...)

X - discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços;

XI - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais;

(...)

XVI - reter bens de produção ou de consumo, exceto para garantir a cobertura dos custos de produção;

(...)

XVIII - subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem; e

6. Nota-se, porém, que o texto do § 3º do art. 36 da [Lei nº 12.529, de 2011](#) não é exaustivo nessa tipificação, pois ficou expresso um anseio do legislador em ampliar esse poder sancionatório mediante a previsão do comando "além de outras", implicando possibilidade da análise concorrencial avançar em novas situações criadas pelos novos mercados, cada vez mais dinâmicos.

7. Em termos do [Decreto nº 4.122, de 2002](#), vemos:

Art. 2º A ANTAQ tem por finalidade:

II - regular, supervisionar e fiscalizar as atividades de prestação de serviços de transporte aquaviário e de exploração da infraestrutura portuária e aquaviária, exercidas por terceiros, com vistas a:

(...)

c) arbitrar conflitos de interesses e impedir situações que configurem competição imperfeita ou infração contra a ordem econômica.

(...)

Art. 3º À ANTAQ compete, em sua esfera de atuação, adotar as medidas necessárias ao atendimento do interesse público e ao desenvolvimento das atividades portuária e de transporte aquaviário e, em especial:

(...)

XLIV - atuar na defesa e proteção dos direitos dos usuários, reprimindo as infrações e compondo ou arbitrando conflitos de interesses, observado o § 6º deste artigo;

XLV - exercer, relativamente aos transportes aquaviários, as competências legais em matéria de controle, prevenção e repressão das infrações contra a ordem econômica, ressalvadas as cometidas ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, observado o § 5º deste artigo;

XLVI - dar conhecimento ao CADE, à Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça ou à Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, conforme o caso, de fato que configure ou possa configurar infração contra a ordem econômica;

(...)

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:

(...)

XI - regulamentar o tratamento confidencial das informações técnicas, operacionais, econômico-financeiras e contábeis solicitadas às empresas prestadoras dos serviços;

8. As infrações à ordem econômica, segundo a [Resolução Normativa ANTAQ nº 34, de 17 de agosto de 2019](#) são:

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

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

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

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

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

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

IV - fraudar preços por meio da:

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

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

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

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

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

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

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

9. O preço-teto para SSE está no art. 9º da RN 34/2019:

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

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

10. Ademais, disse assim a Lei da Liberdade Econômica, a [Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019](#), no trecho pertinente:

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

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

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

3. **MEMORANDO DE ENTENDIMENTOS CADE E ANTAQ**

11. Em 16 de junho de 2021, ANTAQ e CADE assinaram o Memorando de Entendimentos nº 01/2021, conjuntamente, conforme indica o SEI nº 1355861, no âmbito do Processo ANTAQ nº 50300.011034/2021-56, publicado no Diário Oficial da União no dia 18 de junho de 2021.

12. Segue trecho relevante do Memorando:

“CLÁUSULA 2 - DOS ENTENDIMENTOS CONJUNTOS E COMPROMISSOS

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

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

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

2.1.3 Caso a cobrança do SSE no caso concreto se mostre abusiva e com potencial de gerar os efeitos previstos nos incisos I a IV, do art. 36, da Lei nº. 12.529, de 2011, seja pelo preço ou pelas condições sob as quais é cobrada, configurando infração à ordem econômica, o CADE deverá atuar, sem prejuízo das competências da ANTAQ no caso.

2.1.4 O CADE, ao identificar irregularidades na cobrança de SSE, formulará consulta prévia à ANTAQ sobre a existência de abusividade, que deverá encaminhar resposta em até 90 (noventa) dias.

2.1.5 Caso a ANTAQ não responda no prazo previsto na cláusula anterior, o CADE dará sequência à apuração objeto da consulta.

2.2 ANTAQ e CADE também se comprometem a:

2.2.1 comunicar imediatamente a instauração de processos referentes à cobrança do SSE e suas correspondentes decisões;

2.2.2 promover estudos sobre o mercado regulado, privilegiando a troca de experiências, bem como o aperfeiçoamento dos bancos de dados do setor e das análises técnicas a respeito de diversos temas, inclusive sobre a cobrança do SSE;

2.2.3 promover intercâmbio entre as setoriais técnicas envolvidas na análise dos processos e na normatização da cobrança do SSE, visando integração e uniformização, sempre que possível, de entendimentos;”

13. Em outro trecho, temos alguns critérios de análise:

“CLÁUSULA 3 – DO PROCEDIMENTO PARA IDENTIFICAÇÃO DE ABUSIVIDADE

3.1 A ANTAQ editará, até setembro de 2021, a metodologia para identificação de abusividade na cobrança do SSE para apuração de denúncias no âmbito da Agência, que será elaborada com o auxílio do CADE, nos termos deste memorando de entendimentos.

3.2 A metodologia definirá o fluxograma para a tramitação das denúncias no âmbito da ANTAQ para a análise da abusividade da cobrança do SSE em até 90 (noventa) dias.

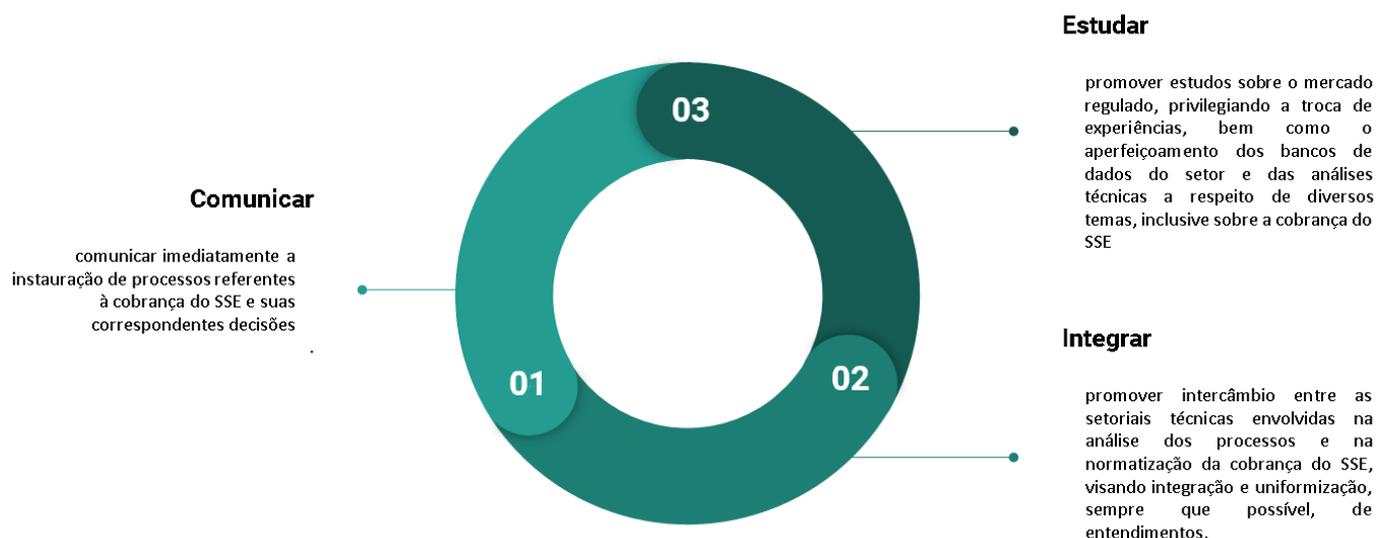
3.3 A metodologia determinará o procedimento para o cálculo dos preços admitidos na cobrança do SSE para cada complexo portuário, que será utilizado como critério para a caracterização da abusividade, observado o contraditório e a ampla defesa dos agentes regulados envolvidos.

3.4 Os preços admitidos de cobrança do SSE por complexo portuário serão calculados pela ANTAQ nos processos administrativos instaurados para apuração de possíveis abusividades, não constituindo tabelamento de preços e nem elaboração de tabela pública referencial.

3.5 A ANTAQ analisará a adequação da cobrança do SSE sempre que for comunicada pelos Operadores Portuários sobre alterações na cobrança do serviço, à luz da metodologia a ser desenvolvida e nos termos da Resolução Normativa ANTAQ 34, de 2019.”

14. Em síntese, as ações pactuadas são:

Figura 1: Ações pactuadas entre CADE e ANTAQ



15. Em termos de critérios de análise de abusividade, temos o seguinte:

Figura 2: Critérios de análise pactuados entre CADE e ANTAQ

Sem divulgação de preço referencial

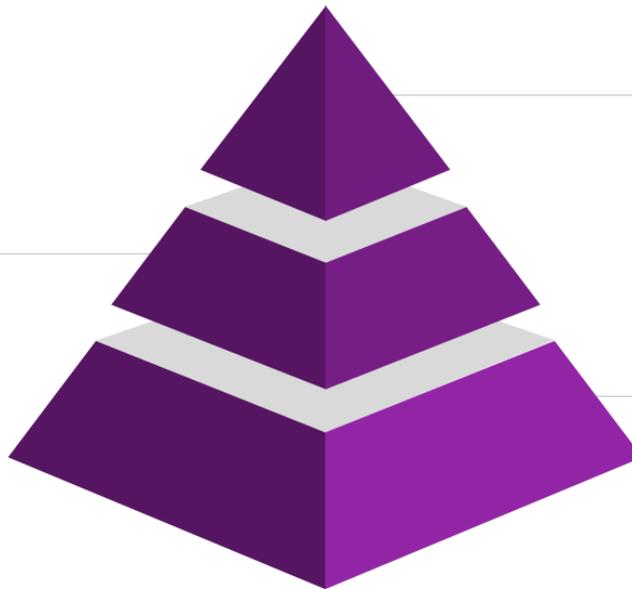
Os preços serão calculados pela ANTAQ nos processos administrativos instaurados para apuração de possíveis abusividades, não constituindo tabelamento de preços e nem elaboração de tabela pública referencial.

Porta de entrada: alteração das tabelas

A ANTAQ analisará a adequação da cobrança do SSE sempre que for comunicada pelos Operadores Portuários sobre alterações na cobrança do serviço, à luz da metodologia a ser desenvolvida e nos termos da RN 34, de 2019.

Preços máximos admitidos para cada complexo portuário

A metodologia determinará o procedimento para o cálculo dos preços admitidos na cobrança do SSE para cada complexo portuário, que será utilizado como critério para a caracterização da abusividade, observado o contraditório e a ampla defesa dos agentes regulados envolvidos.



16. O Memorando de Entendimentos entre CADE e ANTAQ condiciona os prazos e critérios da presente proposta de Instrução Normativa e, sendo assim, não exigem explanação nesta Nota Técnica.

17. Faça apenas os seguintes destaques:

- I - inexistência de abusividade "per se";
- II - um cálculo de preços máximos admitidos para cada complexo portuário (excluindo, portanto, qualquer proposta de um preço nacional ou regional), por metodologia padronizada, por custos;
- III - observância do contraditório e da ampla defesa (a ampla defesa supõe, portanto, uma acusação; assim, caso um denunciante interponha uma petição, deve demonstrar os danos e efeitos que alega, não cabendo a ANTAQ tal papel, já que estará atuando juiz e mediador);
- IV - inexistência de preço referencial a priori (sempre calculado no caso concreto);
- V - análise de preços sempre que comunicada a alteração de valores pelo operador;
- VI - prazo máximo de 90 (noventa) dia para análise de processos relacionados;
- VII - comunicação imediata do CADE quanto i) a abertura de processos de apuração de denúncias (só de denúncias, não se aplicando a comunicação de análises recorrentes); e ii) as decisões;
- VIII - um rol de práticas associadas à práticas delituosas, não exaustiva: (i) a abusividade dos valores, (ii) o caráter discriminatório e não isonômico, (iii) a falta de racionalidade econômica para a cobrança, (iv) a cobrança em duplicidade por rubricas já abrangidas pela "box rate", pelo SSE e/ou remuneradas pela Terminal Handling Charge (THC), (v) a cobrança por serviço sem a efetiva contraprestação;
- IX - definição de um fluxograma para a tramitação das denúncias no âmbito da ANTAQ para a análise da abusividade da cobrança do SSE.

4. DA REDUÇÃO DOS CUSTOS REGULATÓRIOS VIA A INSTITUIÇÃO DE PADRÕES DE ANÁLISE E FLUXOGRAMAS

18. O custo regulatório, ou melhor, o custo de observância regulatória, é o esforço do regulador em aplicar as políticas públicas (leis, decretos e portarias), as normas e os manuais editados pela própria entidade reguladora (incluindo as ordens dos órgãos de controle) e, ao mesmo tempo, monitorar eficazmente o comportamento das empresas reguladas, coletando e analisando sistematicamente dados sobre os resultados dessas organizações. O custo regulatório aumenta especialmente quando a Agência tem interesses ou adota políticas divergentes daquelas assumidas pelos agentes. Quanto mais divergente, mais informações são necessárias para uma intervenção efetiva do regulador. A escalada é ainda mais íngreme quando existem muitas partes interessadas ("stakeholders") no processo decisório.

19. O monitoramento "pari passu" de preços pela Agência impõe custos extraordinários ao regulador. Seriam necessárias várias pessoas dedicadas a tal atividade, incluindo um bom aparato tecnológico (máquinas e ferramental matemático), para que revisem constantemente as fronteiras de cada sub-mercado e identifiquem os custos de produção de cada porto. Por isso, estabelecer pontos de controle é o mais viável.

20. Além disso, diante da inevitável assimetria de informações, o Regulador estaria impelido a coletar dados com os próprios regulados, individualmente. Porém, da célebre “Teoria da Agência” (onde está presente o “problema do agente-principal”), depreendemos que os agentes regulados têm vários incentivos para apresentarem comportamentos oportunistas (“moral hazard”), de maneira que os regulados sempre saberão mais que o regulador sobre o mercado e sobre a própria firma (STIGLITZ, 1985). Nesse cenário, as incertezas e os riscos aumentam (STIGLITZ, 1994), de sorte que as decisões da Agência poderiam inclusive aumentar as ineficiências, em vez de mitigá-las. A racionalidade limitada nos impele, portanto, para decisões mais incrementais, ou melhor, “suficientemente boas”: aquelas que atendam a um nível aceitável de performance.

21. O argumento de racionalidade limitada, proposto por Simon (1955), foi construído a partir da premissa de dinâmica do sistema econômico, em que não apenas as ações dos agentes econômicos mudam ao longo do tempo, mas também o próprio ambiente em que atuam. Dessa forma, a capacidade de predição dos eventos futuros torna-se impossível, em virtude da incerteza sobre as condições futuras do ambiente. Além da incerteza quanto à probabilidade de ocorrência de eventos futuros, o argumento de racionalidade limitada assume também que os agentes não possuem capacidade de obter e processar todas as informações relevantes para a tomada de decisão, tendo em vista a complexidade do sistema em que estão inseridos. Portanto, racionalidade limitada não está apenas relacionada à incerteza estrutural, pois mesmo considerando uma situação hipotética de perfeita informação, a limitação dos agentes para processar este conjunto de informações inviabiliza a busca de resultados maximizadores. Logo, a principal noção que fundamenta o modelo de racionalidade ilimitada ou substantiva é a de que **não há conclusões sem premissas**, o que torna o uso da lógica indispensável para a construção de uma teoria normativa, na medida em que o estabelecimento de regras de inferência permite obter leis gerais imutáveis com base em axiomas ou pressupostos induzidos de observações empíricas. Mesmo assumindo que os axiomas não são arbitrários, os resultados obtidos a partir do **processo de inferência não são infalíveis**.

