



AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS
GERÊNCIA DE REGULAÇÃO PORTUÁRIA - GRP/SRG

RELATÓRIO DE AIR

Data: 25/08/2021	Área: SRG/GRP	Versão: 1.0
Palavras-chave: Porto, Contêiner, Análise de Abusividade	Processos relacionados:	AIRs relacionadas: SEI 1038608
Assunto: Regulamentação do § único do art. 9º da Resolução Normativa ANTAQ nº 34/2019		

1. **SUMÁRIO EXECUTIVO**

1. Trata-se do atendimento ao ACÓRDÃO Nº 69-2019-ANTAQ, SEI nº 0840591, como segue:

(...) b) Determinar à SRG que promova os estudos para desenvolvimento da metodologia a ser aplicada na definição dos preços máximos, nos casos em que for demonstrada a existência de abusividade na cobrança do SSE, compreendida por elaboração de AIR e minuta de Resolução específica, os quais deverão ser submetidos a prévia Audiência Pública, na forma do artigo 68 da Lei nº 10.233, de 2001.
(voto-vista do Diretor Adalberto Tokarski)

2. Este documento contém uma Análise de Impacto Regulatório, aos moldes do Decreto nº 10.411, de 30 de junho de 2020.

3. O trabalho tem por objetivo analisar as opções de regulamentação do § único do art. 9º da Resolução Normativa ANTAQ nº 34/2019.

4. Supletivamente, trata da metodologia e do fluxograma pactuados pelo assinaram o Memorando de Entendimentos nº 01/2021, assinado conjuntamente entre CADE e ANTAQ, conforme indica o SEI nº 1355861, no âmbito do Processo ANTAQ nº 50300.011034/2021-56. Diz assim o Memorando:

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.

5. O tema em questão é o Serviço de Segregação e Entrega (SSE) e a devida orientação aos servidores da ANTAQ quanto à execução do previsto no parágrafo único do art. 9º da Resolução Normativa nº 34-ANTAQ, de 2019, informando os critérios da análise de condutas abusivas associadas ao Serviço de Segregação e Entrega - SSE nas instalações portuárias, conforme previstas no art. 8º da mesma Resolução.

6. Pesados os custos e benefícios, a solução de menor impacto foi:

- estabelecer metodologias e critérios em uma Instrução Normativa, que acompanha em anexo esta AIR;
- não divulgação de preços referenciais nacionais, nem controles *a priori*;
- em cada processo de denúncia, calcular um preço de *benchmarking* local (complexo portuário), a ser usado na avaliação e eventualmente como preço-teto, no caso de demonstração de abusividade;
- imposição de preço-teto como medida excepcional; e
- incentivar os operadores a pactuar ajustes de condutas ou negociar compromissos voluntários, em detrimento de uma medida mais impositiva.

7. Detalhando um pouco mais, concluímos pela:

- possibilidade de várias portas de entrada de início de análise, inclusive a comunicação de alteração de tabela de preços;
- avaliação de eficiência de preços conforme o caso concreto apresentado no processo, para cada complexo portuário;
- preço de benchmarking calculado com base no custo médio mensal, acrescentado de um Benefícios e Despesas Indiretas - BDI, podendo ser considerado outros elementos que distingam a instalação portuária investigada das demais, mediante a apresentação de dados pela própria instalação;
- previsibilidade do rito processual, com duração de 90 (noventa) dias, permitido o amplo contraditório;
- esclarecimentos sobre as técnicas de análise e os critérios gerais utilizados;
- conteúdo padronizado dos pareceres técnicos.

8. Como resultado final, emitimos a Instrução Normativa-MINUTA GRP (SEI nº 1412343).

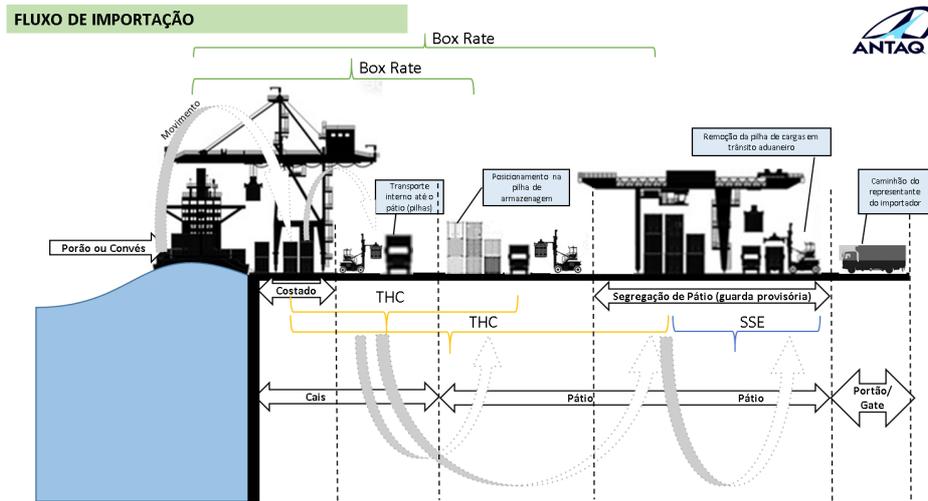
2. **HISTÓRICO RESUMIDO**

9. Em 17 de agosto de 2019, a ANTAQ aprovou a [Resolução Normativa ANTAQ nº 34, de 17 de agosto de 2019](#) (RN 34), definindo, no seu art. 2º, o seguinte:

(...) IX - Serviço de Segregação e Entrega de contêineres - SSE: preço cobrado, na importação, pelo serviço de movimentação das cargas entre a pilha no pátio e o portão do terminal portuário, 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;

10. Veja na Figura a seguir, em termos gráficos, a distinção do SSE em relação às demais atividades.

Figura 1: Fluxo de Importação do SSE



11. Ato contínuo, a ANTAQ informou ao mercado que:

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.

12. Em seguida, foi emitido o Plano de Trabalho GRP (SEI nº 0875650), objetivando o atendimento das determinações constantes no item b) do voto-vista do Diretor Francisval Mendes e no item b do voto-vista do Diretor Adalberto Tokarski, ambos reproduzidos no ACÓRDÃO Nº 69-2019-ANTAQ (SEI nº 0840591), como segue:

(...) b) Determinar à SRG que promova a consolidação dos estudos de impacto regulatório decorrentes da possibilidade de inserção de mecanismo e conceito de franquia na norma, bem como que a SFC auxilie na produção de dados e na fiscalização efetiva dos contratos que já preveem regras de franquia, de modo a identificar o problema a ser avaliado na AIR, com os aspectos atuais regulatórios e fiscalizatórios em vigor, submetendo a conclusão final para deliberação da Diretoria colegiada acerca de eventual necessidade de nova submissão à Audiência Pública.

(voto-vista do Diretor Francisval Mendes)

(...) b) Determinar à SRG que promova os estudos para desenvolvimento da metodologia a ser aplicada na definição dos preços máximos, nos casos em que for demonstrada a existência de abusividade na cobrança do SSE, compreendida por elaboração de AIR e minuta de Resolução específica, os quais deverão ser submetidos a prévia Audiência Pública, na forma do artigo 68 da Lei nº 10.233, de 2001.

(voto-vista do Diretor Adalberto Tokarski)

13. O Tribunal de Contas da União (TCU), no Acórdão nº 2.310/2018-Plenário, determinou, no item 9.1.2, a elaboração de medidas, pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários - ANTAQ, para acompanhar, de forma sistemática, o comportamento dos preços e tarifas praticadas no segmento de contêiner. No item 9.4, o TCU estabeleceu o dever de observância ao art. 20, II, a) e b) da [Lei nº 10.233, de 2001](#), especialmente no que diz respeito à modicidade de preços e tarifas - a qual deve ser observada, inclusive, para os reajustes praticados pelos terminais. Também o item 9.8.2 do mesmo acórdão destaca expressamente a observância à legalidade da cobrança de tarifas e/ou preços tendo em conta o princípio de pagamento pelo usuário em regime de eficiência e modicidade tarifária. Esse acórdão não diferencia instalações portuárias autorizadas das arrendadas.

14. A RN 34/2019 estabeleceu que, diante da ampla variedade de serviços acessórios e complementares, é indispensável a demonstração pelo menos da probabilidade razoável de haver efeitos negativos para a concorrência a jusante. É imprescindível a "verossimilhança", isto é, uma confrontação dos fatos, da probabilidade e da possibilidade no caso concreto - a abusividade deve ser algo crível e devem estar presentes todos os requisitos para o controle, a ser executado de forma excepcional.

15. Por seu turno, no Ofício nº 5929/2019/GAB-PRES/PRES/CADE, emitido em 06 de setembro de 2019, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, após a edição da RN 34 pela ANTAQ, sugeriu ao Regulador estabelecer um preço-teto para os todos os serviços não cobertos pelo THC (tipicamente chamados de THC2, o mais comum deles é o Serviço de Segregação de Entrega - SSE), já que o SSE, segundo o órgão, seria apenas uma conhecida hipótese de abuso de poder dominante e de prática anticompetitiva.

16. Nesse ofício, o Presidente do CADE informou que estava mantido o posicionamento de que, do ponto de vista concorrencial, a cobrança de valores conhecidos como "THC2" permite a prática de condutas anticompetitivas relacionadas a aumento de custo de rival praticado por monopolista no mercado "upstream" em relação ao seu concorrente no mercado "downstream".

17. A Autoridade Concorrencial informou também manter seu entendimento de que o cenário ideal para a concorrência no mercado de armazenagem portuária seria a proibição da cobrança de qualquer taxa, independentemente da nomenclatura adotada, que tenha como efeito aumentar custos de rivais. Nessa oportunidade, confirmou que:

"os operadores portuários são monopolistas das cargas para cuja prestação de serviço de armazenagem os recintos alfandegados são contratados. Isso significa dizer que o recinto alfandegado não tem poder de escolher qual porto oferece a menor taxa e decidir que a carga que deve armazenar seja descarregada nele. Em outras palavras, não há uma relação contratual entre o recinto alfandegado e a operador portuário. O recinto alfandegado é contratado para armazenar um determinado contêiner e tem que retirá-lo do porto em que ele desembarcar. Assim, não há que se falar em serviço prestado."

18. A autoridade concorrencial complementou ao observar "que existem outros serviços prestados passíveis de cobrança além dos que já remunerados pela Box Rate, o CADE entende que a agência deve definir quais são os serviços e quais suas taxas correspondentes - assim como fez em relação a SSE, bem como deve definir, com a maior urgência, preço-teto para cada uma delas, de maneira a evitar que sejam usadas enquanto instrumentos de práticas anticoncorrenciais com prejuízos não só aos recintos alfandegados, mas também para toda a cadeia de importação de bens para o Brasil."

19. Após a Superintendência de Regulação concluir o Plano de Trabalho supracitado, foi emitido o Despacho SRG (SEI nº 1038922), aprovando e encaminhando para apreciação do Colegiado os seguintes documentos:

a) Relatório de Análise de Impacto Regulatório 02/2020 SEI nº 1038608, Nível II, de acordo com as boas práticas regulatórias e atendendo ao Guia da Casa Civil, tratando do estabelecimento de um Preço-Teto para o Serviço de Segregação e Entrega (SSE) e de uma Franquia de carga pátio no âmbito da Resolução Normativa ANTAQ nº 34/2019, bem como critérios de análise de abusividade de condutas relacionadas às cobranças de serviços não contemplados no THC;

b) Planilha de Cálculo de Preço-Teto (SEI nº 1038612) (antigo SEI nº 0960213);

- c) Minuta de Resolução GRP (SEI nº 1038684) (antigo SEI nº 0960214);
- d) Parecer Técnico nº 12/2020/GRP/SRG (SEI nº 1038686) (antigo SEI nº 0960217);
- e) Minuta de Resolução SRG (SEI nº 1038900) (antigo SEI nº 0962503); e
- f) Despacho SRG (SEI nº 1038920) (antigo SEI nº 0962153).