22. A característica crucial destes procedimentos na ótica de Simon (1999) refere-se à tomada de decisões na forma sequencial. No modelo comportamental de racionalidade limitada, as escolhas não precisam ser infinitamente longas, de forma a abranger a interdependência entre todas as variáveis de um “mundo único”. Separar os problemas em seus componentes básicos significa estabelecer prioridades, ou seja, resolver, primeiramente, os problemas mais urgentes e postergar os demais. Desenvolver um procedimento ou uma forma de cálculo para traçar um bom curso de ação é compatível com o modelo de racionalidade limitada, porém, para Simon, este procedimento nunca garantirá o ótimo global.

23. Segundo Tisdell (1996), os agentes econômicos não procuram maximizar uma função-objetivo, mas sim obter resultados satisfatórios. A racionalidade que permeia as decisões humanas é a racionalidade processual. É possível encontrar um resultado aproximado que permita traçar um bom curso de ação. A noção de racionalidade substantiva, ao contrário, apoia-se na premissa de que os indivíduos conseguem escolher o curso de ação exato para alcançar objetivos maximizadores, ou seja, ótimos globais.

24. Portanto, na teoria comportamental de Simon, o uso de procedimentos padronizados tem o objetivo de absorver a incerteza. Os procedimentos utilizados podem ser interpretados como algoritmos que permitem a tomada de decisões diárias. Estas decisões tornam-se rotineiras na medida em que geram resultados bem-sucedidos, gerando confiança.

25. Por fim, nas palavras de Simon (1999), **nenhum procedimento de análise deve ser encarado como definitivo** ou absoluto. Estão sempre em evolução. O aprendizado torna-se um elemento importante para a compreensão do sistema econômico quando a análise estática é substituída pela análise dinâmica, com base no reconhecimento de que ao longo do tempo os agentes experimentam novos eventos e adquirem novas informações que influenciarão seu comportamento e suas expectativas sobre a atividade econômica no futuro.

5. REGULAÇÃO BASEADA EM FALHAS DE MERCADO

26. Da teoria econômica, o regime de mercado, por si só, não seria capaz de gerar um sistema perfeitamente equilibrado. As deficiências na concorrência ocorrem pela existência de competição equilibrada entre os agentes do mercado: quando um agente ou grupo de agentes passa a concentrar parcela muito significativa de poder econômico e, valendo-se dessa posição privilegiada, atua no sentido de afetar substancialmente o nível da oferta ou da demanda e com isso prejudicar – ou mesmo eliminar – a obtenção dos resultados positivos que geralmente são esperados da atividade econômica competitiva.

27. A seguir, listamos as principais falhas de mercado potencialmente associadas ao SSE. O combate às falhas de mercado e a maximização da eficiência são os grandes objetivos de qualquer recomendação de ação regulatória. A ausência de falha de mercado implica, em hipóteses, a desnecessidade de regulação.

5.1. Aumento nos Custos de Transação

28. Transações raramente podem ser realizadas sem custos para o agente. Os custos de transação são aqueles com os quais os agentes se defrontam toda vez que necessitam recorrer ao mercado, e estes custos seriam, do

modo mais formal, os custos de negociar, redigir e garantir que um contrato será cumprido.

29. De acordo com Fiani (2002), os custos de transação são os custos exigidos para se ter acesso ao mercado, ou seja, são os custos que as firmas incorrem para negociar com outras e para se certificar de que as transações pactuadas se realizem de fato, incluindo, nesse caso, todos os fatores decorrentes do processo (os custos de formulação de contratos, seguros etc.). Segundo ele, a teoria dos custos de transação desconsidera a hipótese de informações simetricamente distribuídas e elabora um conjunto de suposições que torna os custos de transação significativos, a saber: racionalidade limitada, complexidade e incerteza, oportunismo e especificidade de ativos. Os custos de transação surgem, em parte, devido ao fato de os agentes não disporem de plena informação para tomarem decisões.

30. Nos modelos mais frequentemente utilizados pela economia neoclássica, adota-se pressuposto da racionalidade plena nos mercados plenamente competitivos, inexistindo custos de transação. Os custos estudados pela economia neoclássica referem-se apenas aos custos de produção, pois não existem custos para negociar em quaisquer que sejam os mercados. Não é o caso da economia do setor portuário.

31. Os custos de transação no setor portuário podem ser distinguidos em dois tipos principais: os custos "ex ante" e os custos "ex post". Os "ex ante" são os custos de elaboração e negociação e os custos "ex post" são o de manutenção de um acordo. Esse acordo pode ser feito com muito cuidado, com todas as cláusulas claramente definidas e as adaptações necessárias pelas partes são estipulados e acordados antecipadamente. Ou ainda, o acordo pode ser muito incompleto e as lacunas existentes serão tratadas pelas partes quando surgirem contingências. São determinados pelas incertezas envolvidas no processo de transacionar, pela frequência das operações realizadas e pelo grau de especificidade dos ativos.

32. Os custos de transação podem assumir várias outras formas. No clássico artigo de Ronald H. Coase (1937), complementado por Oliver E. Williamson (1985), vemos as seguintes formas essenciais:

- a) Custos de busca e de informação: custos incorridos para verificar se o produto já existe em determinado mercado, para verificar qual o menor preço oferecido no mercado ou para verificar a utilidade e a funcionalidade do produto;
- b) Custos de barganha: os custos de se estabelecer, com o comprador, um acordo que seja o mais justo possível; e
- c) Custos de policiamento: os custos incorridos ao garantir que o comprador cumpra o acordo da transação e de tomar as providências adequadas caso haja uma ruptura do acordo por parte deste.

33. A racionalidade limitada dos agentes econômicos, somada às incertezas e à complexidade do ambiente econômico, torna a tomada de decisões custosa e incerta e gera, concomitantemente, assimetrias de informação, as quais refletem as diferenças entre as informações detidas pelos diversos agentes envolvidos em uma determinada transação. As assimetrias de informação, por sua vez, definem um ambiente que possibilita a adoção de estratégias oportunistas por parte de alguns agentes.

34. Importa ressaltar que, segundo Williamson, são quatro as fontes de especificidade de ativos, a saber: (i) a aquisição de equipamentos dedicados; (ii) a expansão da capacidade produtiva direcionada para um conjunto específico de transações; (iii) a proximidade geográfica e; (iv) diferentes formas de aprendizado. Nos casos em que ativos específicos têm um papel fundamental em uma transação vertical, configura-se um ambiente propício para a proliferação de atitudes oportunistas. Tais relações geram o "problema do refém" no qual um agente pode ficar à mercê do outro, exposto a essas possíveis ameaças e a atitudes oportunistas, tanto pelo produtor como pelo consumidor ("free rider"). Isso significa que nem sempre as relações de mercado serão adequadas para a gestão das transações entre os agentes econômicos, e que os custos de transação "ex ante" e "ex post" constituem variáveis que expressam o desempenho em termos de eficiência capitalista das diferentes formas institucionais de se enfrentar e parcialmente solucionar as dificuldades geradas pelo oportunismo.

5.2. *Price Squeeze (ou "margin squeeze")*

35. Quanto ao "price squeeze", ele corresponde à prática de preços discriminatória por uma empresa verticalmente integrada, ou monopolista, para o fornecimento de insumos essenciais ou bens intermediários para não rivais integrados, colocando-os em uma posição de desvantagem competitiva.

36. Segundo Bagatin (2007), noutra variação de um "price squeeze", não há discriminação de preços. O aumento no valor dos insumos que o monopolista impõe aos concorrentes também o impõe à parcela da empresa que atua no mercado a jusante. Porém, a empresa monopolista consegue praticar preços finais mais baixos por utilizar os lucros que aufera no mercado a montante para subsidiar a atividade no mercado a jusante. Há, portanto, ocorrência de subsídio cruzado. A evidência de discriminação de preços e de subsídios cruzados já indica, em boa medida, quais seriam as possíveis soluções ao problema.

37. O "price squeeze", genericamente, ocorre quando a empresa integrada ou monopolista produz tanto o insumo quanto o produto acabado do mercado para o consumidor final, enquanto os não integrados, empresas que produzem unicamente o produto acabado, mas têm para contar com a entrega da empresa integrada como entrada de

seu processo. Isto é, além de atuar no mercado a montante, tem de atuar também no mercado a jusante. Entretanto, a avaliação não deve se limitar ao conceito de empresa (como unidade autônoma de produção), mas deve abranger a avaliação da existência de grupos econômicos que permitam antever o interesse do monopolista no mercado a jusante, bem como das participações societárias cruzadas que permitam antever o interesse de tal empresa no mercado a jusante.

38. A “espremida” ocorreria quando a empresa (ou grupo) integrada cobra dos não integrados altos preços para a entrega, mas vende o seu próprio produto acabado a um preço normal, permitindo assim às empresas não integradas apenas lucros mínimos ou forçando perdas sobre elas.

39. Esses aumentos devem ser de tal ordem (em termos de intensidade ou em termos de duração) que sejam aptos a implicar exclusão de rivais eficientes, no curto ou no longo prazo. Isto é, há a possibilidade de os atuais competidores, ainda que eficientes, deixarem o mercado ou de os potenciais interessados, que poderiam atuar eficientemente, serem impedidos de nele ingressar.

40. Do conceito ora enunciado pode-se afirmar o seguinte: a prática envolve abuso da posição dominante detida em um mercado a montante, com o objetivo de causar distorções na concorrência do mercado a jusante.

41. Assim, o pressuposto lógico para a materialidade dessa conduta anticompetitiva é que a empresa detentora do poder de mercado seja verticalmente integrada, ou tenha relações de interesse no mercado a jusante. Depois, por se tratar de “abuso de posição dominante”, é necessária a presença de dois elementos. Primeiro, é preciso que haja efetivamente uma posição dominante. Porém, a presença de “posição dominante”, por si só, não é condenável. Na doutrina antitruste norte-americana, o que se veda é que dela se abuse. Assim, em segundo lugar, é necessário que a conduta empregada possa ser caracterizada como um abuso (isto é, um uso injustificável daquela posição dominante).

42. Nos mercados onde há um substancial número de fornecedores alternativos independentes, rivais produtores a jusante e raramente são prejudicados. Por outro lado, o controle por uma empresa dominante, situação combinada com limitações sobre a criação de novas formas de suprimento, tem o potencial de graves consequências anticoncorrenciais.

43. Esse tipo de domínio em indústrias de rede é tido como prejudicial para o desenvolvimento de novos mercados, principalmente nos mercados recém-liberados, como o setor portuário. Geralmente a solução dos reguladores é pela precificação a priori do uso dessa parte da rede que está sujeito a uma “espremida”, isto é, por posturas mais rígidas, embora a doutrina também reconheça que somente a fixação de preços de um determinado bem nem sempre soluciona a questão, dada a liberdade de a firma continuar com outras práticas igualmente anticompetitivas. Remédios antitruste podem ser aplicados alternativamente ou em conjunto.

5.3. *Barreiras à entrada e fechamento de mercado*

44. A política de defesa da concorrência atua também sobre movimentos de integração vertical que envolvem aquisições e fusões entre empresas pertencentes a uma mesma cadeia produtiva. Tradicionalmente, duas foram as preocupações das autoridades antitruste face aos movimentos de integração vertical: (i) o aumento das barreiras à entrada; e (ii) o surgimento de “foreclosure”, isto é, situações nas quais uma empresa impede que outras possam atuar em seu mercado.

45. No primeiro caso, trata-se da possibilidade de que, ao dominar também os mercados a montante ou a jusante na sua cadeia produtiva, a firma integrada acabe por tornar a entrada simultânea em vários mercados uma pré-condição para que um novo competidor venha a atuar em qualquer dos mercados envolvidos. Ou seja, a exigência de que o entrante também seja verticalmente integrado tem um impacto negativo sobre os seus custos esperados e, conseqüentemente, enfraquece a concorrência potencial. In casu, equivale ao operador portuário, para ser um efetivamente, deve se ligar ao OGMO, que é o fornecedor de insumo na cadeia vertical.

46. A literatura disponível salienta a inexistência de consenso sobre a definição do conceito de barreiras à entrada, entre os autores que tratam do tema. No entanto, de acordo com Kupfer (2002), “todos (eles) têm em comum a ênfase conferida ao longo prazo e à entrada.”

47. Neste trabalho utilizaremos uma definição extraída de Viscusi (1992) a qual defende a posição de que uma barreira à entrada pode ser pensada como qualquer fator que dificulte ou torne custosa a entrada de uma firma em um determinado mercado, a ponto de possibilitar que as firmas existentes pratiquem preços acima do preço competitivo, sem atrair novos competidores (empresas entrantes).

48. A definição clássica de mercado relevante delimita o “locus”, o espaço econômico (que pode ser relacionado a produto ou a região) no qual o poder de mercado pode ser exercido. Vale sublinhar, ainda, que a construção do conceito de mercado relevante exige considerar as especificidades da oferta e da demanda do(s) produto(s) em foco, mediante a utilização dos conceitos de elasticidade-preço da demanda e da oferta. In casu, é determinado porto organizado.

49. Meehan & Lerner (1981) expõem as condições necessárias para haver de fato o fechamento de um mercado (“foreclosure”) em função de um acordo de exclusividade, supondo que tal acordo se faça entre um produtor e

seus distribuidores. São elas: (i) a produção do bem ou serviço em questão deve estar concentrada nas mãos de poucas firmas com poder de mercado, o que reflete a presença de fortes barreiras à entrada; (ii) as opções de distribuidores devem ser limitadas no mercado relevante, havendo também barreiras à entrada para estes, o que significa dizer que o número de distribuidores e possíveis locais de venda é limitado (inelástico); (iii) os distribuidores já estabelecidos no mercado devem ter acordo de exclusividade com apenas uma marca/firma produtora. Caso uma destas três condições não se verifique é improvável que um acordo de exclusividade resulte no fechamento do mercado.

50. Além das economias de escala, as barreiras à entrada emergem de alguns fatores adicionais. Primeiro, a diferenciação de produtos pode produzir situações em que os novos agentes no mercado não conseguem equiparar seus produtos aos integrantes desse mercado, mesmo se oferecer os produtos a um preço inferior. Segundo, podem existir vantagens comparativas de custos, pois as empresas já constituídas no mercado podem ter acesso exclusivo ou maior capacidade de barganha em insumos básicos para a produção, diminuindo os custos de produção com relação ao agente ingressante no mercado. Terceiro, a existência de "sunk costs" – custos irrecuperáveis, decorrentes da saída do agente do mercado – aumenta a ameaça de perdas aos entrantes caso esses desejem sair do mercado. Em baixos níveis de concentração, os efeitos das barreiras à entrada tendem a ser menores, pois as empresas possuem menor capacidade de aproveitar a proteção. A concentração é, per se, uma forma de barreira à entrada de concorrentes.