20. Em 03/12/2020, a Diretoria da Agência deliberou (vide ACÓRDÃO Nº 232-2020-ANTAQ, SEI nº 1198153) no sentido de vetar as conclusões técnicas já consignadas pela SRG - a Diretoria da ANTAQ, como se verifica no Acórdão, optou por retroceder na discussão, demandando uma consulta pública preliminar.

21. Em junho de 2021, a Diretoria da ANTAQ assinou Memorando de Entendimentos com o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE. O CADE mostrou evolução no entendimento, ao reconhecer que a cobrança pelo SSE não cria um ilícito "per se".

3. IDENTIFICAÇÃO DO PROBLEMA

22. O bem jurídico a ser tutelado é a liberdade de realizar transações econômicas em um ambiente de livre concorrência.

23. O PROBLEMA CENTRAL configura-se, numa perspectiva mais ampla, naquilo que a doutrina da Defesa da Concorrência considera como poder de abuso de uma "essential facility". Essa possibilidade de abuso decorre das características inerentes aos terminais portuários molhados, na zona primária de importação ou exportação. NESTER (2006) lembra-nos de que a doutrina das "essential facilities" tem origem em jurisprudência norte-americana do início do século passado. A situação concreta envolvia os acessos à cidade de St. Louis que, em virtude de suas características geográficas, somente era viável por meio das infraestruturas controladas pela Railroad Terminal Association. Por outro lado, os custos para reproduzir essas infraestruturas eram "proibitivos".

24. Entre as possíveis CAUSAS DO PROBLEMA, além das falhas de mercado (a serem abordadas posteriormente), temos a eventual posição dominante do terminal portuário molhado sob a carga, além da: i) relativa capacidade ociosa que o setor portuário enfrenta desde o período inicial da recessão econômica inaugurada em 2013/2014; ii) da ausência de produtos substitutos perfeitos; iii) dos elevados custos afundados que desestimulam a entrada de novos ofertantes; e iv) da economia de escala e de escape dos atuais terminais portuários; caracterizam, indubitavelmente, fatores que elevam a possibilidade e a probabilidade de comportamento anticompetitivo.

25. Além disso, reforçam a necessidade de exame da questão os seguintes fatores:

- a) O aumento gradual e contínuo, em termos relativos, do volume de movimentação portuária na modalidade de carga containerizada;
- b) A possível assunção de posição dominante dos terminais portuários perante a carga, do lado para a terra, os quais detêm poder sobre infraestrutura essencial;
- c) A tendência de verticalização das atividades na cadeia de transporte, isto é, armadores estrangeiros detendo o controle societário de terminais portuários, e terminais portuários detendo infraestrutura logística de transporte terrestre;
- d) Considerando o histórico conturbado do tema, inexistência de incentivos suficientes no ambiente institucional portuário e logístico para a concertação social sem intervenção do aparato do Estado em algum momento; e
- e) Dificuldade de intervenção tempestiva e seletiva da Agência em cada negócio em particular.

26. Nesse debate, é crescente o desafio de reduzir os gargalos que impedem o aumento da produtividade e da competitividade de diversos setores econômicos nacionais. Entre as principais dificuldades apontadas pelos investidores estrangeiros temos os déficits de logística e os altos custos de transporte de cargas.

27. No caso geral em estudo, estamos lidando com as seguintes FALHAS DE MERCADO:

- a) Presença de competição imperfeita, poder de mercado e externalidades da produção numa indústria de rede;
- b) Existência de bens e atividades caracterizadas como "essential facility", com eventual imposição de barreiras à entrada via a discriminação imprópria de preços;
- c) Comportamento "free rider" dos demandantes por SSE, por pouco investirem em infraestrutura de desembarque de contêineres e muito usufruírem dela; e
- d) Possibilidade de "price squeeze" por parte das instalações portuárias a montante.

4. JUSTIFICATIVAS PARA ATUAÇÃO DA ANTAQ

4.1. *Efeitos gerais imputados à prática pelos demandantes de SSE*

28. Toda hipótese de exercício do poder de mercado, abusivo ou não, envolve potencialmente dois efeitos: a transferência de renda e a destruição de riqueza (GEOFFROY, 2010). A transferência de renda consiste no repasse de parcela do excedente do consumidor para o excedente do produtor, quando consumidores adquirem produtos ou serviços por preços mais altos do que eles teriam em condições competitivas. Já a destruição de riqueza é representada pela perda "verdadeira" de excedente – o peso morto –, uma perda líquida de excedente total. Enquanto a primeira representa apenas uma mera transferência de renda, a segunda é produtora de ineficiência, que reduz o nível de bem-estar econômico do mercado.

29. Segundo os dados coletados durante a instrução técnica, POR EFEITO alegado pelos demandantes de SSE, temos a cobrança apartada do SSE e de outros serviços não relacionados ao THC como potencialmente desencorajadora da introdução e da constituição de novos rivais a jusante, com potencial prejuízo ao consumidor final e ao bem-estar geral dos agentes econômicos presentes no setor de transportes, significando, na prática, em barreira à entrada imposta pelas vias tortas, isto é, não pela eficiência alçada legitimamente, e sim pelas práticas desleais e abusivas.

30. Os efeitos e riscos ao mercado podem ser mais severos caso o setor esteja sujeito a uma economia de escala, porquanto a situação eleva o preço relativo dos fatores de produção no mesmo espaço geográfico. Os retroportuários são rivais de muito menor porte que os terminais molhados.

31. De outro lado, vimos também que o mercado em análise está suscetível à restrição de acesso aos insumos básicos a jusante, o que aumenta, potencialmente, os custos dos rivais, gerando um risco de aumento do preço final ao consumidor.

32. Nessa linha, o dano ou efeito, então, não poderia ser avaliado somente em termos da entrada ou saída de rivais no mercado em dado intervalo de tempo (até porque a entrada de rivais sem peso também pouco influencia na contestabilidade), e sim em termos do preço médio praticado para o produto acabado, pois, evidentemente, o preço médio varia conforme o custo médio dos fatores de produção (sendo que esse efeito é mais prejudicial quando uma proporção significativa dos custos dos concorrentes a jusante é derivada do insumo essencial que está sendo produzido a montante, como no caso).

33. Quando praticado com abusividade, os retroportuários evidenciam potenciais impactos concorrenciais decorrentes da cobrança do SSE, seja do ponto de vista do consumidor, seja do ponto de vista da cadeia produtiva, bem como os efeitos da competição imperfeita e da posição dominante do terminal molhado. Nesses casos, os benefícios privados dos terminais molhados podem exceder os benefícios sociais do mercado, condição típica de externalidades da oferta.

4.2. *Dos impactos à livre concorrência, segundo precedentes do CADE*

34. Embora tal pensamento esteja sendo alterado substancialmente (como demonstra o Memorando de Entendimentos CADE e ANTAQ, assinado em junho de 2021), a linha majoritária dos julgados do Tribunal do CADE até o momento indicou que o cerne dos problemas concorrenciais pode ser traduzido em

cobranças, taxas ou preços, que se mostram redundantes por corresponderem a algum serviço já incluso em outra cobrança. O efeito é o aumento artificial do custo dos concorrentes situados a jusante da cadeia produtiva.

35. Isso acontece, pois, segundo o CADE, o importador não se preocuparia com o valor da taxa e sim o preço final do serviço e para o recinto alfandegado este encargo compõe um custo fixo no preço final do serviço de armazenagem, impedindo-o de oferecer preços mais baixos sem perda de lucro. Sendo assim, os operadores portuários, por atuarem tanto na movimentação como na armazenagem da carga, têm a vantagem de poder oferecer descontos na armazenagem aos importadores que decidissem utilizar seus serviços, de modo a compensar a cobrança de fiel depósito. Ou seja, haveria um grande incentivo para que o operador portuário discrimine os importadores que escolhem armazenar nos recintos alfandegados terceirizados e não no integrado com o porto.

36. Segundo essa linha de entendimento do CADE, mesmo que o recinto alfandegado não aumente seus preços para se manter competitivo junto ao operador portuário, ele terá que atuar no mercado obtendo lucros inferiores aos anteriores, prejudicando sua competitividade no longo prazo, podendo este deixar de existir no futuro ou ter sua capacidade de competir reduzida. Além disso, essa conduta também acarretaria barreiras à entrada, uma vez que aumenta os custos dos potenciais concorrentes no mercado de armazenagem. Com a concorrência reduzida, a capacidade de escolha dos consumidores diminui, em clara afronta à capacidade do mercado de gerar eficiência alocativa.

37. A consequência de longo prazo seria a queda de oferta nesse mercado e o conseqüente aumento de preços nos serviços de armazenagem alfandegada, prejudicando diretamente os importadores, ainda que o preço final ao consumidor permaneça estável, no curto prazo.

38. Ademais, sabe-se que assimetria entre concorrentes é um evento normal e esperado do mercado – a concorrência pressupõe que os melhores fornecedores (em termos das expectativas da demanda) do mercado prevalecerão sobre os menos aptos e isto gerará um saldo líquido positivo para a sociedade como um todo. Para o CADE, não é mérito concorrencial, contudo, ocorre criação de preços que representam custos artificiais ao concorrente.

39. O CADE tenta demonstrar que os Operadores Portuários possuem poder de mercado e capacidade de aumentar custos dos Recintos Alfandegados, já que, uma vez que o contêiner é descarregado em um terminal portuário, o Recinto Alfandegado não tem alternativa senão reivindicar o contêiner – nesse caso, bem infungível – desse terminal. Considera-se estabelecida, na ausência de mercado com formação regular de preços – uma vez ausente a livre negociação entre as partes envolvidas –, uma situação de potencial coerção para que o contêiner, insumo essencial para a atividade dos Recintos Alfandegados, seja liberado.

40. Essa linha de pensamento indica que existem igualmente diversos incentivos para a prática abusiva, tornando o SSE uma fonte extra de recursos para a atividade de movimentação de contêineres, que captura o excedente do Recinto Alfandegado, aumenta os custos dos rivais, reduz sua competitividade e, assim, aumenta a própria participação do grupo econômico do Operador Portuário no mercado de armazenagem alfandegada.

41. Quanto aos benefícios privados trazidos pela conduta, destaca-se o benefício de curto prazo, correspondente ao acréscimo de receita devido ao deslocamento de demanda por armazenagem dos Recintos Alfandegados para o Operador Portuário. Adicionalmente, deve-se também salientar os benefícios privados de médio e longo prazo, visto que o aumento de custos dos rivais implica uma redução de sua capacidade de competição devido ao estreitamento de suas margens de lucro frente à capacidade de competição do Operador Portuário.

42. Na opinião dos precedentes julgados pelo Tribunal do CADE, observa-se ainda que, mesmo que não haja o acréscimo de demanda por armazenagem do Terminal Molhado, este obtém benefícios da imposição da cobrança de toda forma. Assim, mesmo que não possua incentivos para desviar demanda para si, seja por inexistência de capacidade ociosa ou impossibilidade operacional, o Operador Portuário possui incentivos para “inibir” a atividade de armazenagem alfandegada dos Recintos Alfandegados independentes, uma vez que possui mecanismos para auferir receitas a partir da cobrança do próprio preço, sendo desnecessário, para que se observem efeitos anticoncorrenciais no mercado, o próprio deslocamento da demanda. De modo simples, o mero ato de impor um preço adicional ao Recinto Alfandegado traz um benefício pecuniário ao Operador Portuário, ao mesmo tempo em que aumenta o custo do rival em relação a si, dando ao Operador uma vantagem comparativa.

43. Pelo exposto, na abordagem da autoridade da concorrência, tem-se que, quando os Operadores Portuários cobram o SSE ao Recinto Alfandegado independente, está, na verdade, discriminando os Importadores que escolhem armazenar em outros Recintos Alfandegados e não no Operador Portuário. Também figuram como efeitos da prática em exame o aumento da barreira à entrada a novos Recintos Alfandegados e a alavancagem do poder de mercado dos Operadores Portuários também para o mercado de armazenagem alfandegada de cargas. Os precedentes anteriores à 2021 entenderam que a conduta gera possibilidade de distorções concorrenciais no mercado “downstream” de armazenagem alfandegada, com discriminação e aumento dos custos de rivais, o que tem o potencial de expulsar agentes do mercado e diminuir o incentivo a novos entrantes além de aumentar, de forma geral, os preços nesse mercado.