51. A análise da concorrência potencial evidencia a discussão acerca dos graus de contestabilidade dos mercados. Um mercado é considerado perfeitamente contestável quando os concorrentes potenciais têm acesso à tecnologia disponível e podem recuperar seus custos de entrada, caso desejem abandonar o mercado que ingressaram. Para tanto, é necessário que não existam "sunk costs", que a tecnologia seja um bem livre e que não haja retaliações das firmas existentes contra os ingressantes no mercado (POSSA, PONDÉ & FAGUNDES, 1998).

52. Porém, as barreiras à entrada, como apontam Possas, Pondé & Fagundes (1998, pg. 13), além de uma falha de mercado, devem ser encaradas como característica intrínseca dos mercados oligopolísticos ou monopolísticos, que expressa a criação de vantagens competitivas pelas firmas decorrentes das economias de escala. As economias de escala, tanto derivadas do aumento de produtividade advindo da ampliação da capacidade produtiva, quanto advindas de menores custos de aquisição de insumos básicos, inviabiliza a entrada de concorrentes abaixo de determinada escala de produção. Nos setores de "public utilities", as políticas de regulação e defesa da concorrência devem considerar os aspectos horizontais dos mercados. É necessário salientar que essas barreiras não constituem, a priori, mercados ineficientes, pois elas podem ser a contrapartida de um processo de inovação schumpeteriano. Assim, as políticas supracitadas devem ser mais amplas e considerar aspectos dinâmicos do processo concorrencial.

5.4. *Monopólio estrutural*

53. Vale ainda considerar a noção de monopólio estrutural, externada por Faraco (2003) para explicar aquelas situações de monopólio comuns na economia brasileira, derivadas da sua própria formação oligopolista histórica (como nos portos). De acordo com o autor, ao contrário dos monopólios naturais, observados geralmente naqueles setores tradicionalmente reservados aos serviços públicos, o monopólio estrutural ocorre quando a situação de monopólio "decorre não de características inerentes ('naturais') à atividade econômica, mas de condições estruturais existentes na economia brasileira".

54. Nesse mesmo sentido, em seu voto vogal ao Processo nº 08012.001518/2006-37 - CADE, o conselheiro João Paulo Resende entendeu haver poder de mercado de certos operadores frente aos recintos alfandegados. Segundo o conselheiro do CADE, esse poder de mercado justifica-se porque a concorrência real dos operadores é frente aos armadores e "na outra ponta, ocorre um efeito "lock-in" da relação entre importador e operador portuário, tendo em vista que (i) a relação comercial do importador é com o armador, (ii) o armador tem poder de mercado nessa relação, dada a concentração no mercado de transporte marítimo de cargas, (iii) o armador busca se esquivar de incluir na sua relação com o importador os custos para além do desembarque (prefere um contrato porto a porto em 90% dos casos) e (iv) os custos relativos a movimentações internas ao terminal representam menos de 1% do valor total dos custos incorridos pelo importador."

6. **LEI DOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS E DO CÓDIGO PROCESSUAL CIVIL**

55. Ressaltamos os seguintes pontos da [Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999](#), condicionante do rito decisório proposto, bem como das análises futuras:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

(...)

VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público;

VII - indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão;

(...)

VIII – observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados;

(...)

XII - impulsão, de ofício, do processo administrativo, sem prejuízo da atuação dos interessados;

(...)

Art. 6º O requerimento inicial do interessado, salvo casos em que for admitida solicitação oral, deve ser formulado por escrito e conter os seguintes dados:

(...)

IV - formulação do pedido, com exposição dos fatos e de seus fundamentos;

(...)

Art. 22. Os atos do processo administrativo não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir.

(...)

Art. 26. O órgão competente perante o qual tramita o processo administrativo determinará a intimação do interessado para ciência de decisão ou a efetivação de diligências.

(...)

§ 2º A intimação observará a antecedência mínima de três dias úteis quanto à data de comparecimento.

Art. 28. Devem ser objeto de intimação os atos do processo que resultem para o interessado em imposição de deveres, ônus, sanções ou restrição ao exercício de direitos e atividades e os atos de outra natureza, de seu interesse.

(...)

Art. 36. Cabe ao interessado a prova dos fatos que tenha alegado, sem prejuízo do dever atribuído ao órgão competente para a instrução e do disposto no art. 37 desta Lei.

(...)

Art. 38. O interessado poderá, na fase instrutória e antes da tomada da decisão, juntar documentos e pareceres, requerer diligências e perícias, bem como aduzir alegações referentes à matéria objeto do processo.

§ 1º Os elementos probatórios deverão ser considerados na motivação do relatório e da decisão.

(...)

Art. 40. Quando dados, atuações ou documentos solicitados ao interessado forem necessários à apreciação de pedido formulado, o não atendimento no prazo fixado pela Administração para a respectiva apresentação implicará arquivamento do processo.

Art. 41. Os interessados serão intimados de prova ou diligência ordenada, com antecedência mínima de três dias úteis, mencionando-se data, hora e local de realização.

Art. 44. Encerrada a instrução, o interessado terá o direito de manifestar-se no prazo máximo de dez dias, salvo se outro prazo for legalmente fixado.

Art. 45. Em caso de risco iminente, a Administração Pública poderá motivadamente adotar providências acauteladoras sem a prévia manifestação do interessado.

(...)

Art. 49. Concluída a instrução de processo administrativo, a Administração tem o prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada.

(...)

Art. 67. Salvo motivo de força maior devidamente comprovado, os prazos processuais não se suspendem.

56. Da [Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015](#), o Código Processual Civil, extraímos:

Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na [Constituição da República Federativa do Brasil](#), observando-se as disposições deste Código.

Art. 2º O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei.

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juizes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

Art. 5º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.

(...)

Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica:

I - à tutela provisória de urgência;

Art. 14. A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada.

(...)

Art. 141. O juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte.

(...)

Art. 142. Convencendo-se, pelas circunstâncias, de que autor e réu se serviram do processo para praticar ato simulado ou conseguir fim vedado por lei, o juiz proferirá decisão que impeça os objetivos das partes, aplicando, de ofício, as penalidades da litigância de má-fé.

(...)

Art. 218. Os atos processuais serão realizados nos prazos prescritos em lei.

§ 1º Quando a lei for omissa, o juiz determinará os prazos em consideração à complexidade do ato.

§ 2º Quando a lei ou o juiz não determinar prazo, as intimações somente obrigarão a comparecimento após decorridas 48 (quarenta e oito) horas.

§ 3º Inexistindo preceito legal ou prazo determinado pelo juiz, será de 5 (cinco) dias o prazo para a prática de ato processual a cargo da parte.

§ 4º Será considerado tempestivo o ato praticado antes do termo inicial do prazo.

Art. 219. Na contagem de prazo em dias, estabelecido por lei ou pelo juiz, computar-se-ão somente os dias úteis.

7. DO FLUXOGRAMA

7.1. Ponto de partida

57. Na identificação de práticas, uma distinção é fornecida por Calixto Salomão Filho (2003), ao afirmar que “a atuação do direito antitruste é essencialmente passiva, controlando formação de estruturas e sancionando condutas. (...) Já a regulação não pode se limitar a tal função. É preciso uma intervenção ativa, que não se restrinja ao controle, mas preocupa-se com a verdadeira criação da utilidade pública através da regulação.” Por isso, é necessário que o SSE seja avaliado quando houver a alteração de preços nas tabelas das instalações portuárias.

58. Logo, cabe os seguinte pontos de controle para instauração de processos administrativos:

- I - solicitação dos órgãos de controle federais;
- II - consulta do CADE, em qualquer momento processual;
- III - denúncias e reclamações das partes interessadas e de usuários dos portos;
- IV - procedimentos de fiscalização da Agência; e
- V - comunicação prévia da alteração de tabelas de preços das instalações portuárias.

59. *Práticas a serem identificadas*

60. A tabela a seguir contempla uma síntese das práticas e condutas combatidas pelas normas da ANTAQ.

Tabela 1: Práticas e condutas unilaterais típicas a serem identificadas e combatidas na movimentação de contêineres

Determinações da Resolução Normativa ANTAQ nº 34/2019 (RN 34/2019)	Infrações e vedações previstas		Cobranças vedadas de forma apartada
<i>Obrigação de fazer</i>	<i>na Resolução ANTAQ nº 3274/2014 + art. 8º da RN 34/2019</i>	<i>no Art. 36 da Lei nº 12.529/2011</i>	<i>precedentes concorrenciais</i>
Divulgar valores máximos divulgados em tabela e ao mercado com 30 dias de antecedência	Ausência de descrição detalhada do serviço, incluindo norma de aplicação, franquia e isenções, se houver	Discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da	Taxa cobradas somente dos retroportuários, com discriminação

Determinações da Resolução Normativa ANTAQ nº 34/2019 (RN 34/2019)	Infrações e vedações previstas		Cobranças vedadas de forma apartada
Encaminhamento ao Regulador das mudanças em tabela de preços com 30 dias de antecedência da alteração nos descritivos dos serviços ou da inclusão, junção ou exclusão de serviços, quando ocorrer, para avaliação;	Contraprestação não efetiva, não refletindo a complexidade e os custos da operação	fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços.	
O SSE deve contemplar a colocação na pilha em pátio segregado, pelo gerenciamento de riscos de cargas perigosas, pelo cadastramento de empresas ou pessoas, pela permanência de veículos para retirada, pela liberação de documentos ou circulação de prepostos, pela remoção da carga da pilha na ordem ou na disposição em que se encontra e pelo posicionamento da carga no veículo do importador ou do seu representante	Cobrança indevida. Propaganda enganosa. Fato gerador em duplicidade (bis in idem)		
Serviços realizados para atender exigência da autoridade aduaneira, sanitária, ambiental ou correlata, quando prestados indistintamente a todas as cargas, devem estar incluídos no valor do Box Rate	Tratamento não isonômico e com discriminação imprópria entre os usuários		
Permitida a cobrança relativa a custos operacionais imputados pelo não comparecimento ou pela desistência, no caso de desatendimento voluntário ao agendamento, sem qualquer reprogramação prévia, com a adequada antecedência ao evento marcado, por parte do importador, ou pelo seu representante.	Fraude de preços por meio da: a) sua alteração, sem a correspondente modificação da essência ou da qualidade do bem ou do serviço; b) divisão em partes de bem ou serviço, habitualmente oferecido à venda em conjunto; c) junção de bens ou serviços, comumente oferecidos à venda em separado; d) inclusão de insumo não efetivamente empregado na produção do bem ou na prestação dos serviços;	Subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem	
Na retirada de cargas em despacho de trânsito aduaneiro, deve existir agendamento prévio eletrônico de janelas operacionais, permitida a reprogramação ou o reagendamento gratuito, com a adequada antecedência ao evento marcado, por qualquer uma das partes.	Ampliação voluntária e sem justa causa o tempo de permanência de cargas na instalação portuária em prejuízo da nova destinação.		

61. Dessa tabela, extraímos que, para fins de aplicação dos normativos relacionados, o abuso ilegal na cobrança de SSE deve ser caracterizado mediante o enquadramento em uma das seguintes tipologias de práticas:

Tabela 2: Enquadramento de Práticas

Tipologia	Prática
Coordenadas	<ul style="list-style-type: none"> • acordo de preços ou de outras variáveis de mercado, adotando conduta uniforme ou concertada com concorrentes; • limitação da produção a uma quantidade restrita ou limitada ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços;
Unilaterais exploratórias	<ul style="list-style-type: none"> • mediante imposição de preços excessivos, ou que não indique contraprestação efetiva, não refletindo os custos específicos e a complexidade da atividade;
Unilaterais excludentes	<ul style="list-style-type: none"> • a discriminação de adquirentes por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda, pagamentos ou prestação de serviços; • a subordinação da venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinação da prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem; • o tratamento não isonômico, bem como a propaganda enganosa ou desleal; • a cobrança indevida, em duplicidade ou por atividades já remuneradas por outras rubricas; • a ampliação do tempo de permanência das cargas no pátio ou cais, de forma deliberada; • a inexistência de mecanismos ou janelas operacionais de retirada de contêineres, no prazo adequado ao regime de trânsito aduaneiro local; • a falta de transparência e previsibilidade na divulgação das regras de cobrança; e • a criação de dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente.

7.2. Fluxo básico referencial

62. Para avaliar a verossimilhança da ocorrência de abusividade associada à cobrança de SSE, as setoriais técnicas adotarão, em cada caso concreto, o seguinte fluxograma básico referencial:

- I - primeiramente, listar a tipologia de prática, nos termos da tabela anterior;
- II - no caso de tipificada conduta coordenada, a análise buscará a caracterização de conluio entre concorrentes quanto às variáveis essenciais de mercado. As técnicas a serem utilizadas objetivarão identificar comportamentos ilícitos, por meio de material probatório ou de provas diretas e indiretas;
- III - no caso de tipificada conduta unilateral ligada a preços excessivos, a análise terá foco na defesa da modicidade, devendo avaliar a conformidade com cláusulas contratuais ou demonstrar evidências de reajuste acima dos índices de inflação, nos últimos cinco exercícios. As técnicas a serem utilizadas envolverão o "benchmarking" de mercado e farão comparação de preços;
- IV - no caso de tipificada conduta unilateral excludente, a análise terá foco na defesa da concorrência, devendo avaliar a existência ou não de poder de mercado da instalação portuária investigada dentro do mercado relevante, em termos da possibilidade e probabilidade da conduta, listando possíveis danos e efeitos à concorrência ou ao mercado, nos termos das falhas de mercado debatidas não exaustivamente nesta Nota;
- V - Em todos os casos, a conduta avaliada:
 - a) não sendo considerada restritiva à concorrência ou danosa ao usuário, levará à recomendação pelo arquivamento dos autos pela setorial técnica;
 - b) sendo considerada restritiva à concorrência ou danosa ao usuário, com danos ou efeitos potenciais, levará a instalação portuária ser intimada a apresentar justificativas e eficiências para a prática, podendo, ao final da investigação, a setorial técnica oferecer acordo ou compromisso com as partes; ou
 - c) sendo considerada restritiva à concorrência ou danosa ao usuário, com danos ou efeitos efetivos, levará a instalação portuária ser intimada a apresentar justificativas e eficiências para a prática,

podendo a setorial técnica, ao final da investigação, recomendar o preço-teto equivalente ao preço *benchmarking* mencionado na Instrução.