44. Em fevereiro de 2021, no âmbito do Processo Administrativo CADE nº [08700.005499/2015-51](#), demonstrando significativa evolução nos entendimentos, o conselheiro relator Luiz Hoffmann explicou que a cobrança de THC2 ou SSE, por si só, não é considerada ilícita mas é competência do CADE verificar no caso concreto se a cobrança praticada pelo operador caracteriza infração à ordem econômica em virtude de sua possibilidade de produzir efeitos anticompetitivos. Replica-se trecho do voto:

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

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

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

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

4.3. *Peso Morto associado ao SSE, quando há abuso do poder de mercado*

45. Na teoria microeconômica, os preços praticados acima do nível eficiente são considerados sobrepreços do monopolista, ou melhor, uma captura extraordinária de renda e de bem-estar do consumidor, situação que a microeconomia denomina de Peso Morto - a produção da firma monopolista (Qmon) é menor que a socialmente eficiente (Qef). A ineficiência de um monopolista hipotético está na perda de peso morto, que mede o valor da produção que deixa de ser gerada aos preços de quanto as pessoas estão dispostas a pagar, ou seja, representa o contingente de consumidores para os quais o valor do bem é maior que o Custo Marginal (CMg), mas não compram o produto.

46. Logo, para estimar a perda de peso morto, ou mesmo saber se ele existe no SSE, seria necessário sabermos mais pontos da curva de demanda no mercado de armazenagem alfandegada de contêineres, e assim determinarmos a quantidade eficiente. O conhecimento da curva da demanda é vital para declararmos o real impacto de um “preço eficiente para o SSE” na quantidade demandada.

47. A curva da demanda do SSE na verdade é a curva de oferta de cada retroportuário por serviços de alfandegamento. Ademais, a oferta dos retroportuários tem relação com a capacidade instalada dessas empresas, entre outros elementos, como a diversificação de negócios em cada retroportuário. Ou seja, a redução do preço do SSE não necessariamente acarreta em aumento da demanda pelo SSE, caso a capacidade dos retroportuários não consiga suprir a demanda do consumidor final (importador), condição que nos leva à seguinte conclusão: na prática, nem sempre a imposição de um preço-teto irá implicar ganhos reais ao consumidor e ao bem-estar geral.

48. Ademais, há outros fatores diversos, como as preferências dos consumidores e a elasticidade-preço cruzada, uma vez que, quanto maior a oferta de números de recintos alfandegados no mercado relevante, maior será a elasticidade-preço do consumidor final (importador), ou melhor, maiores serão as opções por produtos substitutos à armazenagem dentro do terminal molhado.

49. Essa situação reforça a hipótese inicial: **o controle de preços a priori do SSE, independente de abusividade, não necessariamente se reverte em aumentos de eficiência.**

50. Considerando todos os terminais portuários de contêineres no Brasil, estima-se um percentual de 41% de cargas entre aquelas que seguem para trânsito aduaneiro. No Porto de Santos (cerca de 34% das cargas nacionais), essa média é 55%; em Paranaguá (cerca de 7,5% das cargas nacionais) é 5% e no restante dos terminais molhados (cerca de 58% das cargas nacionais) é de 30%.

51. Como pregam os radicais, a soma do sobrefaturamento setorial seria eliminado de uma única vez se o preço-teto pelo custo médio eficiente fosse imposto imediatamente para todos os terminais, ou bastante reduzido ou mitigado se o preço-teto fosse adotado em um período razoável de tempo - **medida essa de extrema violência à liberdade comercial e ao livre mercado (a maioria dos terminais não colhe denúncia alguma).**

4.4. Memorando de Entendimentos CADE e ANTAQ - mudança de paradigmas

52. Em 16 de junho de 2021, ANTAQ e CADE assinaram o Memorando de Entendimentos nº 01/2021, conjuntamente, conforme indica o SEI 1355861, no âmbito do Processo ANTAQ 50300.011034/2021-56, publicado no Diário Oficial da União dia 18 de junho de 2021. Esse memorando nos move à rápida regulamentação da RN 34/2019.

53. 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;”

54. Em outro trecho, temos o princípio de uma metodologia 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.”

55. Em síntese, as ações pactuadas são:

Figura 2: Ações pactuadas entre CADE e ANTAQ

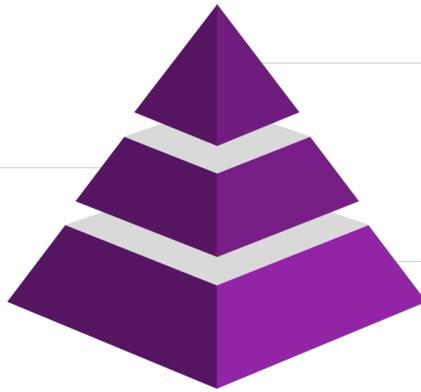


56. Em termos de critérios de análise de abusividade, temos o seguinte:

Figura 3: Critérios de análise pactuados entre CADE e ANTAQ

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.



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.

5. ATORES E GRUPOS AFETADOS

57. Os atores afetados são, no polo ativo, as instalações portuárias com cais e pátio, envolvendo aquelas instaladas nos portos organizados e aquelas autorizadas. São terminais portuários, também chamados de Operadores Portuários em área molhada, dentro da zona primária de alfandegamento. Ademais, são agentes regulados pela ANTAQ. Quando tratamos de terminais de contêineres, constituem a lista da Tabela 1, em todo território nacional. Possuem a vantagem competitiva de receberem a carga diretamente do armador, e de estabelecer contratos de longo prazo com esses.

58. No polo passivo, temos os importadores e exportadores, representados comercialmente pelos recintos alfandegados da mesma zona alfandegária dos terminais molhados. Esses prepostos dos importadores são concorrentes das instalações portuárias, em vários serviços, incluindo a armazenagem. Possuem a vantagem competitiva de estarem em setor menos nobre do porto, a chamada retroárea, logo, menos onerosa. Também estão no polo passivo os terminais alfandegados de zona secundária, os chamados portos secos, muitos deles detentores de outorgas pelo poder público.

59. Os armadores (transportadores marítimos) também são atores importantes, pois eles remuneram o "Box Rate" e cobram o THC dos importadores, exportadores, seus consignatários ou representantes, conforme pacto firmado junto a quem os contratou.

60. Os importadores são os destinatários finais da mercadoria transportada e se utilizam do complexo portuário para importar cargas de outros países. Os armadores operam os navios que fazem o transporte marítimo de cargas. Os operadores portuários são arrendatários ou autorizatários de terminais portuários públicos ou privados. Tais agentes são encarregados da operação portuária que engloba a movimentação e, possivelmente, a armazenagem de cargas. Os recintos alfandegados são os locais de movimentação, armazenagem e despacho aduaneiro, que se localizam dentro ou fora da área dos terminais portuários.

61. As autoridades públicas, como, por exemplo, a aduaneira, sanitária e a da administração do porto organizado exercem influência ao impor regras sobre a organização da zona de alfandegamento, condicionando, muitas vezes, as decisões da Agência Reguladora. Associações diversas fazem parte desses atores.

62. A Tabela a seguir demonstra a lista de instalações portuárias ligadas à carga containerizada:

Tabela 1: Lista de instalações portuárias afetadas

Item	Submercado	UF	Porto	Outorga	Tipo	Terminal
1	Nordeste	BA	Salvador	Arrendamento	Molhado	TECON SALVADOR S/A
2	Nordeste	PE	Suape	Arrendamento	Molhado	TECON SUAPE S/A
3	Norte	PA	Belém	Arrendamento	Molhado	TECON VILA DO CONDE - CONVICON S/A
4	Sudeste	ES	Vitoria	Arrendamento	Molhado	TVV - TERMINAL DE VILA VELHA S/A
5	Sudeste	RJ	Rio de Janeiro	Arrendamento	Molhado	LIBRA TERMINAIS RIO
6	Sudeste	RJ	Rio de Janeiro	Arrendamento	Molhado	MULTI-RIO OPERAÇÕES PORTUÁRIAS S/A
7	Sudeste	RJ	Itaguaí	Arrendamento	Molhado	SEPETIBA TECON S/A
8	Sudeste	SP	Santos	Arrendamento	Molhado	BTP - BRASIL TERMINAL PORTUÁRIO S.A
9	Sudeste	SP	Santos	Arrendamento	Molhado	ECOPORTO
10	Sudeste	SP	Santos	Arrendamento	Molhado	LIBRA TERMINAIS SANTOS
11	Sudeste	SP	Santos	Arrendamento	Molhado	TECON SANTOS - SANTOS BRASIL PARTICIPAÇÕES S/A
12	Sudeste	SP	Santos	Arrendamento	Molhado	TERMINAL PORTUÁRIO DE CONTÊINERES DO SABOÓ (RODRIMAR)
13	Sul	PR	Paranaguá	Arrendamento	Molhado	TCP - TERMINAL DE CONTÊINERES DE PARANAGUÁ S/A
14	Sul	SC	Imbituba	Arrendamento	Molhado	TECON IMBITUBA
15	Sul	SC	Itajaí	Arrendamento	Molhado	APM TERMINALS
16	Sul	RS	Rio Grande	Arrendamento	Molhado	TECON RIO GRANDE S/A
17	Sudeste	SP	Santos	Arrendamento	Retroárea	MARIMEX DESPACHOS, TRANSPORTES E SERVIÇOS LTDA (**)
18	Sudeste	SP	Santos	Arrendamento	Retroárea	LOCALFRIO S.A. ARMAZENS GERAIS FRIGORÍFICOS. (*)
19	Sudeste	SP	Santos	Arrendamento	Retroárea	TRANSBRASA Transitaria Brasileira LTDA (*)
20	Nordeste	BA	Salvador	Arrendamento	Retroárea	INTERMARITIMA Portos e Logística S/A (**)
21	Nordeste	CE	Fortaleza	Terminal de Uso Privado	Molhado	TERMINAL PORTUÁRIO DO PECÉM
22	Norte	AM	Chibatão	Terminal de Uso Privado	Molhado	ATR LOGÍSTICA - CHIBATÃO
23	Norte	AM	Manaus	Terminal de Uso Privado	Molhado	J.F. DE OLIVEIRA - TUP MANAUS
24	Norte	AM	Manaus	Terminal de Uso Privado	Molhado	SUPERTERMINAIS
25	Norte	AM	Manaus	Terminal de Uso Privado	Molhado	TUP PORTO CHIBATÃO
26	Norte	PA	Belém	Terminal de Uso Privado	Molhado	J.F. DE OLIVEIRA - TUP BELÉM
27	Norte	RO	Porto Velho	Terminal de Uso Privado	Molhado	J.F. DE OLIVEIRA - TUP BELMONT
28	Norte	RO	Porto Velho	Terminal de Uso Privado	Molhado	J.F. DE OLIVEIRA - TUP PASSARÃO
29	Sudeste	SP	Santos	Terminal de Uso Privado	Molhado	DP WORLD SANTOS (Embraport)
30	Sul	SC	Itapoá	Terminal de Uso Privado	Molhado	PORTO ITAPOÁ TERMINAIS PORTUÁRIOS
31	Sul	SC	Itajaí	Terminal de Uso Privado	Molhado	TEPORTI
32	Sul	SC	Itajaí	Terminal de Uso Privado	Molhado	TERMINAL PORTUÁRIO BRASKARNE
33	Sul	SC	Navegantes	Terminal de Uso Privado	Molhado	PORTONAVE S/A - TERMINAIS PORTUÁRIOS DE NAVEGANTES
34	Sul	RS	Triunfo	Terminal de Uso Privado	Molhado	TERMINAL SANTA CLARA - CONTEC

6. IDENTIFICAÇÃO DA BASE LEGAL

63. Vejamos agora a Lei de Criação da ANTAQ, a [Lei nº 10.233, de 2001](#):

Art. 23. Constituem a esfera de atuação da ANTAQ:

(...)

II - os portos organizados e as instalações portuárias neles localizadas;

III - as instalações portuárias de que trata o art. 8o da Lei na qual foi convertida a [Medida Provisória nº 595, de 6 de dezembro de 2012](#); ([Redação dada pela Lei nº 12.815, de 2013](#))

(...)

Art. 27. Cabe à ANTAQ, em sua esfera de atuação:

I - promover estudos específicos de demanda de transporte aquaviário e de atividades portuárias; ([Redação dada pela Lei nº 12.815, de 2013](#))

II – promover estudos aplicados às definições de tarifas, preços e fretes, em confronto com os custos e os benefícios econômicos transferidos aos usuários pelos investimentos realizados;

(...)

IV – elaborar e editar normas e regulamentos relativos à prestação de serviços de transporte e à exploração da infra-estrutura aquaviária e portuária, garantindo isonomia no seu acesso e uso, assegurando os direitos dos usuários e fomentando a competição entre os operadores;

(...)

XIV - estabelecer normas e padrões a serem observados pelas administrações portuárias, concessionários, arrendatários, autoritários e operadores portuários, nos termos da Lei na qual foi convertida a [Medida Provisória nº 595, de 6 de dezembro de 2012](#);

64. O poder normativo da ANTAQ é inquestionável. A ANTAQ não atua somente nos casos concretos, ela é capaz de prevenir situações, para fomentar a competição entre os operadores e garantir os direitos dos usuários.

65. O poder fiscalizatório também está na [Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001](#):

Art. 78-B. O processo administrativo para a apuração de infrações e aplicação de penalidades será circunstanciado e permanecerá em sigilo até decisão final.

Art. 78-C. No processo administrativo de que trata o art. 78-B, serão assegurados o contraditório e a ampla defesa, permitida a adoção de medidas cautelares de necessária urgência.

Art. 78-D. Na aplicação de sanções serão consideradas a natureza e a gravidade da infração, os danos dela resultantes para o serviço e para os usuários, a vantagem auferida pelo infrator, as circunstâncias agravantes e atenuantes, os antecedentes do infrator e a reincidência genérica ou específica.

Parágrafo único. Entende-se por reincidência específica a repetição de falta de igual natureza.

Art. 78-E. Nas infrações praticadas por pessoa jurídica, também serão punidos com sanção de multa seus administradores ou controladores, quando tiverem agido com dolo ou culpa.

Art. 78-F. A multa poderá ser imposta isoladamente ou em conjunto com outra sanção e não deve ser superior a R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais).

§ 1º O valor das multas será fixado em regulamento aprovado pela Diretoria de cada Agência, e em sua aplicação será considerado o princípio da proporcionalidade entre a gravidade da falta e a intensidade da sanção.

§ 2º A imposição, ao prestador de serviço de transporte, de multa decorrente de infração à ordem econômica observará os limites previstos na legislação específica.

66. Outros trechos da [Lei nº 10.233, de 2001](#), é deveras importante:

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.

67. Na mesma linha, o regimento interno da ANTAQ direciona a regulamentação desse item para a Gerência de Regulação Portuária, a qual vem, constantemente, buscando a padronização do recebimento das informações portuárias para embasar as análises técnicas acerca da modicidade dos preços e tarifas cobrados pelos regulados.

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

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. (Alterado pela Resolução Normativa nº 13-ANTAQ, de 10 de outubro de 2016)

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;

69. Em termos do [Decreto nº 4.122, de 13 de fevereiro de 2002](#), vemos:

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;

(...)

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:

(...)

II - disciplinar o cumprimento das obrigações de continuidade da prestação dos serviços e da exploração da infra-estrutura de transportes atribuídas aos concessionários, permissionários e autorizados;

(...)

IV - definir os termos em que serão compartilhados com os usuários os ganhos econômicos do concessionário decorrentes da modernização, expansão ou racionalização da prestação dos serviços, bem como de novas receitas alternativas;

V - definir a forma pela qual serão transferidos aos usuários os ganhos econômicos que não decorram da eficiência empresarial daqueles que, sob qualquer regime, explorem atividade regulada pela ANTAQ, tais como diminuição de tributos ou encargos legais, ou novas regras sobre os serviços;

VI - estabelecer os mecanismos para acompanhamento das tarifas e dos preços, de forma a garantir sua publicidade;

(...)

X - estabelecer as condições para o compartilhamento de infra-estrutura e instalações portuárias;

70. O art. 4º do [Decreto nº 4.122, de 2002](#) é esclarecedor em termos das competências normativas da ANTAQ, especialmente quanto à regulação econômica do setor portuário.

71. Numa das normas da Agência, a [Resolução ANTAQ nº 3.274, de 6 de fevereiro de 2014](#), tratando da fiscalização da prestação dos serviços portuários, atua no sentido de coibir a cobrança sem base em insumos efetivos, coibindo também práticas anticoncorrenciais e a discriminação de preços entre usuários que utilizam serviços semelhantes, especialmente nos casos de denúncias formuladas pelos usuários. Vejamos:

Art. 2º São direitos básicos e deveres do Usuário, sem prejuízo de outros estabelecidos em legislação específica e contratualmente:

I - receber serviço adequado:

a) com observância dos padrões de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia, modicidade, respeito ao meio ambiente e outros requisitos definidos pela ANTAQ.

(...)

Art. 3º A Autoridade Portuária, o arrendatário, o autorizatário e o operador portuário devem observar permanentemente, sem prejuízo de outras obrigações constantes da regulamentação aplicável e dos respectivos contratos, as seguintes condições mínimas:

(...)

III - eficiência, por meio de:

(...)

e) execução diligente de suas atividades, de modo a não interferir nos serviços prestados pelos demais agentes atuantes no porto organizado, quando for o caso; e

(...)

VI - generalidade, assegurando a oferta de serviços, de forma indiscriminada e isonômica a todos os usuários;

(...)

X - abstenção de práticas lesivas à livre concorrência, tais como, entre a) opor obstáculo ao exercício dos direitos ou à execução dos serviços; b) formar cartel; c) concentrar ou dominar mercados; d) opor obstáculo ou resistência à entrada de novas empresa no mercado; e) impedir ou prejudicar o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição; e f) prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo.

(...)

Art. 32. Constituem infrações administrativas a que se sujeitam a Autoridade Portuária, o arrendatário, o autorizatário e o operador portuário, observadas as responsabilidades legal, regulamentar e contratualmente atribuídas a cada um desses agentes:

(...)

XXV - adotar tarifas ou preços abusivos, em bases não transparentes ou discriminatórias, ou não refletindo a complexidade e custos das atividades: multa de até R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais);

(...)

XXVII - adotar práticas de propaganda enganosa ou abusiva, ou que possam acarretar a cobrança indevida de valores ao usuário: multa de até R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais);

(...)

XXIX - cobrar, exigir ou receber valores dos usuários que não estejam devidamente estabelecidos em tabela, ou ainda, que não representem contraprestação do serviço contratado: multa de até R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais);

(...)

XXXVIII - não cumprir ou não fazer cumprir as leis, a regulamentação da ANTAQ, o contrato de concessão, o convênio de delegação, o contrato de arrendamento, o contrato de adesão, o regulamento do porto organizado, normas de segurança do Código ISPS e as determinações da ANTAQ, da Autoridade Portuária, da CONPORTOS e do poder concedente, exceto quando a conduta infracional se enquadrar em tipo específico contemplado nesta Norma: multa de até R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais);

(...)

XLI - não informar à ANTAQ a inclusão de novos serviços ou o reajuste de preços ou tarifas de serviços, com até 30 dias de antecedência: multa de até R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais);

(...)

Art. 34. Constituem infrações administrativas dos Arrendatários de áreas e instalações portuárias localizadas no porto organizado, sujeitando-os à cominação das respectivas sanções:

I - não divulgar em seu sítio eletrônico e em local visível nos acessos do bem arrendado a tabela com os valores máximos de referência de preços e tarifas de serviço, bem como a descrição detalhada dos serviços passíveis de serem cobrados dos usuários, dentro do prazo estabelecido no contrato de arrendamento, ou, na omissão deste, em até 30 dias a partir da assinatura do contrato de arrendamento: multa de até R\$ 10.000,00 (dez mil reais);

(...)

XVI - iniciar a prestação e a respectiva cobrança de novos serviços ou majorar os preços ou tarifas de serviços em patamar superior ao acumulado pelo índice de referência para o respectivo período, sem autorização prévia da ANTAQ, quando o contrato assim determinar: multa de até R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais).

72. Cabe então salientar que o simples incremento de preços, ou a existência de poder de monopólio, se houver, não é, "per se", infração à ordem econômica, nos termos do art. 36 da [Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011](#), in verbis:

Art. 36. 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:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros; e

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

73. A [Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013](#), no seu art. 3º, assim nos ensina:

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

(..)

II - garantia da modicidade e da publicidade das tarifas e preços praticados no setor, da qualidade da atividade prestada e da efetividade dos direitos dos usuários; (...)

V - estímulo à concorrência, por meio do incentivo à participação do setor privado e da garantia de amplo acesso aos portos organizados, às instalações e às atividades portuárias; e ([Redação dada pela Lei nº 14.047, de 2020](#)).

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

74. O inciso VI é esclarecedor quanto à possibilidade de atuação do Regulador, bem como as hipóteses de intervenção.

75. Logo, com essas vastas competências, a ANTAQ está habilitada a criar e a emitir Resoluções, Despachos, Acórdãos, Termos de Autorização, Homologação de reajustes de tarifas e uma série de regras, de direitos e de obrigações às empresas do setor regulado e também aos usuários desses serviços. A imperatividade dos atos derivados dessas competências decorre da Lei e do poder-dever na tutela do setor. Aliás, emitir padrões é a essência do poder normativo, presente no regime jurídico de qualquer agência reguladora federal.

76. Soma-se a esse amparo legal a determinação do TCU (vide Acórdão nº 1.704/2018, de 24/07/2018, no âmbito do Processo TC 014.624/2014-1), que, conforme visto anteriormente, determinou à ANTAQ revisar a [Resolução ANTAQ nº 2.389, de 13 de fevereiro de 2012](#), com vistas a enfrentar a questão do THC-2, fato reforçador do entendimento de que a Agência Reguladora possui competência legal para atuar sobre o problema em questão.

77. As infrações à ordem econômica, segundo a RN 34/2019, 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.

7. ALTERNATIVAS DE AÇÃO

7.1. Da Opção de Não Regular

78. Devemos considerar a alternativa de NÃO REGULAR, ou seja, manter o "status quo".

79. A opção é pouco sustentável, já que o próprio comando presente art. 9º do parágrafo único da RN 34 é claro em intervir na matéria. Há ainda o Memorando de Entendimentos entre CADE e ANTAQ, afirmando que haverá uma metodologia. A alternativa de "nada fazer" ou de "manter a situação atual" é tida, entretanto, como linha de base ("baseline") para avaliar, posteriormente, se a alternativa escolhida é de maior ou menor impacto.

80. Avaliaremos se há alternativas para melhorar o desempenho da regulação já posta, seja por meio da melhoria da sua implementação, de seu monitoramento ou dos mecanismos de fiscalização. Procurar-se-á solução menos onerosa, inclusive do ponto de vista da Agência, isto é, do custo de observância dos agentes e da supervisão da Agência.

81. A alternativa de NADA FAZER só se justifica caso o ônus gerado pela nova regulamentação seja superior aos benefícios induzidos, situação na qual a manutenção do status atual pode ser a melhor alternativa.

7.2. Da Opção de Regular

82. Existe uma gama de opções não normativas e normativas que podem ser avaliadas neste momento, sendo algumas com mais chance de sucesso que outras, a depender dos fatores e características do problema ou do cenário em que serão aplicadas.

7.2.1. A Via Não Normativa

83. A OPÇÃO PELA VIA NÃO NORMATIVA, por outro lado, volta-se mais para uma "regulação responsiva", isto é, abarcando diferentes comportamentos de modo dinâmico, aplicando a abordagem mais restritiva e punitiva somente para aqueles atores que realmente se recusam a cooperar ou se ajustar ao comportamento desejado. Adota como princípio a fé nos mecanismos tradicionais de mercado.