8. POSSIBILIDADE DE ABUSO DE MERCADO

8.1. *Posição Dominante e Poder de Mercado*

63. A aceitação ou rejeição do poder de mercado pelas autoridades antitruste dependerá da maneira como é exercido pelas empresas. Quando se dá através de ações mais eficientes – lícitas do ponto de vista da concorrência – de empresas que se destacam frente às rivais no processo competitivo, esse poder é considerado legal e até mesmo desejável do ponto de vista econômico e social porque eleva o nível de bem-estar no mercado. Nesse caso, seu combate inibiria o progresso técnico e o desenvolvimento econômico sustentado.

64. Após a definição do mercado relevante, deve-se então identificar se a empresa detém poder de mercado e o nível de competição a que ela está submetida. A análise de concentração permite avaliar, de maneira agregada, quão concentrado é determinado mercado e, individualmente, a importância relativa de cada agente. Em uma situação de maior concentração (quase monopólio, ou monopólio estrutural), deixa de existir a figura do “preço de mercado”, estabelecido pelo equilíbrio entre os polos da oferta e da demanda.

65. Segundo a Lei de Defesa da Concorrência, presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado para setores específicos da economia. Esse número poderá ser usado como ponto de partida das análises, ou ser aumentado em casos específicos, podendo chegar até a 50% em certos casos.

66. O Guia H do CADE define que "uma empresa ou grupo de empresas possui poder de mercado se for capaz de manter seus preços sistematicamente acima do nível competitivo de mercado sem com isso perder todos os seus clientes. Em um ambiente em que nenhuma firma tem poder de mercado não é possível que uma empresa fixe seu preço em um nível superior ao do mercado, pois se assim o fizesse os consumidores naturalmente procurariam outra empresa para lhe fornecer o produto que desejam ao preço competitivo de mercado".

67. Ainda segundo o CADE, como o conceito de poder de mercado está baseado na capacidade de uma empresa aumentar preços sem perder seus clientes, somente a existência de posição dominante não é fator suficiente para que a empresa tenha tal capacidade de aumento unilateral de preços. Assim, a existência de posição dominante é condição necessária, mas não suficiente para a existência de poder de mercado.

68. A priori, para o CADE, há poder de mercado dos operadores portuários que detêm o controle sobre um insumo essencial a outro mercado no qual eles competem com outras empresas, que não estão no mercado de movimentação. Assim, os operadores portuários são capazes de valorizar sua posição privilegiada para impor de forma coercitiva alguma determinada cobrança, praticando "price squeeze", fruto da relação de parceria obrigatória ou dependência econômica, já mencionada.

69. A conduta abusiva é provável quando o "market share" é significativo. O "market share" de cada exercício pode ser calculado considerando tanto a quantidade de movimentação ou armazenagem dentro do mercado relevante, como a capacidade instalada ou potencial da infraestrutura. Avaliar a capacidade é uma alternativa viável especialmente (não somente) quando não existem dados históricos de movimentação.

70. O crescimento da participação no mercado é mais um sinal a ser avaliado (isto é, a dinâmica é importante na análise dos indicadores, não somente a situação estática - a estabilidade, crescimento ou redução nos últimos três exercícios), assim como a capacidade ociosa na empresa em análise e nos rivais. A capacidade ociosa indica a existência de espaço para medidas menos ortodoxas na firma em análise. Avaliar a existência de rivalidade (evolução/estabilidade do "market share" no tempo; baixo histórico de entradas de competidores no período recente; altos custos de transação na troca de fornecedor); e ausência de produtos substitutos (produtos inerentes ou complementares); taxa de entrada, taxa de saída, escala mínima viável, razão de capital de risco, taxa de troca de clientes ("churn rate"), taxa de crescimento da indústria "versus" a taxa de crescimento da firma etc.

71. A conduta abusiva torna-se provável, ou melhor, crível, na presença de infraestrutura ou insumo essencial ("essential facilities"). A probabilidade é reforçada quando há significativas barreiras à entrada (economia de escala/escopo, tecnologias, integração com a cadeia produtiva, lealdade, contratos de longo prazo, "sunk costs"). Ademais, a tempestividade de entrada de novos ofertantes e competidores deve ser avaliada, pois a instalação portuária vê nessa estrutura incentivos e oportunidades de aumentar os lucros arbitrariamente, tendo como danos a inviabilização do concorrente de competir, tornando a conduta como racional economicamente.

72. Porém, esse contexto do "market share" deve ser relativizado, pois nos parece que o poder de mercado e a posição dominante são temas mais complexos, multi dimensionais, não envolvendo tão somente determinado nível alto ou baixo de "market share", especialmente na presença de "essential facilities" e quando o mercado tem dois lados,

montante e jusante do terminal, a depender do sentido da operação. A alta concentração de mercado favorece o abuso, mas não é determinante.

8.2. Concentração de Mercado

73. Para o cálculo da concentração de mercado é possível utilizar indicadores de medida de estrutura, ou seja: o i) índice de Herfindhal-Hirschman (HHI), que consiste no somatório do quadrado das participações das empresas que integram o mercado relevante definido durante a análise, ou ii) a parcela do mercado dominada pela quatro principais firmas (CR4). Avaliar a dinâmica dos últimos três exercícios.

74. Como o cálculo do HHI leva em conta a participação percentual, o valor máximo é de 10.000 pontos, equivalente a uma única empresa com 100% do mercado, ou seja, um monopólio. Assim, menores valores do HHI indicam mercados menos concentrados. Utiliza-se como referência o critério estabelecido pelo CADE no Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal (julho/2016). Um mercado com apenas uma firma tem um HHI de 1, enquanto o HHI próximo de 0 indica um grande número de firmas com baixos "market share".

75. Noutro exemplo, um mercado com CR4 = 90 diz que as 04 maiores firmas dominam 90%; as firmas restantes têm apenas 10% do mesmo. Se o mercado é composto por 10 firmas, percebe-se uma situação de poder de mercado das quatro maiores.

76. Além da análise da participação de mercado da empresa e da concentração do mercado relevante, poderá ser realizada análise de rivalidade para identificar a existência de competidores capazes de absorver desvios da demanda em função do aumento de preço de modo a inviabilizar o exercício de poder de mercado da empresa em posição dominante.

77. Como referência, usaremos os parâmetros de HHI e CR4 da Federal Trade Commission - FTC e USDOJ (departamentos do governo norte-americano). Algumas referências são:

- a) <https://www.justice.gov/atr/herfindahl-hirschman-index>;
- b) <https://pt.talkingofmoney.com/how-does-federal-trade-commission-use-herfindahl-hirschman-index-to-evaluate-whether-merger-is-violation-of-anti-trust-laws>;
- c) https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_comments/2018/09/ftc-2018-0074-d-0042-155544.pdf
- d) https://www.kellogg.northwestern.edu/faculty/georgiadis/Teaching/Ec731_Module7.pdf

78. Até 2010, o FTC considerava um HHI superior a 1800 com mercado moderadamente concentrado. A partir daquele ano, um HHI de 2500 foi considerado um mercado concentrado e não competitivo.

79. Repete-se trecho do HORIZONTAL MERGER GUIDELINES (08/19/2010) do FTC (<https://www.justice.gov/atr/horizontal-merger-guidelines-08192010#5c>), que será usado como referência nas análises:

Based on their experience, the Agencies generally classify markets into three types:

- Unconcentrated Markets: HHI below 1500
- Moderately Concentrated Markets: HHI between 1500 and 2500
- Highly Concentrated Markets: HHI above 2500

The Agencies employ the following general standards for the relevant markets they have defined:

- *Small Change in Concentration*: Mergers involving an increase in the HHI of less than 100 points are unlikely to have adverse competitive effects and ordinarily require no further analysis.
- *Unconcentrated Markets*: Mergers resulting in unconcentrated markets are unlikely to have adverse competitive effects and ordinarily require no further analysis.
- *Moderately Concentrated Markets*: Mergers resulting in moderately concentrated markets that involve an increase in the HHI of more than 100 points potentially raise significant competitive concerns and often warrant scrutiny.
- *Highly Concentrated Markets*: Mergers resulting in highly concentrated markets that involve an increase in the HHI of between 100 points and 200 points potentially raise significant competitive concerns and often warrant scrutiny. Mergers resulting in highly concentrated markets that involve an increase in the HHI of more than 200 points will be presumed to be likely to enhance market power. The presumption may be rebutted by persuasive evidence showing that the merger is unlikely to enhance market power.

80. Não existe equivalência direta entre CR4 e HHI.

81. Vários autores (<https://www.portalintercom.org.br/anais/nordeste2016/resumos/R52-1663-1.pdf>) observam que o mercado concentrado teria um CR4 superior a 70 ou 75, como o próprio USDOJ (<https://www.cov.com/-/media/files/corporate/publications/2010/10/market-definition-the-new-horizontal-merger-guidelines-and-the-long-march-away-from-structural.pdf>).

9. CRITÉRIOS JURÍDICOS, ECONÔMICOS E REGULATÓRIOS DAS ANÁLISES DE POSSIBILIDADE DE ABUSO**9.1. Premissas Gerais**

82. Embora não constem do roteiro, ele foi construído considerando os seguintes axiomas:

I - econômicas:

a) identificação de falhas de mercado;

b) comprovação da essencialidade da infraestrutura na cadeia produtiva no mercado relevante;

II - jurídicas:

a) inexistência de ilícito “per se” associado ao SSE;

b) adoção do princípio da proporcionalidade entre a gravidade da falta e a intensidade da correção;

c) a verossimilhança da abusividade dispensa a produção de provas inequívocas;

d) disponibilização de espaço suficiente para o contraditório, respeitada a duração razoável do processo;

III - regulatórias:

a) a intervenção em preços como medida excepcional, podendo ser adotando outras medidas intermediárias, inclusive mediante compromisso voluntário; e

b) o ilícito na cobrança de SSE pode estar presente em todos os tipos de despacho de trânsito aduaneiro em instalações portuárias que movimentam contêineres, no sentido da importação.

83. Esses critérios são detalhados nos subitens a seguir.

9.2. Operação portuária como atividade econômica privada, de interesse público

84. A [Lei nº 8.630, de 25 de fevereiro de 1993](#) (Lei de Modernização dos Portos), e depois a [Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013](#) (Nova Lei dos Portos), adotaram como política a facilitação à entrada no mercado, paralelamente à redução do espaço de titularidade estatal exclusiva, a fim de que também a titularidade dos serviços públicos de feição tradicional passe aos particulares que os assumem – e não apenas a execução dos serviços, tal como ocorria nos regimes de concessão ou permissão tradicionais.

85. Em tal contexto, as Administrações Portuárias, operadoras portuárias natas, segundo a qualificação legal até então emprestada, perdiam o monopólio da prestação direta da atividade de exploração portuária, que passava a ser franqueada aos operadores portuários, que, para ostentar tal categoria, basta que satisfaçam às exigências legais e técnicas de pré-qualificação. Tal conformação, que torna a pré-qualificação como operador portuário como licença (isto é, direito subjetivo de quem, preenchendo os requisitos, queira ostentar), e não mais uma delegação de exploração a título privativo ou exclusivo. Tratou-se de operou, na prática, verdadeira despublicização da atividade, que passa a ter natureza de “atividade privada de interesse público”, ainda que sujeita à regulação pela Agência. A ideia que permeia esse mecanismo é a de que a exploração estatal somente será mantida quando a livre iniciativa não for capaz de dar cumprimento aos interesses públicos envolvidos na atividade em questão.

86. Outro mecanismo de promoção da concorrência é a concessão de liberdade de preços, que passam a ser determinados pela livre concorrência, sem (ou com menos) interferência estatal. Tal tendência adquiriu reforço normativo recente, com a promulgação da [Lei nº 14.047, de 23 de agosto de 2020](#), que estabeleceu, como diretriz da exploração dos portos organizados e instalações portuárias o aumento da competitividade e, em especial, “liberdade de preços nas operações portuárias, reprimidos qualquer prática prejudicial à competição e o abuso do poder econômico” (art. 3º, IV).

87. Conquanto a exploração portuária seja, aparentemente, competência pública federal prestacional positiva (art. 21, XII, “f”, CF/88), aspecto jurídico que remete a cautelas procedimentais administrativas mais robustas quanto a isonomia de acesso aos exploradores e aos clientes das áreas, instalações e serviços portuários, as possibilidades jurídicas de exercício dessa competência atrelam-se cada vez mais aos institutos jurídicos típicos da exploração privativa de bens e de serviços públicos. Arrendamento e Autorização estão cada vez mais parecidos, no aspecto comercial.

9.3. Da subsidiariedade da intervenção regulatória em preços

88. O Estado brasileiro contemporâneo, baseado em um modelo de Estado Regulador (frequentemente identificado como um Estado de feição neoliberal), intervém nos mercados monopolizados com o escopo de implementar um regime de concorrência – já que esse regime passou a ser visto, desde a derrocada do, assim chamado, Estado de Bem-Estar, como condição indispensável para assegurar o funcionamento eficiente do mercado: eficiente tanto no que se refere à produção e à melhor alocação de recursos, como no aspecto da melhor distribuição de riquezas.

89. É o que explica Leila Cupellar (2004) ao revelar que “o modelo econômico brasileiro é do tipo capitalista, fundado na livre iniciativa, mas com previsão da possibilidade de intervenção do estado na economia.” Essa liberdade de iniciativa – que, evidentemente, não é irrestrita – pressupõe liberdade de acesso ao mercado, o exercício da generalidade das atividades econômicas sem prévia autorização, bem como a subsidiariedade da exploração das atividades econômicas pelo Estado. Nesse modelo, continua a autora, o que se protege é a livre concorrência, que pressupõe a autorização para os agentes econômicos ingressarem no mercado e agirem livremente na conquista da clientela, assim como a liberdade dos consumidores escolherem os produtos e serviços que são ofertados. Mas, sempre, com a possibilidade de o Estado intervir para impor limites à atuação individual e reprimir condutas tendentes a dificultar ou eliminar a concorrência.

90. O Poder Público vale-se de mecanismos de regulação, tais como regulação de preços (tanto o preço ao consumidor como o preço de interligação de redes), restrições de quantidade, controle do número de empresas atuantes, estabelecimento de padrões mínimos de qualidade e imposição de limites mínimos de investimento, dentre outros.

91. Num segundo momento, após a liberalização dos setores da infraestrutura, quando a competição estiver até certo grau estabelecida, cessa a regulação intensa, que dá lugar à regulação do mercado através de outros meios de intervenção, tais como a utilização de instrumentos de transparência de atos e decisões e a utilização dos mecanismos de defesa da concorrência (com atuação só dos órgãos de defesa da concorrência, mas especialmente através dos demais agências setoriais específicas). Vimos que a [Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019](#) (Lei da Liberdade Econômica) determina a intervenção subsidiária do poder público nas atividades econômicas, embora faça exceção à livre iniciativa em mercados sujeitos à regulação, como vemos no art. 3º, III. A ANTAQ, como agência reguladora, está autorizada legalmente como órgão de controle, cuja finalidade, entre outras, é mitigar os efeitos da competição imperfeita.