84. As vias não normativas podem e devem ser avaliadas neste momento. Trabalha-se com as normas existentes, ou seja, pelo poder de polícia administrativa dos detentores do cargo de especialista em Regulação e as demais competências legais providas pelo marco regulatório. Consiste em procedimentos essencialmente administrativos, apenas sistematizando o trabalho dos servidores da Agência, sem novos diplomas.

85. Naturalmente, uma sistematização dessa natureza só faria sentido se houvesse efeitos externos, educativos principalmente, incentivando o alinhamento dos agentes econômicos à visão do regulador, produzindo menor impacto de curto prazo, não obstante os maiores efeitos no longo prazo. Toma-se como hipótese que os agentes do setor portuário são racionais e reagem positivamente aos incentivos do regulador.

86. Dentro dessa opção, está criar sistemáticas de monitoramento, transparência e divulgação de informações relativas às atividades econômicas relacionadas ao SSE, incluindo dados de movimentação, tempo e preço.

7.2.2. A Via Normativa

87. A OPÇÃO PELA VIA NORMATIVA envolve estabelecer uma metodologia geral de análise de abusividade voltada para todas as rubricas ligadas à cobrança de cargas em regime de trânsito aduaneiro (incluindo o SSE).

88. Há, porém, caminhos intermediários dentro dessa alternativa, a serem avaliados. De toda forma, tal opção envolve a alteração de normas existentes, criação de novas normas ou a edição de instrução normativa, orientando a aplicação das normas existentes.

7.3. Da lista de opções para a regulação pela via normativa

89. Serão avaliadas as seguintes variantes pela via normativa:

Tabela 2: Lista de opções para regulação pela via normativa. Alternativas regulatórias

Solução	Foco	Descrição da Alternativa
---------	------	--------------------------

Solução	Foco	Descrição da Alternativa
01	Preço-Teto a priori para o SSE	<ul style="list-style-type: none"> Estipulação, a priori, de um Preço-Teto para o SSE, para todo o setor portuário (exige a mudança da RN 34)
02	Divulgação do Preço de Benchmarking para o SSE, como referencial	<ul style="list-style-type: none"> Divulgação, como referencial, de um Preço de Benchmarking para o SSE, a ser reajustado anualmente. Será o benchmarking de mercado, equivalente a uma firma sombra. Tal preço de benchmarking poderá ser: <ul style="list-style-type: none"> nacional ou para cada sub-mercado (complexo portuário); fixo, para todos os terminais, ou encontrado por meio de diferentes curvas preço x quantidade (curvas de eficiência), a depender da escala de produção; imposto a posteriori, como preço-teto, a partir de uma análise de abusividade, em cada caso concreto, a ser calculado em cada caso concreto ou a partir de modelo de escala x produtividade esperada; Repressão daquelas condutas enquadradas nos critérios de análise estabelecidos, seja pela imposição do preço-teto, seja pela comunicação ao CADE ou mesmo pela assinatura de ajuste de conduta no âmbito da Resolução ANTAQ nº 3.259/2014.
03	Cálculo do Preço de Benchmarking para o SSE no caso concreto, para cada complexo portuário	<ul style="list-style-type: none"> Criação de uma calculadora de um Preço de Benchmarking para o SSE, para ser usada em cada caso concreto, por complexo portuário; Tal preço poderá ser imposto a posteriori, como preço-teto, a partir de uma extensa análise de abusividade, em cada caso concreto; Repressão daquelas condutas enquadradas nos critérios de análise estabelecidos, seja pelo ajuste de condutas, acordos voluntários, penalidades, imposição do preço-teto, seja pela comunicação ao CADE.
04	Recomendar mudanças na RN 34, especialmente no art. 9º, §único	<ul style="list-style-type: none"> Remover a necessidade de estabelecimento de critérios prévios para análise de abusividade no SSE (exige a mudança da RN 34)

90. O alinhamento ao Voto ANTAQ SEI nº 1102308, posto neste processo, faz parte da análise dessas alternativas, embora a decisão da Diretoria possa ser revista, já que este caso apreciado neste processo não foi transitado e julgado, ainda está em análise técnica. Como boa prática regulatória e como já reconheceu a Diretoria, nenhuma alternativa poderá ser afastada *a priori* da avaliação, até para podermos comparar.

7.4. Resumo das Alternativas

91. A tabela a seguir resume as alternativas, em termos do nível de intervenção e atributos. As alternativas não são necessariamente excludentes.

Tabela 3: Síntese das alternativas regulatórias

Opção	Alternativa	Grupo	Variante	Escolha possível dentro da variante	Atributos
Não Regular	Nada Fazer	-	Manter a redação atual da RN 34	Preserva o <i>status quo</i> .	A ANTAQ intervirá sempre no caso concreto, com discricionariedade, usando o poder-dever descrito na legislação. Não impõe custos de observância à ANTAQ ou limitações às análises.
Regular	Pela Via Não Normativa	I	Criar sistemáticas de monitoramento, transparência e divulgação de preços e rubricas de SSE	Regulação por incentivos do mercado. Fixação de prazo para as empresas divulgarem as informações mais variadas sobre o serviço.	Reduz a discricionariedade do Regulador. Impõe custos de observância à ANTAQ.
	Pela Via Normativa		Estabelecer metodologias de análise de abusividade e demais critérios	Estabelecer um fluxo padronizado, de natureza administrativa, <i>interna corporis</i> . Comparação ou não com uma "firma sombra" ou preço de "benchmarking".	Aumento da previsibilidade e uniformização das conclusões. Rapidez de ação nos casos concretos.
			Recomendar mudanças na RN 34, especialmente no art. 9º, §único	Remover a necessidade de estabelecimento de critérios prévios para análise de abusividade no SSE	Altera o paradigma atual.

Opção	Alternativa	Grupo	Variante	Escolha possível dentro da variante	Atributos
		II	Imposição de Preço-Teto	A priori (para todos os terminais)	Presume dano gerais à concorrência.
				A posteriori (para os casos de abusividade)	Avalia danos pontuais. Regra da Razão.
	Via Normativa ou Não Normativa	II	Nível do Preço-Teto mencionado no art. 9º, §único da RN 34	Idêntico ao Preço de Benchmarking, fixo para todos os terminais.	Equaliza a regulação, com isonomia. Imune à assimetria da informação
				Idêntico ao Preço de Benchmarking, custos conforme a Escala e Produtividade esperada de cada complexo portuário.	Considera as diferenças entre os terminais, se existem
		IV	Preço de Referência (Benchmarking)	Nacional	Considera os mercados relevantes serem semelhantes
				Local (Complexo Portuário) ou Regional	Considera os mercados relevantes serem bem distintos

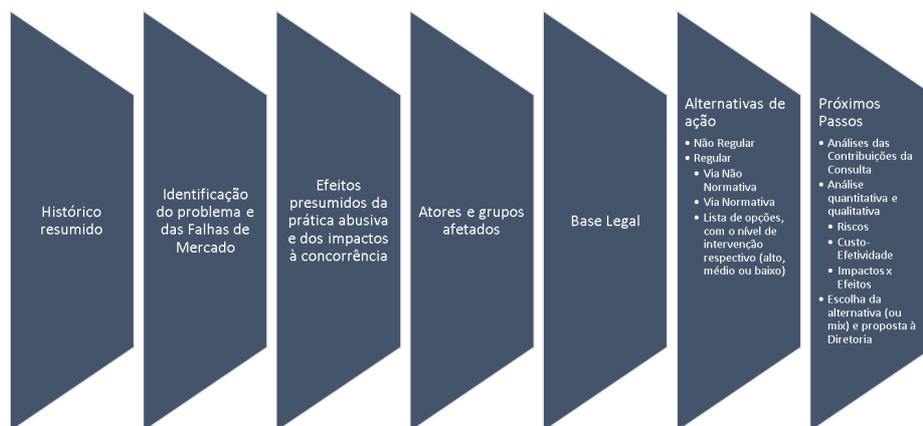
8. PRÉVIA PARTICIPAÇÃO SOCIAL

92. Os capítulos anteriores deste documento foram submetidos à Consulta Pública, na forma de uma AIR Preliminar, nos seguintes termos:

- Objeto: Cumprimento do item b) do ACÓRDÃO Nº 69-2019-ANTAQ (SEI nº 0840591): "b) Determinar à SRG que promova a consolidação dos estudos de impacto regulatório decorrentes da possibilidade de inserção de mecanismo e conceito de franquia na norma, bem como que a SFC auxilie na produção de dados e na fiscalização efetiva dos contratos que já preveem regras de franquia, de modo a identificar o problema a ser avaliado na AIR, com os aspectos atuais regulatórios e fiscalizatórios em vigor, submetendo a conclusão final para deliberação da Diretoria colegiada acerca de eventual necessidade de nova submissão à Audiência Pública."
- Tema: Regulamentação do art. 9º, parágrafo único da Resolução Normativa nº 34-ANTAQ, de 2019, a saber: "Art. 9º. Parágrafo único - No caso em que restar demonstrada a verossimilhança de que exista abuso ilegal na cobrança do SSE, a ANTAQ poderá estabelecer o preço máximo a ser cobrado a esse título, mediante prévio estabelecimento e publicidade dos critérios a serem utilizados para sua definição."
- Documentos anexos: Nota Técnica nº 18/2021/GRP/SRG (SEI nº 1240790);
- Prazo: 45 (quarenta e cinco) dias;
- Processo Relacionado: 50300.008713/2020-67;
- Meio de participação e coleta de contribuições: pelo sítio eletrônico da Agência, no rito previsto nos arts. 31 e 32 da RN 33/2019.

93. Em síntese, tivemos a seguinte consulta:

Figura 4: Síntese da AIR Preliminar



94. O Relatório das Contribuições está em SEI nº 1412334.

95. Não foram acatadas as contribuições que versaram sobre objeto ou tema diverso do acima consignado, especialmente aquelas que queriam alterar o conceito de SSE ou tornar ilícita a sua cobrança apartada. Não é objeto deste processo.

96. Muitas contribuições versaram sobre o preço-teto regionalizado (um certo consenso sobre isso, até). Existe divergência sobre o preço "ex post" ou "ex ante" (os retroportuários e o Ministério da Economia pregam pela precificação "ex ante"). O maior aproveitamento conceitual metodológico foi da contribuição trazida pela NEOWISE.

97. Pesadas as contribuições, as alternativas e opções consideradas serão avaliadas por um método objetivo, que permita classificarmos as ações em termos de impacto e benefícios, começando com a análise a seguir.

9. MAPEAMENTO DA EXPERIÊNCIA NACIONAL E INTERNACIONAL

9.1. *Cenário nacional*

98. Pesquisa indica que os terminais em Santos/SP, Salvador/BA e em Itajaí/Navegantes/SC, ao lado de Paranaguá, são considerados benchmarking nacional em termos de produtividade e tecnologia.

99. Além disso, tomando como hipótese que a RN 34/2019 padronizou o escopo do SSE, quando comparamos as instalações portuárias em estudo, na ótica dos custos desse produto específico, o SSE, em termos médios, eles são semelhantes e essencialmente homogêneos, com pouca ou nenhuma diferenciação.

100. Aparentemente, todas as instalações portuárias em estudo organizam-se de forma semelhante, ainda que existam diferenças na escala produtiva (a priori, fatores como escala de produção podem ser anulados quando trabalhamos com variáveis médias). As economias de escopo e diversificação dos negócios dificultam a apuração exata de todos os custos indiretos.

101. A produção do SSE é intensiva em capital (pátio ou máquinas), entregue mediante equipamentos de origem importada.

102. Nos últimos anos, as hinterlândias de um dado porto têm-se tornado cada vez mais abrangente.

103. Há de considerarmos ainda os fenômenos de verticalização no “downstream” e “upstream”, dificultando, inclusive, a definição de um exato mercado relevante, bem como a análise de escala de viabilidade ou escala de eficiência máxima de terminais portuários. De maneira que os submercados nem sempre são estanques e via de regra competem entre si (porquanto não há território cativo ou qualquer pacto de exclusividade sobre usuários ou cargas).

104. Nesse cenário, é difícil também realizarmos comparativo com outros setores regulados no Brasil e da indústria de movimentação e armazenagem de contêineres de outros países.

105. A Tabela a seguir demonstra um esforço de um levantamento.

Tabela 4: Comparação entre experiências nacionais e internacionais sobre franquias e preços-teto

Benchmarking	Modelo Exploratório e de Gestão Portuária	Regulado	Limita-se a algum preço-teto regulatório	Comunicação prévia à alteração ou restrição quanto à periodicidade
Setor Portuário - Nacional (terminais de contêineres) (ANTAQ)	Landlord port	Administração Portuária	Sim (tarifa)	Sim, via aprovação da tarifa
		Arrendamento	Sim (tarifa de serviço, em alguns contratos).	Sim (desde a edição da Res. 3274/2014)
	Private port	Terminal de Uso Privado	Não	Sim (a partir da RN 34/19)
Setor Portuário - Internacional (Porto de Antuérpia)	Landlord port	Administração Portuária	Sim	Sim, aos usuários (tabela pública)
Setor bancário (Bacen)		Varejo	Não	Sim
Setor de Transporte Aéreo (ANAC)		Infraestrutura aeroportuária (Aeroporto de Brasília)	Sim (tarifa aeroportuária)	Sim
		Transportadoras de passageiros	Não	Sim

9.2. *Histórico de denúncias e condenações junto ao CADE*

106. A matéria está presente em diversos julgados do CADE. A Tabela a seguir contém um resumo.

107. O voto do conselheiro Luiz Augusto Azevedo de Almeida Hoffmann no âmbito do **Processo Administrativo CADE** 08700.005499/2015-51, proferido em fevereiro de 2021, contempla quase uma exaustiva análise dos precedentes, envolvendo inclusive o Judiciário.

Tabela 5: Precedentes mais relevantes do CADE sobre a cobrança abusiva de THC2

Processo Administrativo nº	Representados	Síntese	Situação
08012.007443/1999-17	Tecondi, Terminal 37, COSIPA e TECON Santos Brasil	Instituição de "taxa de cobrança" relacionada ao serviço de segregação e de entrega de mercadoria proveniente de importação. Mercado relacionado à zona de influência do Porto de Santos/SP.	Condenação em 27.04.2005

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

Processo Administrativo nº	Representados	Síntese	Situação
08700.003006/2017-18	Brasil Terminal Portuário S.A	Suposta instituição de "taxa de cobrança" relacionada ao serviço de segregação de mercadoria proveniente de importação. Mercado relacionado a zona de influência do Porto de Santos/SP.	Processo em andamento (fase instrução pela SG). Houve pedido de medida preventiva não acolhido pela SG. Foi provido recurso voluntário pelo Tribunal do CADE para conceder a medida preventiva.

9.3. Cenário internacional

108. A situação brasileira do SSE não encontra paralelo internacional, sendo algo típico do nosso modelo logístico e alfandegário. Os retroportuários surgiram das oportunidades de negócios derivadas dos déficits de infraestrutura e capacidade nos terminais molhados, situação superada desde a década de 2000 em muitas zonas portuárias, daí a rivalidade intensa que impera desde então.

109. Da experiência internacional, basta citar estudo essencial da UNIÃO EUROPEIA (2009), publicado em 2009, intitulado "Terminal handling charges during and after liner conference era – Competition Reports / October 2009", sistematizando características fundamentais do cenário da indústria de contêineres antes e depois do fim das Conferências de Frete, em 2008 (considerado ponto de inflexão do setor), totalizando uma pesquisa envolvendo 44 portos do mundo todo.

110. Desse estudo, não é possível afirmar (como preferem os defensores do fim da cobrança apartada pelo SSE) que, no resto do mundo, o THC engloba os custos associados ao SSE, ou que o Box Rate contempla o SSE, que estariam todos embutidos no Frete (Freight rate). A negociação dessa composição é sempre entre o terminal e os armadores, tendo acertado a RN 34/2019 nesse aspecto.

111. Reforçando a hipótese, diz assim a Comissão Europeia:

"Container lift charges are negotiated between individual carriers and terminal operators. The commercial pricing is dependent upon volume throughput and longevity of the contract. In return the terminal operator provides guarantees with regard to vessel docking and number of box moves per hour. As far as can be ascertained, contracts are based on a per lift basis, irrespective of box size. Rates per move do vary based on whether the box is full or empty or destined for transshipment (i.e. moving only from ship to stack to ship, without exiting the gate)

Terminal handling charges, as a ratio to the freight rates, is variable over time depending on the state of freight rates and "all-in" charges. During high freight rates they are an insignificant part of the pricing mix, but during a freight rate collapse, such as in 2009, they are a higher percentage of the total transportation bill. Terminal handling charges are usually a negotiable item, at least for large custo-me.

Following the abolition of the conferences, terminal handling charges underwent significant simplification and were structured on a country basis rather than a port basis. Terminal handling charges that had remained virtually unchanged for nearly 15 years in Europe changed almost overnight.

Significant differences in pricing between the carriers appeared following the elimination of the carriers and the subsequent increase in competition. This competition has led many carriers to begin posting current terminal handling charges on their websites (primarily for Europe, although in some cases for Asia as well).

Current charges are supposedly based solely on cost recovery, although this may not always be the case due to variance in charges that do not correlate with volume throughput. The new charges appear to be "cost plus", that is, cover all container related costs from vessel cell to gate and in some cases the costs also make allowances for the return of empty containers. Individual lines appear to have different interpretations of what could, or should, be included in THCs, as rates attempt to recover cost of moving empty containers in some instances.

Charges vary by container size in Asia and the Americas, while in Europe charges are per container. This may not be directly correlated to the terminal cost structure in all the ports.

Terminal handling charges appear to be negotiable between shippers and carriers particularly with "all-in" freight rates that obscure the level of individual charges. The level of THCs are likely to change annually in the future as cost recovery needs shift and larger shippers negotiating powers evolve. Larger carriers are certainly able to negotiate with terminal operators to achieve a better contract deal than small carriers, particularly if they were also willing to sign up for a long term contract.

(...)

Individual lines appear to have different interpretation of what could, or should be included in THCs. This is based on comments that some carriers wished to recover some of the costs of empty container movements via their THCs. In any case, the new charges were seemingly based on commercial principals. These in turn were based on the negotiated handling charges applied by a terminal and charged to the carrier. The level of the costs are commercially confidential but they are volume and time based. That is, the larger carriers would certainly be able to negotiate a better deal than a small carrier, particularly if they were also willing to sign up for a long term contract. It is also the case that early supporters of a new terminal will benefit from preferential rates.

(...)

Since the abolition of the conferences more information has become available on the carriers websites, although this is far from universal. Nevertheless, many of the top carriers as well as some of the smaller ones do publish their THCs on their websites, or provide them in the form of a press release or notice to shippers. This has made them more transparent to shippers although there is now a variation across the carriers as to what their official charges are. The THCs must be taken as a market price indication only. For shippers that negotiate annual contracts that are normally based on an "all-in" format which includes the sea freight as well as surcharges and fixed ancillary charges such as the THC, the latter may well be discounted. Certainly it is fair to say that THCs are negotiable, at least for the larger customers.

What has not changed since the abolition of the conferences is the Terminal-Carrier client relationship. To date, terminal handling remains within the domain of this relationship. Two of the world's major terminal operators responded to the question whether it might be foreseeable in the future that shippers rather than carriers be the contracting client. Neither company favoured this approach as it would mean a totally different approach to the commercial relationships. It is the carriers that make the port and terminal decisions and that control the volumes. To change to a shipper related contracting system was seen as diffusing the contract administration and the pricing. Both did however suggest that in this type of situation, the larger shippers with significant volumes would benefit due to their size. It is therefore not expected that the terminal operators will approach shippers from a pricing point of view. It can be expected that terminals will reach out to shippers to provide related logistics services either at the terminal or inland that would encourage them to nominate one port over another. We can see this in the investments being made at places such as Duisport in Germany by both carriers and terminal operators in the Antwerp-Rotterdam range."

112. Em suma, tanto no Porto de Antuérpia, na Bélgica, como em Roterdã, na Holanda (paradigmas de modelo de gestão portuária para o Brasil), a Comissão Europeia nos informa que a divisão de responsabilidades entre armador e terminal está explicitada na Tabela a seguir:

Tabela 6: Cobertura típica do THC nos portos internacionais

Table 2: Split of THC Charges between Shipper and Ship Operator

	ACTIVITY	COVERED BY
01	Delivery MT and receiving full (+all associated clerical work and reporting)	THC
02	Inspection and reporting condition of container/ completion interchange	THC
03	Inspection and reporting of seals and wiring, removal invalid labels, re-sealing	THC
04	Movement of container on/from chassis, barge or wagon	THC
05	Internal transport of container to or from stack	THC
06	Handling container into or out of stack	THC
07	Reporting of chassis, barge and wagon activities in and or out of terminal	THC
08	Storage of full container within time limits defined by Conference	THC
09	Take laden box out of stack	THC
10	Internal transport from stack to ship's side under hook	THC
11	Move of container from ship's side to ship's rail	THC
12	Move of container from ship's rail into ship's cell	Freight rate
13	Opening and closing hatch covers	Freight rate
14	Lashing of container	Freight rate
15	Physical and clerical planning of vessel operation + reporting	Freight rate
16	Overtime	Freight rate
17	Wharfage	Freight rate

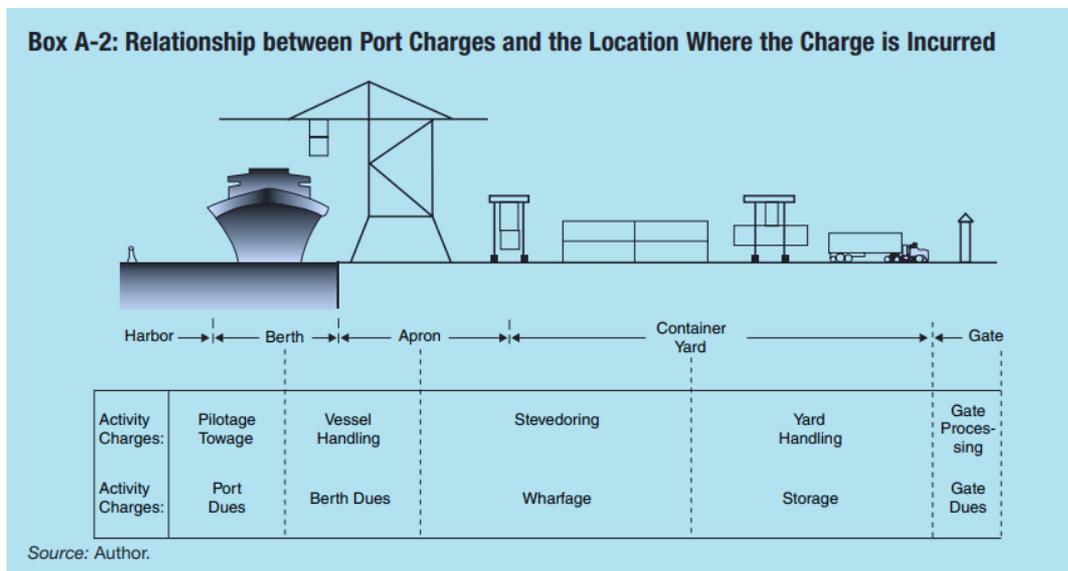
Source: PortStrategy, July 2005. copyright © Mercator Media 2008

Fonte: União Europeia, 2009

113. Assim, ressaltamos os seguintes pontos sobre o THC e o frete no mundo:
- a) Os serviços inclusos e os preços de movimentação de contêineres são negociados entre armadores, individualmente, e operadores de terminais;
 - b) Geralmente os preços de THC incluem a movimentação da embarcação até uma pilha, ou vice e versa. O Frete não inclui nada além da pilha;
 - c) Os preços dependem do volume e da duração do contrato;
 - d) O operador do terminal deve fornecer garantias em relação a janelas de atracação para o navio e número de movimentos de caixas por hora, além de infraestrutura necessária para contêineres diferenciados, como os refrigerados;
 - e) Após o fim das conferências de frete, as THCs foram significativamente simplificadas - passaram a ser estruturadas em uma base nacional, e não mais numa base portuária, condição que inviabiliza a comparação internacional, pois o Brasil ainda não possui uma logística tão integrada;
 - f) Os contratos de transporte são baseados em uma base por elevação, independentemente da dimensão do contêiner. Há variação para contêineres cheios e vazios; também se destinado a transbordo (ou seja, movendo-se apenas de navio para empilhamento, para navio; sem sair do portão).