92. No cais e no pátio de um terminal portuário, pressões de mercado ocorrem pelo lado da demanda (dado o poder de barganha das empresas de logística integrada, ou mesmo dos transportadores marítimos de longo curso, hoje, virtualmente, um gigantesco oligopsonio transnacional) e pelo lado da oferta (novas tecnologias, aumento da escala de produção e o evidente aumento do número de ofertantes, principalmente no campo dos terminais portuários autorizados). Logo, a hipótese de haver um monopolista capaz de abusar, sem medida e sem freios, do seu poder de mercado, especialmente na movimentação de contêineres, é cada vez menos crível. Há vários casos, provavelmente, mas é preciso sólidos critérios de análise para a sua demonstração.

93. Adentrando-se na Doutrina da Economia Industrial, segundo Varian (2010), preços-teto podem gerar problemas de ineficiências alocativas, em especial se estiverem abaixo do que seria um preço utilizado no mercado. KRUGMAN & WELL (2009) alegam que muitas vezes preços-teto são adotados porque o governo não consegue compreender que, ao procurar aumentar a eficiência, estará possivelmente criando outras ineficiências com esse tipo de medida.

94. Outros autores (VERNON, 2004) afirmam que a regulação de preços-teto diminui a receita (atual e esperada) das empresas e, com isto, diminui, também, os incentivos para elas investirem em inovação e em pesquisa em geral, além de gerar escassez de oferta, deteriorar a qualidade dos bens e serviços e inflar, artificialmente, os custos dos produtores. No Brasil, essas teorias encontram eco significativo nos agentes do mercado. Ao colocar o preço abaixo do que seria ótimo do ponto de vista social, é possível gerar um desabastecimento do mercado ("shortage"), já que os produtores não estarão dispostos a produzir ao preço estabelecido pela autoridade regulatória.

95. A atuação da Administração Pública, em tais situações, é subsidiária, não devendo se sobrepor à autonomia da vontade das partes numa relação jurídica estritamente de direito privado, salvo exceções como o abuso de direito ou danos a terceiros.

96. Não se olvida que toda concorrência é imperfeita, tal como já assentou Kahn (1988). Porém, “o melhor remédio é tentar diminuir as imperfeições. Mesmo quando é altamente imperfeita, ela pode frequentemente ser um valioso suplemento da regulação. Mas na medida em que é intoleravelmente imperfeita, a única alternativa aceitável é a regulação. E para as inescapáveis imperfeições da regulação, o único remédio disponível é tentar fazê-la funcionar melhor.”

97. Fora desse contexto, na aplicação de metodologia de preços-teto generalizada para serviços não homogêneos ou não essenciais, as distorções alocativas geradas pela iniciativa do Poder Público em estabelecer, por via impositiva, a margem de preços relativos de um prestador de serviço, podem ser extremamente danosas ao mercado: serviços com preço defasado teriam tendência a deixar de ser prestados, fazendo com que terminais passassem a especializar-se em um determinado tipo de serviço para os quais os preços fossem mais confortáveis, deixando de ofertar os demais serviços (estratégia denominada na doutrina como “cream skimming” ou “cherry picking”), o que culminaria em desabastecimento.

98. Da teoria microeconômica, o preço reflete, na maioria das situações, um sinal de escassez, ou melhor, o valor intrínseco de um bem, dada as preferências de um dado consumidor. Quanto maior for a utilidade que determinada cesta de serviços proporcionará ao consumidor, maior a sua propensão em utilizar uma parte maior da sua renda na compra dessa cesta. Aliás, se o preço subir, o sinal é de escassez, e, da lógica do mercado, é hora de entrar

novos ofertantes. Como conclusão lógica, a intervenção em preços, se ocorrer, deve se dar eminentemente sobre serviços inerentes e complementares. Aqueles acessórios ou extraordinários, onde não há poder de mercado, devem ser preocupação menor do regulador.

9.4. *Discriminação de preços*

99. Em termos de discriminação, parece-nos, de pronto, ser razoável um adicional, em percentual sobre o preço regular, a ser aplicado quando o fornecimento:

- a) ocorrer em dias não úteis ou em horário noturno;
- b) envolver cargas perigosas, variando conforme a classificação da "International Maritime Organization" (IMO) ou da respectiva administração portuária;
- c) incidir sobre contêineres cargas com sobrepeso;
- d) implicar segregação em áreas com tanque de contenção;
- e) exigir recepção antecipada de contêineres cargas nas operações de exportação; e
- f) exigir recepção de contêineres cargas após o vencimento do dead-line ("late arrival"), na exportação.

100. É igualmente lícita a distinção de preços, quando couber, entre:

- a) os sentidos de operação, embarque ou desembarque;
- b) as modalidades de navegação, cabotagem e longo curso; e
- c) a origem da carga, importada ou nacional.

9.5. *Reajustes acima da inflação*

101. Descabida a ideia que os reajustes/aumento de preços, num ambiente de liberdade de preços, estejam vinculados necessariamente a um índice inflacionário.

102. Ora, a liberdade de preços é caracterizada justamente pelo fato de o mercado é quem estabelece os parâmetros e limites aos preços praticados. É dizer que o mercado regula o preço em razão de fatos que são próprios, tais como oferta e procura. Essa é o chamado "mecanismo de mercado", que destrói quem pratica preços muito acima do custo ou valor intrínseco do bem.

103. A contrário senso, estar-se-ia limitando de forma indireta a liberdade de preços, com a exigência de vinculação a um índice econômico. Logo, a comparação com certo índice de preços é apenas ponto de partida, pois será possível ao Regulador compreender, após a manifestação do regulado, que aumentos superiores ao da inflação são justificáveis objetivamente.

104. Os índices econômicos no ambiente de liberdade de preços devem ser aplicados pela Agência como instrumento de comparação e/ou servir à análise preliminar à aplicação dos roteiros utilizados, tendo como fundamento a tutela da modicidade.

105. Contudo, na presença de efeitos potenciais de abusividade, o IPCA, divulgado pelo IBGE (índice amplamente adotado pela União nos contratos administrativos), poderia ser usado como critério mais isonômico e transparente possível para limitar preços em eventual acordo com os interessados, visto que se empresas devem guardar relação dos preços com os custos (na competição perfeita) - empresas variarem seus custos acima da inflação demonstram sinal de ineficiência e pouca produtividade.

9.6. *Da Regra da Razão*

106. A abusividade "per se" praticamente não existe no mundo jurídico brasileiro, pois, em nossa Carta Magna, foi vitoriosa a "regra da razão", em nosso mundo jurídico semelhante ao princípio da razoabilidade e da proporcionalidade.

107. Ou seja, do ponto de vista sancionatório, no campo administrativo, somente cabe punição quando guardar coerência às situações e às circunstâncias concretas, atendendo-se, portanto, aos atributos ligados à prudência e sensatez. Deve haver uma relação lógica quanto ao princípio da finalidade, atingindo somente aquilo que se quer impedir, sem extrapolações do poder público. A exceção é a prática de cartel, pois não há como comprovar eficiências resultantes dessa conduta (em termos de produtividade ou serviço adequado).

108. Aliás, a vantagem competitiva ou o monopólio não é um mal a ser combatido, nem deve ser tutelada com todas as forças da Agência. Ao contrário, o desafio do regulador é separar a concorrência lícita daquela desleal, pois a eliminação de empresas menos eficientes pelas mais eficientes é tida como natural e positiva pela doutrina microeconômica. De fato, é muito comum o empresário menos eficiente vir à porta da autoridade regulatória reclamar de algo que decorre de sua própria ineficiência.

109. Não obstante, para os casos em que a cobrança é justificável, caberia o papel regulatório diferenciado. Em compensação, nos casos em que há incentivo para discriminação de preços e na ausência de rivalidade suficiente para discipliná-los, a solução para o problema é uma atuação regulatória.

9.7. *Da verossimilhança da abusividade - dispensa de provas inequívocas*

110. O antigo Código de Processo Civil de 1973, a Lei nº 5.869, assim trazia no art. 273:

Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: (Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

111. O Código de Processo Civil de 2015, a [Lei nº 13.105, de 2015](#), não contemplou a mesma previsão, mas ela guardou seu lugar histórico no parágrafo único do art. 9º da [Resolução Normativa ANTAQ nº 34, de 2019](#):

112. Parágrafo único - No caso em que restar demonstrada a verossimilhança de que exista abuso ilegal na cobrança do SSE e nos demais serviços prestados pelas instalações portuárias para cargas conteineirizadas em regime de trânsito aduaneiro, a ANTAQ poderá estabelecer o preço máximo a ser cobrado a esse título, mediante prévio estabelecimento e publicidade dos critérios a serem utilizados para sua definição. (grifo nosso)

113. Como demonstrar essa tal verossimilhança tornou-se o novo paradigma da regulação portuária e desta proposta de Instrução.

114. Do Direito Civil, verossimilhança é a aparência de realidade, aferição dos reais acontecimentos pelo sentir do magistrado, o que culmina no seu convencimento. É o nível de convencimento quanto à possibilidade e probabilidade. Para a concessão de tutela com base em direito evidente, o juiz observava o grau de probabilidade de existência do direito afirmado pelo autor e exigir dele a prova da verossimilhança da alegação.

115. Guilherme Marinoni (2000), em minucioso estudo acerca do antigo requisito, descreve qual o efetivo sentido da expressão em apreço, relacionando-o com uma suposta verdade absoluta, deixando claro que a verdade perseguida jamais poderá ser a real, posto que somos limitados, mas sim a verdade dos autos: "A "convicção da verdade" é relacionada com a limitação humana de buscar a verdade e, especialmente, com a correlação entre essa limitação e a necessidade de definição dos litígios. Para ser mais preciso: o juiz chega à convicção da verdade a partir da consciência da impossibilidade da descoberta da sua essência, uma vez que é essa que demonstra a falibilidade do processo para tanto."

116. E segue discorrendo sobre o assunto esclarecendo o que, em seu sentir justifica a antecipação do provimento do pleito:

"Decidir com base na convicção de verossimilhança preponderante, quando da tutela antecipatória, significa sacrificar o improvável em benefício do provável. E nem poderia ser diferente, mesmo que não houvesse tal expressa autorização, pois não há racionalidade em negar tutela a um direito que corre o risco de ser lesado sob o argumento de que não há convicção de verdade."

117. Diante da impossibilidade da descoberta da essência da verdade, o juiz estaria satisfeito com a "convicção da verdade". O nível de probabilidade que decorre da prova inequívoca se não é, está muito próximo do máximo. Certo é, pois, que a antecipação da tutela do antigo Código de Processo Civil exigia probabilidade e esta há de ser intensa, apta de induzir a absorção absoluta entre probabilidade e verossimilhança.

118. Por outro lado, vemos o conceito de "prova inequívoca", não utilizada pelo texto normativo da Agência. Entende-se por prova inequívoca aquela hábil a convencer o juiz de uma certeza pujante sobre as alegações do requerente a partir do momento em que é verificada nos autos. É a prova que traz ao conhecimento do magistrado material para o seu suficiente convencimento acerca da situação que envolve o bem da vida posto em litígio, da situação fática submetida ao juízo.

119. O professor Elpídio Donizetti Nunes (2004) assim define o presente requisito genérico, in verbis:

Prova inequívoca deve ser considerada aquela que apresenta um grau de convencimento tal que, a seu respeito, não possa ser oposta qualquer dúvida razoável, ou, em outros termos, cuja autenticidade ou veracidade seja provável.

120. O celebrado mestre Carreira Alvim (1996), discorrendo sobre o tema, asseverou:

"Prova inequívoca deve ser considerada aquela que apresenta um grau de convencimento tal que, a seu respeito, não possa ser oposta qualquer dúvida razoável, ou, em outros termos, cuja autenticidade ou veracidade seja provável."

121. O ordenamento jurídico brasileiro admite como sendo Prova Inequívoca aquela que carrega os autos uma certeza material. Não obstante, as expressões jurídicas “verossimilhança” e “prova inequívoca”, no sentido literal, são contraditórias, vez que a esta significa prova robusta que não permite equívoco ou dúvidas, enquanto aquela leva ao juízo de poder ser.

122. Porém, o Regulador, ao editar a RN 34/2019, não exigiu prova inequívoca, apenas a verossimilhança, uma aparência de realidade e de certeza. É dizer, numa apreciação eminentemente filosófica, diante da impossibilidade de se alcançar a verdade absoluta, qualquer convencimento do “magistrado”, seja mediante cognição sumária ou exauriente, dar-se-á por verossimilhança, ou seja, pela sua apreciação subjetiva dos fatos narrados e dos fundamentos jurídicos do pedido.

123. Em termos de Direito Sancionador, a verossimilhança exige indícios qualitativos, quantitativos, situacionais e comportamentais que demonstrem que determinados expedientes dotados de racionalidade econômica, por via condutas unilaterais ou concertadas, imponham prejuízos à competição que não sejam fundada em critérios de eficiência ou, ainda, em critérios de compartilhamento dessa eficiência com consumidores. **Por isso, não existe um único critério**, ou a chamada "prova diabólica". É o conjunto de multicritérios que, somados, darão a aparência de abusividade, podendo existir atenuantes ou excludentes. E foi assim que propusemos, na expectativa que, durante a Audiência Pública, as contribuições possam lançar mão de índices referenciais para cada um dos critérios listados.

9.8. *Preços Abusivos Excessivos e os Preços Abusivos Excludentes*

124. Na ótica da regulação, o preço abusivo não é uma situação conjuntural ou circunstancial, e sim resultado de uma estrutura de mercado propícia e condutas persistentes no tempo. Tem natureza comportamental.

125. Na perspectiva de Castro (2012), a concepção elementar de preços de monopólios (preço maior que o custo marginal) estrutura-se em função da ideia da elevação de preços em razão do exercício do poder de mercado, não se baseando em uma tentativa de majoração do valor intrínseco a determinado bem. O valor intrínseco permanece, o que muda é o preço. Quando o preço e o valor intrínseco se distanciam muito, o consumidor estranha, e a demanda cai.

126. De acordo Evans & Padilha (2004), em interpretação convergente com a tese doutrinária, distinguem-se duas modalidades diferentes de imposição de preços abusivos:

- a) os preços meramente excessivos, ou exploratórios ("exploitative prices"), decorrentes do poder de mercado ou da posição dominante; e
- b) os preços abusivos ditos excludentes ("exclusionary abuse"), praticados com o intuito de excluir competidor do mercado, isto é, de efeitos anticompetitivos.

127. O preço excessivo será aquele que não tem relação razoável com o valor econômico do produto fornecido. A ideia da relação entre preço e valor econômico do bem é reiterada na doutrina. O objetivo da prova é apurar se, em razão do poder econômico do agente investigado, determinado bem teve seu preço substancialmente elevado, de modo que a oferta do bem encontra-se substancialmente reduzida e há interesse público na ampliação de seu acesso.

128. Logo, onde há um cenário de razoável competição entre portos, ou da ausência de outras falhas de mercado, como a assimetria de informação, as externalidades e a racionalidade limitada dos compradores, não há de falarmos sobre preços abusivos excessivos. Cabe, porém, um olhar atento do regulador para essa questão, embora esse seja um enfoque mais para a ótica do consumidor final e da modicidade.