114. De acordo com o **Port Reform Toolkit** do WORLD BANK (2012), os serviços portuários podem ser divididos em duas categorias:
- a) Serviços para embarcações: os serviços básicos de embarcação abrangem as atividades e tarifas relacionadas aos navios que entram e saem do porto e à atracação e desatracação. Isso inclui: praticagem, barco do práctico, rebocadores (atracação e desatracação), uso de canais de acesso e de cais. Os serviços básicos de navio também incluem o uso da infraestrutura portuária geral, geralmente coberta pelas taxas portuárias;
 - b) Serviços de carga: Os serviços básicos de carga incluem três atividades relacionadas: (1) transferência de carga entre navio e doca ou armazenamento; (2) transferência de carga entre armazenamento e fora do portão; e (3) armazenamento intermediário no estaleiro (no caso de contêineres) entre o navio e as transferências do estaleiro por um número especificado de dias úteis ("tempo livre"). Os encargos relacionados são pelo uso de mão-de-obra, equipamento de manuseio em terra, máquinas de pátio ("aluguel") e instalações portuárias ("uso de instalações" e "cais"). A Figura a seguir mostra a relação dessas cobranças envolvendo um terminal de contêineres típico.

Figura 5: Cobranças típicas de um terminal de contêiner



Fonte: World Bank, 2012

115. Essa figura está em linha com o praticado pela Agência e os portos nacionais.

116. De acordo ainda com o WORLD BANK (2012),

"Tariffs differ from port to port as they tend to be a reflection of the services offered (for example, container handling, tug assist, and pilotage), the facilities being provided (for example, gantry cranes, storage yard, or sheds), the party that incurs the tariff charge (for example, the carrier or ship's agent, or the shipper), and the basis on which a tariff item is calculated (for example, pilotagem charges based on the vessel's gross registered tons or vessel draught). Because of these differences, tariffs may seem highly fragmented and complex, but there is a core set of essential services required for handling ships and cargoes that all ports typically offer. These can be referred to as basic services. Regulators tend to focus on these services because they represent the bulk of the total charges and are commonly offered by all ports."

117. A Figura a seguir demonstra o range percentual representando as diferentes cobranças de serviços básicos em terminais típicos no estrangeiro. Verifica-se que o maior percentual de encargos está justamente na fase de manuseio de contêiner (cargo handling), situação que deve ser encarada como normal pelo Regulador. Logo, não podemos estranhar caso isso também ocorra no Brasil.

Figura 7: Peso relativo das diferentes cobranças em um terminal

Box A-1: Relative Weights of Different Port Charges	
Item	Percent of total charges
Port tariffs on the use of infrastructure	5–15
Berthing services	2–5
Cargo handling	70–90
Freight Forwarding	3–6

Fonte: World Bank, 2012

9.4. Recente estudo da ANTAQ sobre THC

118. No âmbito do Processo SEI ANTAQ nº 50300.008457/2019-74, em 2019 foi realizado estudo (ANTAQ, 2019) com o objetivo de comparar os valores de THC precificados nos terminais de contêiner do Brasil com aqueles precificados nos portos do mundo selecionados para o estudo.

119. O estudo atendeu à determinação do TCU contida no item 9.3.11 do Acórdão nº 1.439/2016 – com redação dada pelo Acórdão nº 923/2019 – TCU, que manteve, sem alteração, em sede de reexame, a determinação recorrida pela ANTAQ para que "realize estudos, inclusive comparativos com portos estrangeiros, para atestar a modicidade tarifária nas THCs cobradas dos usuários brasileiros, nos termos do art. 27, inciso II, da [Lei nº 10.233, de 2001](#), de forma a permitir o estabelecimento de teto para esses serviços portuários".

120. Naquela ocasião, a Agência realizou uma comparação dos valores de preço de THC divulgados pelos transportadores marítimos no Brasil e os valores de preços de THC divulgados pelos transportadores marítimos para portos do mundo. O estudo buscou conhecer a prática internacional no que tange à composição dos serviços incluídos na THC.

121. Foi realizada descrição comparativa entre os preços de THC no Brasil e nos demais países, entendido como o THC origem e o THC destino nos 48 portos/terminais selecionados para aquela pesquisa, publicados pelos transportadores marítimos selecionados, quais sejam: CMA CGM, ONE, Hapag-Lloyd, e Hamburg Süd.

122. O estudo identificou que, no contexto dos Incoterms 2010, aplicáveis no comércio exterior brasileiro, as exportações brasileiras são majoritariamente feitas FOB (Free Onboard Vessel) e as importações brasileiras são majoritariamente feitas CIF (Cost Insurance & Freight).

123. Em exportações brasileiras FOB, o exportador brasileiro arca com os custos de estufamento, carregamento, frete terrestre, cobranças do terminal portuário brasileiro (terminal charges), e carregamento no navio; enquanto o comprador (importador estrangeiro), por sua vez, arca com os custos de seguro, frete marítimo, cobranças no destino (terminal estrangeiro), tributos e taxas alfandegárias no destino (porto estrangeiro), custos de entrega ao destino final.

124. Por outro lado, nas importações brasileiras CIF, cabe ao importador brasileiro os custos de entrega no destino final no Brasil, tributos e taxas alfandegárias no Brasil, demais cobranças da chegada ao terminal brasileiro (arrival charges), enquanto o vendedor (exportador estrangeiro), por sua vez, arca com os custos de frete marítimo, carregamento no navio, seguro, cobranças do terminal portuário no exterior, frete terrestre na origem, custos de carregamento e estufamento.

125. Portanto, exportadores brasileiros arcam com os preços de THO (THC Origem) nos portos brasileiros, enquanto importadores brasileiros arcam com os preços de THD (THC Destino) nos portos brasileiros.

126. Com fundamento nos dados observados e discutidos naquele estudo, a ANTAQ concluiu que:

- "Os valores de THC para o Brasil apresentados em tabelas ou disponibilizados mediante consulta pelos transportadores marítimos internacionais, sejam de THC Origem (THO) ou de THC Destino (THD), estão em linha com as demais regiões do mundo.
- Os valores de THC no Brasil são muito frequentemente inferiores à mediana da América Latina, Europa e América do Norte para contêineres secos de 20 pés (20' Dry), exceto Ásia, com destaque para a China com preços de THC notadamente inferiores.
- Não há diferenças expressivas entre os valores de THC atribuídos ao Brasil e os demais países, para contêineres de 40 pés secos (40' Dry), seja o contêiner 40' padrão ou o 40' high cube (40' HC).
- Os valores para contêineres refrigerados (20' Reefer e 40' reefer) no Brasil são inferiores aos valores atribuídos aos demais países, especialmente para contêineres refrigerados de 40 pés (40' reefer)."

10. CONFRONTAÇÃO DAS ALTERNATIVAS

10.1. Análise multicritério

127. A tabela a seguir demonstra uma síntese das alternativas, já com as principais características levantadas pela ANTAQ, sem qualquer análise de mérito ou opinião sobre qual seria o melhor curso de ação.

Tabela 7: Análise Multicritério

Opção	Grupo	Alternativa	Escolha Possível	Atributos	Alinhamento ao Memorando com o CADE (Sim = 10; Não = 0)	Alinhamento ao Voto SEI 1102308 (Sim = 1; Não = 0)	Custo Regulatório (Baixo = 5; Médio = 2; Alto = 0)	Assimetria de Informação (Baixo = 5; Médio = 2; Alto = 0)	Neutralidade concorrencial (Sim = 5; Não = 0)	Impacto Curto Prazo no Peso Morte setorial (Sim = 0; Não = 5)	Impacto Longo Prazo no Peso Morte setorial (Sim = 5; Não = 0)	Alinhada à Regulação per Incentivo (Sim = 5; Não = 0)
Não Regular	-	Nada Fazer	Manter o <i>status quo</i>	Sem critérios unificados, com a redação atual da RN 34	Não	Sim	Baixo	Baixo	Não	Não	Não	Não
Regular	I	Via Não Normativa	Criar sistemáticas de monitoramento, transparência e divulgação de preços e rubricas de SSE		Não	Não	Alto	Médio	Não	Não	Sim	Não
		Via Normativa	Estabelecer metodologias de análise de abusividade e demais critérios		Sim	Não	Médio	Médio	Sim	Não	Sim	Sim
			Recomendar mudanças na RN 34, especialmente no art. 9º, §único		Não	Não	Baixo	Baixo	Não	Sim	Não	Não
	II	Eventual Preço-Teto	Nacional	Único mercado relevante	Não	Não	Médio	Médio	Não	Não	Sim	Sim
			Local (Complexo Portuário)	Vários sub-mercados	Sim	Sim	Médio	Alto	Sim	Não	Sim	Não
	III	Restrição de Nível de Preços	A priori (para todos os terminais)	Presume danos à concorrência	Não	Não	Baixo	Baixo	Não	Sim	Não	Não
			A posteriori (para os terminais abusadores)	Avalia danos concretos	Sim	Sim	Médio	Médio	Sim	Não	Sim	Sim
	IV	Critérios de Análise de Abusividade (comparação de preços)	Preço de benchmarking com base no custo total médio	Maximiza a eficiência	Sim	Não	Alto	Médio	Sim	Não	Sim	Sim
Preço de benchmarking pelas médias de mercado			Considera que há competição pelo SSE	Não	Não	Baixo	Médio	Não	Não	Sim	Não	

128. Pela classificação da análise multicritério, as melhores alternativas, em termos de impacto e efetividade, são as marcadas em amarelo.

129. Envolverem um *mix* que compreende a seguinte opção:

- estabelecer metodologias e critérios em uma Instrução Normativa;
- quando necessário, calcular um preço de benchmarking local (complexo portuário, o sub-mercado), a ser usado como preço-teto no caso de demonstração de abusividade;
- imposição de preço-teto como medido excepcional;
- incentivar os operadores a pactuar ajustes de condutas, em detrimento de um preço-teto, quando couber; e
- a existência de um prazo máximo na instrução processual de noventa dias.

10.2. *Os impactos de um preço-teto para o SSE com base no custo total médio*

130. Acerca da imposição de preço-teto, resta-nos ainda avaliar os efeitos concorrenciais decorrentes do seu estabelecimento quando detectada a abusividade no caso concreto.

131. Podemos deduzir três efeitos, dependendo do nível ou valor estabelecido, conforme indica a Tabela a seguir:

Tabela 8: Análise de cenários pós-regulação de preço-teto para o SSE

Cenário	Efeito de 1º ordem	Efeito de 2º ordem
Preço-Teto < Custo Total Médio específico	Favorece os retroportuários, em detrimento dos terminais molhados	Crescimento da armazenagem no retroportuário. Para equilibrar as contas, haverá aumento do "Box Rate" ou outros serviços inerentes (prejuízo ao importador).
Preço-Teto = Custo Total Médio específico	Não interfere na concorrência. Neutro.	A armazenagem ocorrerá onde o importador entender que exista mais valor agregado.

Cenário	Efeito de 1ª ordem	Efeito de 2ª ordem
Preço-Teto > Custo Total Médio específico	Favorece os terminais molhados, em detrimento dos retroportuários	Crescimento da armazenagem no terminal molhado. Aumento do poder de mercado dos operadores portuários

132. Na primeira situação, se o valor fixado for inferior aos custos de serviços de entrega, então a regulação estaria induzindo o subsídio cruzado, favorecendo o importador que optar por armazenar nos retroportuários. Essa situação implicará, em longo prazo, na busca por compensações, ou seja, aumento da "Box Rate" ou de outros serviços inerentes, prejudicando o importador, que é o consumidor final.