129. No setor portuário, contudo, como o conceito de consumidor é algo bem distante daquele tradicionalmente presente nos demais setores regulados (como, por exemplo, os milhões de pequenos consumidores de energia elétrica e de telefonia), os órgãos de defesa do consumidor não são tão atuantes, reforçando o papel da Agência em atividade que seria típica dessas demais entidades.

130. Por outro lado, defende-se sempre a rigorosa atuação da autoridade regulatória no combate aos "preços abusivos excludentes", de modo a propiciar as condições necessárias ao funcionamento do mercado, corrigindo os efeitos das suas eventuais falhas, não lhe cabendo substituir (salvo em casos excepcionais) os mecanismos de mercado ou interferir no papel do agente privado no processo de tomada de decisões, dentre as quais se destaca a formação de preços.

131. Isto é, no combate aos "preços abusivos excludentes", entende-se que a atuação das autoridades regulatórias deve focar sobre o processo competitivo, de forma a garantir que a disputa por fatias de mercado seja uma disputa lícita, e que o eventual poder de mercado dela resultante seja legítimo, de modo que o patamar de preços atingido seja o mais próximo possível do equilíbrio competitivo, no longo prazo (pois, no curto prazo, a análise é de certo modo prejudicada pela quantidade enorme de alterações nas variáveis).

132. O foco do roteiro proposto são os preços excludentes.

9.9. *Regulação, concorrência e eficiência*

133. Cediço a regulação fazer-se necessária nos setores onde há predomínio de uma estrutura de monopólio estrutural. Neste tipo de estrutura, os altos custos fixos e os baixos custos marginais levam a uma situação onde o alcance da eficiência na quantidade produzida (preço igual a custo marginal), não é suficiente para cobrir o custo médio. A regulação do monopólio é justificável, teoricamente, porque há expectativa de ganhos de custos unitários da firma monopolística que compensem os custos e riscos de ineficiência da regulação.

134. A regulação estaria, de certo modo, privilegiando a eficiência econômica em detrimento de uma estrutura de mercado mais competitiva. Para tanto, como bem aponta Frischtak (1997) deve seguir cinco princípios: i) a utilização de controle se torna mais desnecessária à medida em que se introduz vetores de preço e mecanismos de mercado; ii) quando esses vetores de preço ou mercado foram insuficientes para cumprir o objetivo do regulador, pode-se utilizar restrições quantitativas; iii) para tanto, deve-se considerar os recursos técnicos, gerenciais e administrativos de acordo com a complexidade no setor; iv) a elaboração de um arcabouço jurídico adequado; v) a busca de transparência nas decisões de regulação, com possibilidade recurso interno. Em suma, o regulador deve ter um perfil institucional forte o bastante para garantir as decisões sobre os regulados e os devidos processos legais.

135. Dessa feita, a principal questão para o regulador não estaria em contrapor um monopólio estrutural, mas saber se seus ganhos de eficiência compensam os riscos de ineficiência regulatória em um ambiente de incertezas e informações assimétricas (POSSAS, PONDÊ & FAGUNDES, 1997).

136. Na verdade, a definição da defesa da concorrência passa necessariamente pela definição de eficiência. Como apontam Possas, Pondé & Fagundes (1997), a eficiência abrange três conceitos: produtiva, distributiva e alocativa. A eficiência alocativa trata do conceito mais comum, consistindo na alocação dos recursos com o máximo rendimento e mínimo custo possível de uma determinada capacidade produtiva instalada e respectiva tecnologia. Já a eficiência distributiva relaciona-se com a eliminação dos ganhos monopolísticos ou temporários por agentes individuais, através da ampliação (ou a sua defesa) da concorrência de mercado.

137. A eficiência alocativa, foco principal da defesa da concorrência, requer um detalhamento maior. O conceito de eficiência alocativa tem origem na concepção paretiana de um "ótimo" alocativo, o Ótimo de Pareto. O Ótimo de Pareto presume uma concorrência perfeita entre os agentes econômicos e um mercado atomizado, em equilíbrio geral. Para Musgrave & Musgrave (1980), "dado um certo arranjo econômico, esse é eficiente (em Pareto) se não puder existir um rearranjo que deixe alguém em melhor situação sem piorar a posição dos outros". "Na prática, porém, as condições do Ótimo de Pareto são de difícil averiguação. A regulação e a defesa da concorrência atuam justamente na aproximação da realidade aos critérios paretianos. Essa alternativa é considerada um "second best" aceitável para o agente regulador".

138. A eficiência dinâmica considera as relações e "trade-offs" intertemporais entre eficiência produtiva e capacidade de inovação de um lado, e de preços e margens de lucro de outro. Possas, Pondé & Fagundes (1997, pg. 2), apontam dentro dessa abordagem a visão neo-schumpeteriana do mercado como ambiente seletivo, levando a uma eficiência seletiva, isto é, a eficiência resultante da seleção das inovações no ambiente competitivo do mercado, capaz de promover futuras diminuições nos custos e preços, bem como a melhoria dos produtos. Na perspectiva de Schumpeter, **um certo grau de concentração e poder econômico poderia, até mesmo, ser benéfico, pois permitiria investimentos em pesquisa e desenvolvimento.**

10. ANÁLISE BENCHMARKING DE PREÇOS

139. A Regulação por Comparação ("benchmarking regulation") é tida na doutrina como de mínimo ônus ao Regulador e ao Regulado, além de instrumento eficaz ao combate dos efeitos das Assimetrias de Informações. Além disso:

- a) introduz o efeito da competição nos cálculos, avaliando o desempenho relativo das firmas, simulando ou identificando a firma mais eficiente;
- b) releva o nível ótimo, sem envolver-se em valores contestáveis, como rentabilidade;
- c) pelo seu dinamismo e imunidade à assimetria de informação, é tida como amplamente aceita e recomendada na doutrina regulatória;
- d) permite que as empresas menos eficientes persigam o desempenho das empresas mais eficientes, numa espécie de auto-ajustamento mediante às pressões competitivas do próprio mercado;
- e) fornece incentivo ao aumento da produtividade e do serviço adequado, evitando a elevação de preços indiscriminada e o abuso do poder de mercado;
- f) não afeta negativamente as decisões de investimento das firmas;
- g) não exige monitoramentos sofisticados; e
- h) permite ajustes/correções anuais, isto é, um período razoável para que firmas privadas movam-se no mercado.

140. As premissas desses critérios são as seguintes:
- a) existe um benchmarking de preços dentro do setor portuário como um todo, principalmente dentro do complexo portuário;
 - b) os serviços planilhados são todos homogêneos em relação à análise, substitutos e equiparáveis apenas olhando para a tabela de preços divulgada publicamente (sem considerar, portanto, as demais condições logísticas envolvendo a escolha pelo terminal);
 - c) existe grande liberdade de preços dentro dos submercados (isto é, uma possibilidade de redução de preços, de variação para baixo).
141. Vejamos algumas alternativas consideradas nesta proposta.
- 10.0.1. Comparação entre preços e custos médios de produção do bem analisado
142. Esse método pressupõe que, a partir da comparação entre custos e preços praticados, seja possível apurar algum indício de abusividade.
143. Embora os preços em regime de liberdade não sejam função direta e exclusiva de custos ponderáveis, dado o espaço de liberdade privada para estabelecimento de retorno esperado e disposição do consumidor a despender, os custos, bem como as margens de lucro, são critérios que permitem examinar, ainda que de forma não conclusiva, o grau de desvio não-fundamentado de preços e seu caráter, propósito ou possibilidade de gerar efeitos exclusionários.
144. Dentre as dificuldades associadas a essa abordagem, estão dificuldades de cálculo decorrentes da diferença entre custos contábeis e custos econômicos, da assimetria de informação entre a autoridade concorrencial e o agente econômico, das dificuldades de alocação de custos comuns em empresas multiproduto e da complexidade da formação de preços em mercados multilaterais, em que “o lado de que derivam as externalidades mais positivas serão naturalmente ‘subsidiados’ pelos demais lados, que poderão (erroneamente) aparentar possuírem preços excessivos. Além disso, a apuração de custos é dificultada em mercados em que investimentos arriscados, a longo prazo, desempenham papel importante.
145. Há, ainda, o fato de que o preço é, às vezes, também determinado por elementos originados do lado da demanda (elasticidade, disposição e aptidão para pagar etc.).
146. Além disso, não há parâmetro preciso para apuração do limite exato entre a margem de lucro razoável e excessiva, o que poderia trazer dificuldades para a segurança jurídica e para a aplicação isonômica da lei.
- 10.0.2. Comparação entre os preços praticados pela empresa dominante em diferentes mercados geográficos
147. A diferença entre os preços praticados em diferentes mercados geográficos pode ser indício do abuso de posição dominante no mercado em que os preços se encontram mais elevados.
148. A possibilidade de comparação pode esbarrar, contudo, na existência de razões economicamente justificáveis para a diferença nos preços, como custos (frete, taxação etc.), características relacionadas ao lado da demanda, rivalidade, dentre outras.
- 10.0.3. Comparação entre os preços cobrados pela empresa dominante e um preço de referência
149. Pressupõe a existência de um benchmarking bem visível. Quanto a essa metodologia, a grande dificuldade é a escolha de um preço de referência ("benchmark") adequado para comparação.
150. Na hipótese de se adotar, como preço de referência, aquele praticado por outras empresas no mesmo mercado relevante, a própria existência de outros agentes oferecendo o mesmo bem pode indicar a possibilidade de a posição dominante ser erodida com o passar do tempo. Ademais, o preço mais elevado da empresa dominante pode decorrer de características originadas do lado da demanda, como uma percepção de superioridade do bem.
151. Se o preço de referência é aquele praticado por outras empresas em distinto mercado relevante, que opere em regime de concorrência, persistem as dificuldades decorrentes do fato de que a diferença de preço pode derivar de diferentes estruturas de custo e características de demanda.
- 10.0.4. Síntese da proposta de critérios de análise de preços
152. Veja que não existe critério que sirva a todos os casos ou imune a críticas. Portanto, na comparação de preços, a ANTAQ poderá considerar na análise:
- I - comparação com o preço *benchmarking*, baseado em custos médios em cada complexo portuário;
 - II - a média do mercado relevante, conforme tabela pública divulgada e vigente;
 - III - a soma dos preços individuais dos serviços da própria instalação portuária investigada ou da denunciante, com a finalidade de compor a cesta de serviços do SSE; e

IV - o ônus completo de liberação do contêiner, do ponto de vista do usuário.

11. DO CÁLCULO DO PREÇO *BENCHMARKING*

11.1. *Um modelo de preços*

153. A estruturação de modelos econômicos é útil para a simulação de pontos de equilíbrio de mercados e de preços *benchmarkings*, pois é inevitável o momento de avaliar quantitativamente a prática de preços.

154. A criação de modelos é fundamental também quanto se deseja estimar a gradação das condutas, ou mesmo testar certas hipóteses em mercados específicos. É importante as autoridades estarem preparadas e municiadas com instrumentos capazes de criticar e comparar situações concretas.

155. Entretanto, a quantidade de variáveis referentes às interações no mercado de armazenagem alfandegada de contêineres de importação é inúmera, e a principal dimensão desconhecida é a elasticidade-preço da demanda do retroportuário. Mas, de pronto, podemos afirmar, como, no caso, o consumidor e o produtor são igualmente rivais, concorrentes, modelos de estimação pelo lado da demanda dificilmente seriam consistentes, visto que a curva de demanda está hoje deslocada (para a esquerda) do seu potencial real - dado que o produto final substituto está sendo controlado pelo produtor do insumo essencial a montante.

156. Gera maior assertividade e previsibilidade o modelamento pelo lado da oferta, identificando os fatores que interferem no custo marginal e no custo médio de produção, visando encontrar um eventual custo eficiente.

157. Nesse sentido, por conta da obrigação de entrega em regime de trânsito aduaneiro, o terminal molhado se depara com custos diretos e indiretos.

158. Como custos diretos, temos o custo da entrega do contêiner em até 48 horas, requerendo uma logística interna (de recursos humanos e físicos) em parte compartilhada com aquela exigida se o operador portuário não tivesse essa obrigação (quando o importador opta por deixar a sua carga armazenada na própria instalação portuária onde desembarcou a carga).

159. Devido à lógica de segregação de cargas em área reservada do pátio, na operação de entrega da carga, não há como compartilhar uma máquina do tipo RTG (ela cobre somente determinada área do pátio, pois está presa em trilhos), tornando-se dedicada àquela atividade, ao contrário de uma Reach Stacker, que passeia livremente por todo o pátio e pode prestar outros serviços (a depender do caso concreto, evidentemente). Além disso, ao segregar a carga em diferentes zonas de pátio, o terminal perde capacidade de armazenagem estática, que por si só é um custo, embora intangível, pois, ao segregar, ganha capacidade dinâmica.

160. Em termos de custos indiretos, temos todo o aparato administrativo e de informática. Tais recursos e os riscos são também compartilhados, inclusive o próprio pátio, ainda que exista uma segregação em pilhas distintas que só faz, na verdade, aumentar, em certo aspecto, a eficiência operacional do terminal molhado. Aliás, a cobrança pela guarda provisória diante do SSE não foi proibida pela RN 34/2019, logo, outras rubricas potencialmente remuneram a infraestrutura de pátio e de portão.

161. Podem ser considerados custos diretos associados ao SSE, em termos de "Capex" e "Opex":

a) Máquinas dedicadas de movimentação de pátio na pilha segregada (Reack Stacker e RTG, geralmente uma composição entre elas), incluindo depreciação linear de 10% ao ano (residual de pelo menos 50% ao final do período), custo de capital a juros de mercado nacional e para o porte das firmas analisadas (aquisição), seguros, combustíveis, energia elétrica, lubrificantes, pneus, contratos de manutenção, reparos e peças de reposição;

b) Mão de obra dedicada (salários de operadores de máquinas, encargos sociais, auxílio-refeição, vale-transporte, planos de saúde, treinamento); e

c) Seguro de responsabilidade civil.

162. Não podem ser incluídos o custo de pátio ou o risco de sua permanência nessa área, pois o pátio é remunerado por rubricas de armazenagem, conforme autorizou a RN 34/2019. Os gastos com infraestrutura de "gate" (portão), de segurança, planejamento, supervisão e comunicação são considerados custos indiretos, pois todas as cargas se beneficiam deles, proporcionalmente. Inexiste custo do estoque do bem fornecido, a produção é sob demanda. Ou seja, os seguintes gastos:

a) incorridos com pátio ou com o risco de permanência da carga nessa área, quando a instalação portuária for concomitantemente remunerada pela armazenagem;

b) instalação, manutenção ou operação dos portões de entrada e saída da área alfandegada ("gates"); e

c) segurança patrimonial ou cibernética, planejamento, supervisão e telecomunicações.

11.2. *Custo Total Médio associado ao SSE*

163. Considerando que os custos variáveis são desprezíveis em relação ao tamanho do custo fixo (característica dos monopólios naturais, particularmente na presença de elevados “sunk costs”), o custo total específico para o SSE será o seguinte:

$$\text{Custo Total SSE} = \text{Custo Fixo Direto} + \text{Custo Fixo Indireto}$$

164. Ou, em termos médios:

$$\text{Custo Total Médio SSE} = \text{Custo Fixo Direto Médio} + \text{Custo Fixo Indireto Médio}$$

165. Isto é:

a) custo total médio direito mensal associado à cesta de serviços que compõe o SSE, obtido por meio da soma dos gastos fixos e variáveis mensais, incluindo mão-de-obra dedicada e encargos, maquinário dedicado ou compartilhado, depreciação linear de equipamentos, custo de capital a juros de mercado, seguros do maquinário, seguro de responsabilidade civil, combustíveis, energia elétrica, lubrificantes, pneus, manutenção de equipamentos, reparos e peças de reposição; e

b) Benefícios e Despesas Indiretas - BDI, no total de 45,11 %, considerando nessa componente todos os custos indiretos, as despesas administrativas, tributos incidentes no faturamento de serviços mediante método de lucro real, despesas financeiras, riscos e contingências, assim como a lucratividade.

166. Da prática do TCU, custos indiretos podem ser representados fielmente por um BDI - Benefícios e Despesas Indiretas, incluindo os custos seguintes elementos: i) Despesas Administrativas e Administração Central; ii) Riscos, Garantias e Contingências; iii) Lucro; iv) Despesas Financeiras; v) Tributos (ISS e PIS/Cofins). Vejamos a Tabela a seguir, já com dados referentes às empresas que operam no modelo de imposto mediante o lucro real.

Tabela 3: Composição de BDI

Benefícios e Despesas Indiretas - BDI		
Administração Central - Despesas Administrativas	AC	5,00%
Riscos/Garantias/Contingências	SRG	5,00%
Lucro	L	12,00%
Despesas Financeiras	DF	1,00%
Tributos - ISS	T	5,00%
Tributos - PIS/COFINS		9,25%
Fórmula para o cálculo do BDI:		
$\{[(1+AC+SRG) \times (1+L) \times (1+DF)] / (1-T)\} - 1$		
Resultado do cálculo do BDI: (lucro real)		45,11%

167. Os custos médios para o detentor da infraestrutura tornam-se decrescentes na medida em que a produção da atividade aumenta (fazendo diminuir, por consequência, o custo médio de produção); e decrescem até atingir a totalidade da produção do mercado respectivo (prejudicando a concorrência).

168. Logo,

$$\text{Custo Total Médio SSE} = \text{Custo Fixo Médio} + \text{BDI}$$

ou

$$\text{Custo Fixo Médio SSE} = (\text{Capex} + \text{Opex}) / \text{Quantidade produzida}$$

169. Conforme Memorando de Entendimentos com o CADE, de junho de 2021, esse cálculo deverá ser empreendido por complexo portuário.

170. As análises da ANTAQ estudarão os preços eficientes admitidos na cobrança do SSE para cada complexo portuário, que será utilizado como critério para a caracterização da abusividade. Deve ser considerada a estimativa de uma demanda média mensal (quantidade produzida) compatível com o complexo portuário e "market share", com base no histórico.

171. No cálculo do custo total médio previsto, poderão ser considerados os seguintes elementos distinguídos, a pedido das partes, desde que tragam os dados fiáveis a serem aprovados pela área técnica:

- I - Escala de produção;
- II - Produtividade média esperada;
- III - Capacidade estática e dinâmica;
- IV - Custos regionais diferenciados, se demonstrados pelas partes; e
- V - Composição média de diferentes maquinários.

172. Na conversão monetária dos componentes de custo fixados em moeda estrangeira, será utilizada a taxa média cambial dos últimos 36 (trinta e seis) meses, com o objetivo de considerar um amortecimento do câmbio tendo em vista o grande aumento durante a Pandemia de Covid-19 (embora o maquinário tenha sido comprado bem antes).

12. DEMONSTRAÇÃO DE DANOS E EFEITOS PRESUMIDOS - ANÁLISE DE EFICIÊNCIAS

12.1. *Demonstração de danos pela denunciada*

173. A ampla defesa pressupõe uma acusação; assim, caso um denunciante interponha uma petição, deve demonstrar os danos e efeitos que alega, não cabendo a ANTAQ tal papel de produzir provas, já que estará atuando juiz e mediador nesse caso. A demonstração deve ser compatível com a infração denunciada, isto é, não basta a denúncia genérica, deve o denunciante tipificar a conduta, e apresentar provas que ela exista e produz efeitos, já que não existe o ilícito "per se". A compatibilidade da demonstração se dá pelo nexos, isto é, se a conduta denunciada é de efeito exclusionário, deve trazer elementos que apontam perda de participação; se a denúncia for pela espremeda de margem, a denunciante deve trazer uma análise evolutiva e comportamental de sua margem frente à margem de outras empresas semelhantes do setor, ou mesmo dos operadores denunciados. Tais métodos devem ser preferencialmente quantitativos, pois são os mais objetivos, harmonizável, portanto, com uma medida corretiva de tanto impacto como a limitação de liberdade de preços.

174. No caso de consulta de órgãos de controle, caso não esteja contextualizada ou demonstrado nenhum dano ou efeito anticoncorrencial, a ANTAQ procederá como uma análise de mercado, sem conclusão.

175. Porém, para que a conduta em análise seja considerada prejudicial aos consumidores, não é necessário demonstrar, necessariamente, que os concorrentes sejam forçados a abandonar o mercado - há de considerarmos o impacto global anticompetitivo, pois é muito provável que o objeto da conduta tenha como efeito um aumento sustentável dos preços ao consumidor, majorando na verdade a renda de todos os produtores, condição que na prática encorajaria a entrada dos rivais, a despeito das condições desfavoráveis de sobrevivência e de relacionamento comercial ruim com os grandes "players".

176. Nessa ótica, a entrada de concorrentes na armazenagem alfandegada seria, portanto, em tese, sempre neutralizada pelo fornecedor do insumo essencial integrado, subindo o preço para a entrega do insumo essencial. As decisões de investimentos e de preços dos "grandes players" têm grande potencial de afetar a estrutura de mercado. Por outro lado, ainda que exista capacidade e incentivo às condutas, é possível também que a estratégia não surta reais efeitos sobre a competição a jusante, condição que nos levaria a pesar potenciais danos vis-à-vis as eficiências decorrentes.

177. Portanto, toda conduta abusiva em que se suponha existir algum efeito anticompetitivo – efetivo ou potencial – exigirá o exame das eficiências econômicas, indispensável para a identificação dos efeitos líquidos em termos de bem-estar da concentração examinada. Esse exame encontra suporte na teoria microeconômica, através dos conceitos de eficiência econômica dos mercados. Contudo, caso a parte investigada se negue a justificar sua conduta (e existindo, como existe, um amplo espaço para essa demonstração e aceitabilidade das contrarrazões), os efeitos demonstrados pelo denunciante serão presumidos como efetivos.

178. O **caput** do art. 36º da [Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011](#) é claro: "Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:".

12.2. *Justificativas para a conduta - demonstração de eficiências*

179. Como sabemos as condutas anticompetitivas não podem ser simplesmente tidas como infrações "per se", de modo que o exame das justificativas e eficiências passou a fazer parte dos roteiros de análises, tomado como base pelas autoridades para o julgamento daquelas estratégias empresariais. Assim, a política antitruste passou a ser

orientada fundamentalmente pelos potenciais ganhos de eficiências compensatórias provenientes daquelas ações, através de um balanço dos seus efeitos positivos e negativos sobre o nível de bem-estar econômico. Sob essa visão, por exemplo, afirma Geoffroy (2010) que “um ato de concentração poderia ser aprovado caso a geração de eficiências fosse suficiente para compensar o aumento do poder de mercado, mesmo que seus benefícios fossem integralmente incorporados pelas empresas”.

180. Temos a considerar que a defesa da concorrência não é um fim em si mesmo, mas um meio pelo qual se busca criar uma economia eficiente. Guias de análises editados por autoridades de defesa da concorrência em quase todos os países que possuem uma lei antitruste empregam modelos de equilíbrio parcial para sopesar eficiências e efeitos anticompetitivos.

181. A literatura econômica mostra, em especial a partir da leitura de Schumpeter (1984), que o desenvolvimento econômico se dá, primordialmente, pela ruptura de estruturas existentes, com a criação de novos produtos, processos, mercados, meios de produção, novas formas de organização. A mudança tecnológica contínua confere um amplo leque de efeitos positivos para a sociedade. A concorrência perfeita para Schumpeter não apenas era improvável como, também, inferior. A estrutura teórica da economia padrão propõe um equilíbrio estático, mas a realidade capitalista é, de início ao fim, um processo de mudanças. Portanto, se o objetivo primário da política da concorrência é o bem-estar social, uma verdadeira análise do bem-estar deve levar em conta o desenvolvimento econômico ao longo do tempo, sobretudo a introdução de novos produtos e tecnologias na economia. Este desafio é ainda maior com respeito às eficiências de caráter dinâmico. Isso porque essas eficiências, em sua grande maioria, não são quantificáveis, uma vez que representam ganhos intangíveis, de natureza qualitativa.

182. Para realizar esse balanço, as autoridades devem fazer um juízo de valor, cuja escolha mais se aproxime do objetivo traçado pela legislação de cada jurisdição.

183. Não podem ser consideradas as eficiências quando forem estabelecidas vagamente, quando forem especulativas ou quando não puderem ser verificadas por meios razoáveis. Ainda, não são consideradas eficiências os ganhos pecuniários decorrentes de aumento de parcela de mercado ou de qualquer ato que represente apenas uma transferência de receitas entre agentes econômicos. Acima de tudo, as eficiências devem ser apropriadas dentro do mercado relevante em análise, mas não precisam ser necessariamente quantificáveis, embora seja desejável esse aspecto extra qualitativo, a análise de justificativas e eficiências esbarra também num problema particular de seleção adversa: enquanto o Regulador tende a subestimar os valores alegados pelas empresas, sabendo que elas têm a propensão de super estimá-los, essas empresas superestimam tais valores justamente por conhecer o risco do seu pouco reconhecimento pela Agência Reguladora.

184. Pioner e Cãnedo-Pinheiro (2006) apontam os principais fatores considerados pelas autoridades ao analisar a presença de eficiências, a seguir enumeradas:

- I - eficiências produtivas: envolvem economias de escala, escopo e sinergias;
- II - eficiências dinâmicas: desenvolvimento de novos produtos ou introdução de novas tecnologias;
- III - eficiências transacionais: envolvem todo tipo de redução de custos de contratos com terceiros, por exemplo, na distribuição, implicando repartição distinta do excedente entre os agentes da cadeia produtiva;
- IV - efeito de rede pelo lado da demanda: acontecem quando o valor do bem percebido pelo consumidor aumenta com o número de usuários do mesmo;
- V - redução de custos administrativos: é toda redução em custo decorrente da eliminação de níveis hierárquicos ou da burocracia; e
- VI - redução de custos de capital: envolve todo tipo de não linearidade no preço do serviço resultante das imperfeições do mercado de crédito.

185. A boa prática regulatória resguarda essa etapa última de justificativa para a análise da conduta, onde a empresa poderá comprovar inclusive variação de custos diretos e indiretos, eficiências econômicas na prática ou inexistência de danos ao usuário, até mesmo informar eventos extraordinários, como choques de oferta ou demanda. Para a etapa de análise da justa causa do aumento de preços praticado por instalação portuária, a empresa objeto da análise pode, se lhe convier, apresentar as justificativas para os preços praticados, podendo ser colocado ou exigido o fornecimento de dados e documentos pela equipe técnica do órgão regulador. Impactos positivos ou a neutralidade da conduta poderão ser então demonstrados.

186. Segundo o Guia H do CADE, a “conduta será benéfica ou prejudicial, sendo necessária a análise específica caso a caso, com a ponderação das eficiências específicas vis-à-vis seus efeitos negativos derivados de uma maior probabilidade do exercício do poder de mercado. Trata-se da condição de efeito líquido não-negativo sobre o bem-estar econômico dos consumidores ou dos concorrentes”.

187. O papel das autoridades de concorrência é justamente diferenciar as condutas razoáveis (que trazem benefícios partilháveis, a despeito da mitigação da concorrência) das práticas desarrazoadas (aquelas que só frustram uma estrutura competitiva e não trazem benefícios partilháveis na mesma proporção).

188. As condutas abusivas, ainda que provoquem redução de bem-estar para determinado grupo, podem também promover ganhos gerais de eficiências ao consumidor. Tais ganhos resultam das eventuais vantagens competitivas para as empresas, como a redução de custos associados às economias de escala e escopo, sinergias, aumento da produtividade e qualidade, inovações tecnológicas, economias de custos de transação, apropriação de externalidades positivas ou eliminação de externalidades negativas, etc. e dos possíveis ganhos de eficiência para os consumidores, seja por eliminação de uma parte desnecessária da cadeia produtiva ou de uma diminuição de preços – através de um repasse, ainda que não integral, das economias geradas pelas empresas –, seja pela oferta de uma maior novidade, variedade e/ou qualidade dos produtos.

189. As eficiências e justificativas apresentadas pelas instalações portuárias:

- I - não podem ser especulativas, sem possibilidade de verificação pela ANTAQ;
- II - devem ser apropriadas dentro do próprio mercado relevante em análise; e
- III - não precisam ser necessariamente quantificáveis, embora seja desejável.

12.3. *Outras ferramentas*

190. Cabe o uso das seguintes ferramentas como subsídio às análises:

a) demonstrações contábeis dos últimos três exercícios, com especial atenção para aqueles que podem ser requisitadas no âmbito da Resolução Normativa ANTAQ nº 28/2019, esclarecendo contas em particular que constam do Plano de Contas padronizado da Agência.

b) os dados das Demonstrações Contábeis Regulatória - DCRS, à luz da Resolução ANTAQ nº 49, de 2021, permitem a apuração a performance financeira da entidade, como a distância entre custo operacional e receita operacional, distinguindo-se movimentação da armazenagem. Outros indicadores de sustentabilidade são fartos na literatura contábil, tais como aqueles de liquidez, margem líquida, retorno dos ativos, e rentabilidade, cabendo uma análise vertical (dentro do exercício) e horizontal (entre os exercícios);

c) no aspecto “lucratividade”, um dos indicadores de concorrência mais comuns é a margem preço-custo (PCM), que reflete a capacidade da firma de manter o preço acima do custo marginal. Com o aumento da competição, as firmas são forçadas a reduzir o “mark-up” (ou margem de lucro), como limite sendo a competição perfeita no qual preços igualam-se aos custos marginais. Esse critério serve para avaliar também o “margin squeeze”; e

d) como indicador, também é possível empregamos a análise dos lucros econômicos dos terminais portuários com base no Retorno sobre o Investimento (RSI) ou no Retorno sobre o Patrimônio Líquido (RSPL), calculados a partir das demonstrações financeiras dos terminais.