133. Na segunda situação, a regulação não interfere na concorrência, apenas mitiga os efeitos das falhas de mercado. Esse é o objetivo final do regulador.

134. Por fim, na terceira situação, se o valor fixado foi superior aos custos médios de serviços de entrega, então, a regulação estaria favorecendo o armazenamento junto aos terminais molhados, os quais estariam sendo beneficiados pela regulação. Em longo prazo, o "Box Rate" e os preços de outros serviços inerentes tenderiam a cair ou se manter, mas o aumento do poder de mercado do terminal molhado seria prejudicial ao consumidor final, pois a inviabilização da competição reduziria as opções de escolha.

135. Por isso, do ponto de vista do Regulador, o preço-teto, quando couber, precisa se aproximar o melhor possível do custo total médio ou do custo marginal do serviço.

136. Contudo, esses efeitos de 2ª ordem são incertos, daí o preço-teto ser usado de forma excepcional. O ideal é o ajuste de condutas, de forma voluntária, por meio de acordos e compromissos com os interessados.

10.3. *Outros impactos*

137. As possíveis reações do mercado à escolha preferida estão elencadas na próxima Tabela:

Tabela 9: Movimentos de reação prováveis do mercado

Decisão da ANTAQ	Cenários ex-ante	Movimento de reação (ex-post) esperado
Calcular um preço de benchmarking, para cada complexo portuário, quando incitada a abrir processo administrativo a respeito. Sem preço de referência "ex ante".	Empresa que já pratica o preço do SSE abaixo do preço calculado, sem conduta abusiva	Nenhum
	Empresa pratica preço do SSE acima do preço calculado, sem conduta abusiva	Nenhum
	Empresa pratica preço do SSE acima do preço calculado, com conduta abusiva	Manter a conduta e preços e assim ser punida pelas autoridades concorrenciais; ou Alterar a conduta

138. Essa análise indica que somente os terminais em abuso serão afetados com a opção em destaque.

10.4. *Análise de Risco*

139. Em análise de riscos e oportunidades, podemos avaliar os seguintes cenários projetivos, já contextualizados em termos de uma perspectiva concorrencial, logística e institucional. Vejamos a próxima tabela. A análise indica que intervir pela via normativa é a solução menos arriscada e de melhor impacto concorrencial, logístico e institucional.

Tabela 10: Análise de Risco

Cenário	Aspecto / Dimensão	Concorrencial	Ambiental	Logística	Financeira	Institucional
Sem Intervenção da ANTAQ	Risco	Agravamento da crise e das disputas judiciais.	Redução de caminhões circulando nas cidades portuárias. Melhoria no trânsito e na poluição atmosférica	Aumento dos déficits de infraestrutura de transporte.	Perda de receitas dos terminais secos pelo lado da armazenagem. Manutenção ou elevação dos preços dos serviços inerentes nos terminais molhados.	Demais autoridades públicas assumirem o papel de regulador. Atuação dos órgãos de controle. Responsabilização da Agência e suspensão das normas pelos tribunais.
	Impacto	Médio	Baixo	Alto	Médio	Alto
	Probabilidade	Alto	Médio	Médio	Médio	Médio

Cenário	Aspecto / Dimensão	Concorrencial	Ambiental	Logística	Financeira	Institucional
Com Intervenção da ANTAQ, aos moldes do resultado da análise multicritério	Oportunidade	Concertação social. Redução dos custos de transação.	Aumento de caminhões circulando nas cidades portuárias. Maior poluição atmosférica	Redução dos déficits de infraestrutura de transporte.	Perda de receitas dos terminais molhados. Manutenção dos ou redução dos preços dos serviços inerentes nos terminais molhados.	Reafirmação do papel do regulador como harmonizadora das relações de mercado e dos interessados. Fortalecimento institucional.
	Impacto	Médio	Baixo	Alto	Médio	Médio
	Probabilidade	Médio	Médio	Médio	Médio	Médio

140. O cenário de intervenção da ANTAQ de longe é o de menor risco e melhor oportunidade. Manter a ausência de intervenção da ANTAQ eleva sobremaneira os custos sociais e os riscos de atuação dos órgãos de controle e de responsabilização da Agência.

141. Tal opção de intervenção tem ainda os seguintes impactos:

- fornece incentivo ao aumento da produtividade e do serviço adequado, evitando a elevação de preços indiscriminada e o abuso do poder de mercado;
- não afeta negativamente as decisões de investimento das firmas, e não gera escassez de oferta;
- não cria nexos causais para reconhecimento de reequilíbrio da matriz econômica financeira dos contratos de arrendamento; e
- não exige monitoramentos sofisticados pelo regulador, reduzindo o "custo de observância".

10.5. *Da relação de custo-efetividade da intervenção ou não da ANTAQ*

142. As vantagens e efeitos positivos da regulação optada são evidentes, em termos de custo-efetividade:

- Melhorará sensivelmente a situação dos operadores retroportuários;
- Inibirá a prática de preços abusivos pela instituição de instrumentos de mercado, reforçando no marco setorial os controles a posteriori;
- Será neutra em relação aos transportadores marítimos;
- Mostrará aos operadores portuários um regime mais competitividade, sem negar-lhe a liberdade de preços; e
- Harmonizará os conflitos que se dão hoje no âmbito do poder judiciário e nos demais órgãos de controle, reduzindo os custos de transação.

143. A Tabela a seguir demonstra a relação:

Tabela 11: Custo-efetividade de implantação da alternativa proposta

Alternativas	Custo às instalações portuárias (Baixa=0; Média=5; Alta=10)	Efetividade para solução do problema (Baixa=0; Média=5; Alta=10)	Efetividade excede ou iguala aos Custos (benefícios sociais maiores que os custos privados)
Incentivo ao compromisso voluntários das partes	Baixa	Alta	Sim
Prazo máximo de instrução processual das análises	Média	Alta	Sim
Preço-teto como medida excepcional	Média	Média	Sim

11. SOLUÇÃO DE MENOR IMPACTO

144. Demonstramos que, no âmbito das instalações portuárias que movimentam contêineres no Brasil, o controle de preços a priori dos serviços não abrangidos pelo THC, independente de abusividade, não necessariamente se reverte em ganhos ao usuário.

145. Claramente do princípio da supremacia do interesse público infere-se que há um dever-poder quanto ao zelo pelo interesse público, e de exprimi-lo nas relações entre particulares. Além disso, há que se ressaltar que a Constituição Federal de 1988 (art. 5º, XXXII) prevê que cabe ao Estado promover a proteção do consumidor e coibir a competição desleal e os lucros abusivos. O cumprimento desse poder-dever de tutela ao usuário passa, essencialmente, por ações que garantam a liberdade de escolha, a qualidade do serviço e a modicidade.

146. Nesse sentido, o art. 8º e o parágrafo único do art. 9º da [Resolução Normativa ANTAQ nº 34, de 17 de agosto de 2019](#) deixam-nos o legado de elementos efetivos para coibir abusos na movimentação de contêineres em instalações portuárias nacional, bem como a instituição de uma de uma política clara de antitruste no setor portuário com a presença do art. 8º na [Resolução Normativa ANTAQ nº 34, de 2019](#).

147. Um preço a priori para o SSE, além de ir de encontro ao benchmarking internacional, implicaria prováveis distorções alocativas, deslocando as curvas de demanda e oferta para áreas desconhecidas, retirando, portanto, a neutralidade da regulação, podendo, inclusive, aumentar as ineficiências alocativas.

148. As dificuldades associadas às metodologias de análise de preços aumentam os riscos de erros na persecução a práticas exploratórias. Por essa razão, a doutrina sugere que se estabeleça um alto padrão probatório para a caracterização da prática de abusividade. Elas não devem se limitar a uma mera comparação entre preços, ou preços e custos, mas, ao invés disso, devem complementá-la com uma investigação profunda do mercado e das razões pelas quais os preços podem divergir ou estarem consideravelmente acima do nível competitivo. A imposição generalizada de preços-tetos eventualmente aumentaria a eficiência nos casos concretos, porém, tal garantia de aumento só ocorre quando demonstrada a verossimilhança da abusividade nesses casos. Parte grande dos terminais não é objeto de denúncias desse tipo.

149. Tais afirmações obrigam-nos a ressaltar, por fim, que a falta de um preço-teto generalizado imposto previamente não inibe ou não impossibilita a atuação da Agência Reguladora. Há diversos outros instrumentos regulatórios propícios.

150. A Superintendência de Regulação não encontrou evidências quantitativas de que a intervenção a priori possa aumentar a eficiência, ou mesmo gerar mais benefícios que impactos negativos. As partes interessadas, na fase de Participação Social preliminar, também não forneceram elementos econômicos claros e suficientes para demonstrar a necessidade de uma regulação favorável ao seu anseio - focaram em um debate jurídico superado.

151. Logo, a alternativa de INTERVIR PELA VIA NORMATIVA é a melhor opção, mediante uma Instrução Normativa.

152. A Instrução Normativa esclarecerá a aplicação da RN 34/2019 aos servidores, com efeito basicamente interno.

153. A proposta escolhida consiste, em resumo, no seguinte:

- a) possibilidade de várias portas de entrada de início de análise, inclusive a comunicação de alteração de tabela de preços;
- b) não divulgação de um preço-teto nacional para o SSE;
- c) a ANTAQ estimulará os acordos com os interessados, tomando o preço-teto como medida excepcional;
- d) a criação de uma metodologia geral de análise de abusividade, aplicando-se técnicas de comparação de preços pelo mercado, cujo objetivo é promover a correção daquelas condutas enquadradas nos critérios dessa análise supra, seja pela imposição de medidas cautelares, preço-teto, comunicação ao CADE etc.;
- e) previsibilidade do rito processual, com duração de 90 (noventa) dias, permitido o amplo contraditório;
- f) esclarecimentos sobre as técnicas de análise e os critérios gerais utilizados; e
- g) conteúdo padronizado dos pareceres técnicos.

12. IMPLEMENTAÇÃO E MONITORAMENTO

154. A implementação da alternativa escolhida não demanda a contratação de serviços de terceiros ou a aquisição de novos equipamentos.

155. A implementação da opção regulatória NÃO exigirá que a ANTAQ calcule e divulgue anualmente o Preço-Teto Nacional para o SSE.

156. Ademais, novas formas de fiscalização devem ser debatidas com a superintendência responsável regimentalmente antes de serem formalizadas. Porém, entendo que, em termos de fiscalização e monitoramento, a porta de entrada para as denúncias de abusividade já existe. Para isso, já existem diversos canais, como a Ouvidoria e as unidades regionais nos portos. Todas essas ferramentas facilitarão a atuação da Agência no monitoramento das condutas dos agentes, bem como a eficácia da presente proposta.

13. AVALIAÇÃO DE RESULTADOS - ARR

157. Para acompanhamento dos resultados recomenda-se que sejam coletadas periodicamente as seguintes informações, com vistas à comparação dos resultados antes e após a vigência da solução proposta:

- a) preço médio do SSE, nacional e por submercado;
- b) quantidade de SSE demandada, por instalação portuária;
- c) quantidade de retroportuários, nacional e por submercado; e
- d) quantidade de denúncias de abusividade na prática de SSE.

158. Tais informações deverão ser monitorados pela área de estatísticas da Agência, e repassados para a Regulação, exceto o preço médio.

159. Sugere-se ainda a criação de uma sistemática de acompanhamento contínuo dos preços do SSE, coletando sistematicamente tais dados. A hipótese a ser acompanhada é a queda ou manutenção dos preços médios, ao longo dos próximos três anos.

É o parecer.

Atenciosamente,



Documento assinado eletronicamente por **Sandro Jose Monteiro, Especialista em Regulação de Serviços de Transporte Aquaviários**, em 06/09/2021, às 10:34, 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 10:41, 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 **1412342** e o código CRC **28208298**.