13. **CONTRIBUIÇÕES DO CADE**

191. Dai 27/08/2020, foi promovido encontro técnico entre o corpo técnico da GRP e os representantes da Superintendência-Geral e Departamento de Estudos Econômicos do CADE. Foi apresentada uma versão preliminar da proposta de Instrução-Normativa. Ato contínuo, foi enviado e-mail para o CADE, com os manuscritos apresentados.

192. No dia 02/09/2021, os representantes do CADE enviaram e-mail (SEI nº 1420333) com contribuições preliminares. A discussão técnica maior ocorreria após a deliberação da Diretoria quanto ao texto enviado para Participação Social.

193. A maioria dos comentários do CADE foram dúvidas e não apontamentos de incorreções. A priori, houve uma concordância geral com o fluxograma e roteiro.

194. Em síntese, foram acatadas as seguintes contribuições na Instrução Minuta:

I - Destino da comunicação ao CADE quanto à decisão da Agência (art. 2º, § 2º): tanto para a Superintendência-Geral como para o Presidente da autarquia. A redação original não observava qual era o destino dessa comunicação. Como a comunicação da ANTAQ é pela Diretoria, o regimento interno já trata do meio, isto é, o Ofício;

II - Momento da consulta do CADE (art, 3º, II): poderá ocorrer em qualquer momento processual da autoridade concorrencial. A redação original subtendia que haveria um momento exato para essa consulta;

III - Ajuste redacional pontual no § 2º do art. 3º;

IV - Melhor distinção entre Mercado Relevante x Complexo Portuário (art. 5º, IV além do art. 12, § 1º): de fato, complexo portuário e mercado relevante não são sinônimos - logo, retiramos o termo "complexo portuário", deixando mais claro que a análise de poder de mercado se dará pelo "mercado relevante". A redação original dava margem para dúvidas. O complexo portuário será utilizado quanto ao aspecto de preços, como previsto no Memorando de Entendimentos do CADE;

V - Inexistência da hipótese de discriminação pelo lado do fornecimento (art. 6º, II, "a"): de fato, o SSE não envolve fornecedores de bens e serviços, apenas adquirentes. A redação original continha essa previsão;

VI - Flexibilização dos critérios de concentração de mercado (art. 9º, § 2º): a proposta original era de um HHI de 1800, um CR4 de 60 e um CR3 de 50. O CADE entendeu que poderia ser um critério muito restritivo, e perguntou se não haveria estudos específicos para o mercado alvo. Esses estudos não existem, então adotamos um HHI de 2500 e um CR4 de 75 (retiramos o CR3, pois é pouco usado, e difícil de encontrar índice referencial), conforme explanado em capítulo anterior nesta Nota. Tais índices são adotados pela autoridade concorrencial norte-americana para os mercados em geral, e nos parecem compatíveis com uma natural concentração de mercado que experimenta os setores nacionais de infraestrutura de transportes;

VII - Inadequação na consideração do destino final das cargas no cálculo do "market share" (art. 9º, III): o CADE avaliou não existir fundamento nesse critério contido na proposta avaliada. De fato, a experiência da ANTAQ observa o "market share" pela movimentação portuária no terminal e pela capacidade da infraestrutura. Esse critério adicional surgiu durante a fase de participação social antecedente e, de fato, para ser adotada, necessita de maior reflexão, ensaio e estudo de caso;

VIII - Uma desejável quantificação das eficiências enviadas pelos terminais (art. 10, III): o CADE sugeriu que a demonstração de eficiências fosse desejavelmente quantificável, pois seria uma demonstração mais forte e robusta contra os argumentos da denunciante. A redação original previa que as eficiências não precisam ser necessariamente quantificáveis.

14. DA IMPLEMENTAÇÃO DA INSTRUÇÃO NORMATIVA

195. A ANTAQ deve mapear e divulgar os mercados relevantes ora mencionados na Instrução, considerando as zonas de influência para o mar e para a terra, a concorrência intraportos e interportos, bem como as distintas atividades de movimentação e armazenagem de contêineres. Caso contrário, provavelmente cada denunciante e cada denunciado se valerá de propostas específicas de mercado relevante para consideração da ANTAQ, e haverá muito debate a respeito disso dentro das análises em cada caso concreto, aumentando a incerteza do resultado.

196. Compreende-se que o mapeamento de todos os mercados relevantes seja um trabalho intenso, demorado, em verdadeiro estudo em nível de doutorado até. Como o roteiro não pode esperar, o mercado relevante geográfico adotado provisoriamente será aquele que estiver contido num raio de 400,0 km da instalação investigada - esse critério concede maior objetividade às análises. Esse número está em linha com as análises precedentes da ANTAQ e do CADE.

197. A título de mera sugestão, conveniente a Academia (universidades etc.) promover encontros técnicos e a produção de literatura a respeito, colaborando nesse esforço, enviando estudos para o Regulador avaliar.

15. CONCLUSÃO

198. Diante do exposto, propõe-se a Instrução-Normativa-MINUTA GRP (SEI nº 1412343).

199. O ato obterá a forma regimental de uma Instrução Normativa, não de uma Resolução (normativa), já que não cria qualquer direito ou obrigação nova aos regulados, apenas regulamenta a aplicação de norma existente, a [Resolução Normativa ANTAQ nº 34, de 2019](#), com efeitos internos.

200. O texto proposto não cria obrigações nem tão pouco restringe direitos dos regulados, já que não inova, trazendo matéria "interna corporis".

201. Por fim, recomenda-se prioridade na tramitação deste processo, tendo em vista o prazo acordado com o CADE no Memorando de Entendimento de junho de 2021, bem como certas determinações do Tribunal de Contas que estão alinhadas ao escopo desta minuta.

202. Sendo assim, em atendimento à Ordem de Serviço nº 214/2021/GRP/SRG (SEI nº 1411905), encaminhamos os seguintes documentos, os quais solicitamos aprovação e posterior encaminhamento à consideração superior:

a) Relatório Técnico nº 5/2021/GRP/SRG (SEI nº 1412334), contendo uma análise individual das contribuições da Consulta supracitada, apto para divulgação externa;

- b) Relatório de AIR 11 (SEI nº 1412342), contendo Análise de Impacto Regulatório nos termos do [Decreto nº 10.411, de 30 de junho de 2020](#);
- c) Nota Técnica para Proposição de Ato Normativo nº 20/2021/GRP/SRG (SEI nº 1412344);
- d) Instrução Normativa-MINUTA GRP (SEI nº 1412343).

É o entendimento.

Notas bibliográficas:

- ALVIM, J. E. Carreira. Ação Monitória e Temas Polêmicos da Reforma Processual. 2ª. Edição. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- ANTAQ. Estudo comparativo dos valores de THC nos terminais de contêineres no Brasil e no mundo. 2019. Disponível em: <http://portal.antaq.gov.br/wp-content/uploads/2019/12/Relat%C3%B3rio-Estudo-THC.pdf>.
- BAGATIN, Andreia Cristina. Price Squeeze e os mercados recém-liberalizados. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. 2007. Disponível em: https://digitalis-dsp.uc.pt/bitstream/10316.2/24764/1/BoletimL_Artigo6.pdf?ln=pt-pt.
- BRITTO, Paulo Augusto P. de et al. Promoção da concorrência no setor portuário: uma análise a partir dos modelos mundiais e aplicação ao caso brasileiro. Rev. Adm. Pública, Rio de Janeiro, v. 49, n. 1, p. 47-72, Fev. 2015 Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122015000100047&lng=en&nrm=iso&tlng=pt.
- CASTRO, Bruno Braz de. Preços exploratórios: por uma nova teoria da decisão. Faculdade de Direito da UFMG. 2012. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/287778255.pdf>
- COASE, Ronald H. The Nature of the Firm. 1937. Disponível em: [https://www.albany.edu/~gs149266/Coase%20\(1937\).pdf](https://www.albany.edu/~gs149266/Coase%20(1937).pdf)
- CUÉLLAR, Leila. Abuso de Posição Dominante no Direito de Concorrência Brasileiro. In: Estudos de Direito Econômico. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 35-41.
- DRUCKER, Peter. Desafios Gerenciais para o Século XXI. São Paulo, Thompson Learning, 1999.
- EUROPEAN UNION. European Commission – Competition Reports. Terminal handling charges during and after the liner conference era. October 2009. Disponível em: https://ec.europa.eu/competition/sectors/transport/reports/terminal_handling_charges.pdf
- EVANS, David S.; PADILLA, A Jorge. Excessive prices: using economics to define administrable legal rules. CEPR Discussion Paper nº 4626. [...], Sept. 2004. Disponível em: <https://www.cemfi.es/ftp/wp/0416.pdf>.
- FAGUNDES, J.; PONDE, J.L. (2002). Custos de Transação e Impactos sobre a Política de Defesa da Concorrência. In: POSSAS, M. L. (Org.). Ensaios sobre Economia e Direito da Concorrência. São Paulo, Singular, 2002. cap.6, p.161-188.
- FARACO, Alexandre Ditzel. Regulação e Direito Concorrencial: as telecomunicações. Editora Paulista. 2003.
- FERRAZ JR, Tércio Sampaio. Enciclopédia Jurídica da PUC USP; Verbete: Mercado Relevante. Tomo de Direito Comercial. Julho/2018. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/249/edicao-1/mercado-relevante>
- FIANI, R. Teoria dos Custos de Transação. In: KUPFER, D.; HASENCLEVER, L. (Org.). Economia industrial: fundamentos teóricos e práticas no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, 2002. cap.12, p. 267-286..
- FRISCHTAK, Cláudio R. O novo papel do Estado. In: SEMINÁRIO CONCESSÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS E REGULAMENTAÇÃO, 1996, Belo Horizonte. Anais... Belo Horizonte: Fundação João Pinheiro, 1997, pg. 8.
- GEOFFORY, Ricardo Corrêa. Eficiências econômicas em atos de concentração: rumo à incorporação de eficiências dinâmicas. Dissertação de Mestrado em Ciências Econômicas. Universidade de Campinas. Campinas/SP. 2010.
- KAHN, Alfred E. The economics of regulation. 2. ed. Cambridge: Mass, 1988.
- KRUGMAN, P., & WELL, R. Microeconomics. Nova Iorque: Worth Publishers, p. 125. 2009.
- KUPFER, D. (2002). Barreiras Estruturais à Entrada. In: KUPFER, D.; HASENCLEVER, L. (Org.). Economia industrial: fundamentos teóricos e práticas no Brasil. Rio de Janeiro, Elsevier, 2002. cap. 6, p.122.
- MANKIW, N. Gregory. Introdução à Economia. Ed. Cengage. 2005.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela Antecipatória, Julgamento Antecipado e Execução Imediata da Sentença. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- MEEHAN Jr., J. W; LARNER, R. J. (1981). "A proposed rule of reason for vertical restraints on competition". The Antitrust Bulletin, 27 (Summer), p. 220-221.
- MELO, Tatiana Massaroli; FUCIDJI, José Ricardo. Racionalidade limitada e a tomada de decisão em sistemas complexos. Revista de Economia Política, vol. 36, nº 3 (144), pp. 622-645, julho-setembro/2016. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rep/v36n3/1809-4538-rep-36-03-00622.pdf>.
- MUSGRAVE, R.; MUSGRAVE, P. B. Finanças Públicas. Rio de Janeiro: Campus, 1980. pg. 55
- NESTER, Alexandre Vagner. A doutrina das essential facilities: compartilhamento de infra-estrutura e redes. Dissertação de mestrado. Universidade Federal do Paraná. 2006. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/63196/R%20-%20D%20-%20ALEXANDRE%20WAGNER%20NESTER.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- NUNES, Elpídio Donizetti. Curso Didático de Direito Processual Civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- ORTIZ, Gaspar Ariño. La regulación económica: Teoría y práctica de la regulación para la competencia. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1996.
- PIONER, Heleno Martins; CANÊDO-PINHEIRO, Maurício. Margem de Erro e Eficiências em Fusões in: Métodos Quantitativos em defesa da concorrência e regulação econômica .Tomo 1. Rio de Janeiro. IPEA, 2006.
- POSSAS, M.; PONDE, J.; FAGUNDES, J. Defesa da concorrência e regulação. Revista de Direito Econômico, São Paulo, n. 27, jan./jul. 1998.

_____. Regulação da concorrência nos setores de infraestrutura no Brasil. Rio de Janeiro: IPEA, 1997. Relatório de Pesquisa. pg 7.

RODRIGUE, Jean-Paul; NOTTEBOOM Theo. Challenges in the Maritime-Land Interface-Port Hinterlands and Regionalization. 2006. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/b5de/4992dac53c5ad2835414e100c88a84031e5c.pdf>

SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial: As Conduas. São Paulo Malheiros, 2003, p. 18.

SHUMPETER, Joseph. Capitalismo, socialismo e democracia. Rio de Janeiro: Zahar, 1984.

SIMON, H. A. A Behavioral Model of Rational Choice. Quarterly Journal of Economics, vol. 69, no. 1, fevereiro, 1955. pp. 99-118.

_____. The Sciences of the Artificial. 3a ed. Cambridge, MA: The MIT Press. 1999.

STIGLITZ J. E. Information and economic analysis; a perspective. Economic Journal; v. 95 (o), Supl., p.21-41, 1985.

_____; BOADWAY, R. W. Economics. London: W.W. Norton & Company, 1994.

TISDELL, C.A. Bounded Rationality and Economic Evolution: a contribution to decision-making, economics and management. Aldershot: Edward Elgar. 1996. Pg. 31

VARIAN, H. Intermediate Microeconomics - A Modern Approach. 8th. Ed. Nova Iorque: W. W. Norton & Company, p. 265. 2010.

VERNON, John A. Examining the link between price regulation and pharmaceutical. R&D investment, 2004.

VISCUSI, W., VERNON, J., HARRINGTON, J. (1992) Economics of Regulation and Antitrust. DC Heath and Company

WILLIAMSON, O. E. The Economics Institutions of Capitalism: firms, markets, relational contracting. New York, The Free Press, 1985.

_____. The Mechanisms of Governance. New York, Oxford University Press, 1996.

_____. The Economic Institutions of Capitalism: firms, markets, relations contracting. London: Collier Macmillan Publishers. 1985.

WORLD BANK, The. Port Reform Took Kit - Module 6: Port Regulation: Overseeing the Economic Public Interest in Ports SECOND EDITION. 2012. Disponível em: https://ppiaf.org/sites/ppiaf.org/files/documents/toolkits/Portoolkit/Toolkit/pdf/modules/06_TOOLKIT_Module6.pdf



Documento assinado eletronicamente por **Sandro Jose Monteiro, Especialista em Regulação de Serviços de Transporte Aquaviários**, em 06/09/2021, às 10:13, 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 **Ygor Di Paula Julliano Silva da Costa, Especialista em Regulação de Serviços de Transporte Aquaviários**, em 06/09/2021, às 10:42, 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 **1412344** e o código CRC **F10810DC**.