



AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS

Parecer Técnico nº 71/2018/GRP/SRG

Assunto: Proposta de Revisão de Norma. Análise das contribuições recebidas no âmbito da Audiência Pública nº 04/2018. Revisão da Resolução nº 2389/2012. Análise de Impacto Regulatório (AIR).

1. INTRODUÇÃO

1. Trata-se de análise das contribuições recebidas no âmbito da Audiência Pública nº 04/2018 (SEI 0507499), cujo objetivo foi obter contribuições, subsídios e sugestões para o aprimoramento da proposta de revisão da norma anexa à Resolução nº 2.389-Antaq, de 13 de fevereiro de 2012 (SEI 0526225), que por sua vez estabelece parâmetros regulatórios a serem observados na prestação dos serviços de movimentação e armazenagem de contêineres e volumes, em instalações de uso público, nos portos organizados.

2. As contribuições ocorreram com base no texto da Resolução nº 6.124, de 15 de maio de 2018 (SEI 0500764).

3. Neste mesmo Parecer, temos uma robusta Análise de Impacto Regulatório (AIR), no formato recomendado pelo [Manual de Boas Práticas Regulatórias](#) da Casa Civil da Presidência da República.

4. Por fim, o Parecer propõe o texto revisado da Resolução nº 2389-Antaq, já considerando todas as contribuições e análises da equipe técnica da Gerência de Regulação Portuária.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1. Breve histórico

5. A Resolução Antaq nº 2.389/2012 foi originalmente editada após inúmeras discussões tanto internas quanto externas à Agência, sobretudo em razão de rubricas dos terminais portuários potencialmente não abrangidas pelo arcabouço regulatório até então vigente.

6. As controvérsias não cessaram, mesmo após a publicação do regulamento, tendo, posteriormente, diversos agentes econômicos recorrido aos demais órgãos de controle para que fossem consideradas abusivas certas práticas popularmente conhecidas como THC-2.

7. Nesse ínterim, sobreveio a edição da Lei nº 12.815/2013, alterando significativamente o marco regulatório do setor portuário.

8. Nessa linha de apaziguar e a harmonizar os conflitos intra-setoriais, em atendimento à determinação da Diretoria Colegiada desta Agência, e no cumprimento de sua função normativa, foram adotadas as providências cabíveis ao feito, quando em 03/12/2015, esta Gerência de Regulação Portuária propôs a revisão da Resolução nº 2.389/2012-ANTAQ (minuta de resolução SEI nº 0004842, às págs. 2493/2498), a qual recebeu a aprovação do então Gerente de Regulação Portuária, conforme termos do Despacho nº 198/2015/GRP/SRG/ANTAQ/JPSC, SEI nº 0004842, à pág. 2499.

9. Conforme relatado no Parecer Técnico nº 20/2018/GRP/SRG, SEI nº 0497001, o assunto foi levado à deliberação da Diretoria Colegiada na 396ª Reunião Ordinária da Diretoria da Agência Nacional de Transportes Aquaviários - ROD, em 17/12/2015, na qual o Diretor-Relator à época, conforme seu Relatório e Voto, SEI nº 0497001, às págs. 2534/2542 e 2545/2547, ou SEI nº 0060559, às págs. 363/375, votou pela aprovação da minuta de resolução em questão, para fins de submissão a consulta e audiência públicas pelo prazo de 45 (quarenta e cinco) dias, visando à obtenção de contribuições e subsídios para o aprimoramento do ato normativo ora proposto.

10. Entretanto, após pedido de vista de um dos diretores, o Processo foi encaminhado à Superintendência de Desempenho, Desenvolvimento e Sustentabilidade - SDS para que criasse e elaborasse metodologia própria para realização de Análise de Impacto Regulatório – AIR, e, após isto, que os autos retornassem àquela Diretoria.

11. Após longo período de silêncio processual, em 16/02/2018, por meio do Despacho DG SEI nº 0436599, o Processo foi avocado e os respectivos autos foram encaminhados à Superintendência de Regulação - SRG para que fosse providenciada a elaboração de Análise de Impacto Regulatório – AIR.

12. Em 10/05/2018, a SRG apresentou o Parecer Técnico nº 20/2018/GRP/SRG, SEI nº 0497001, por meio do qual destacou o entendimento da área técnica pelo retorno dos autos com urgência ao Colegiado, a que detém competência para demandar a elaboração de AIR, recomendando, porém, o entendimento de que os autos estariam aptos para deliberação, sem qualquer nova instrução adicional. No mesmo feito, a SRG encaminhou para deliberação da Diretoria Colegiada proposta revisada da minuta de Resolução Normativa (SEI nº 0497118).

13. Por meio do Voto SEI 0499991, foi firmado o entendimento de que o presente processo estaria absolutamente maduro para decisão, acompanhando o voto já proferido pelo então Diretor-Relator na 396ª Reunião Ordinária da Diretoria - ROD, em 17/12/2015, no sentido de que o tema havia sido amplamente analisado, ficando caracterizado pela efetiva presença nos autos de uma Análise de Impacto Regulatório-AIR.

14. O referido Voto ainda teceu os seguintes comentários:

Entendo que a segregação de contêineres realizada nos portos brasileiros, aqui abrangidos públicos e privados, é realizada de forma que altera o processo de logística dos terminais, acarretando custos não cobertos pelo box rate. O serviço de segregação de contêiner envolve uma organização extraordinária dentro do terminal, que é realizada exclusivamente no interesse do dono da carga, mudando o carrossel das atividades feitas no terminal em relação à armazenagem.

As irrisignações contra a cobrança surgiram por conflito entre terminais molhados e terminais de retroárea, mostrando que o serviço de segregação - denominado THC2 - traduz, antes de tudo, uma disputa concorrencial pela armazenagem, fato este que não se pode perder de vista quando se vê a controvérsia instalada.

15. O mencionado Voto foi proferido na 25ª Reunião Extraordinária da Diretoria Colegiada, realizada em 11 de maio de 2018, o qual foi acompanhado pelos demais membros da Diretoria da Antaq.

16. Nessa ocasião, deliberou-se pela aprovação da proposta de alterações da Resolução Antaq nº 2.389, de 13 de fevereiro de 2012, consubstanciada na Resolução-MINUTA GRP SEI nº 0497118, submetendo-o à Audiência Pública pelo prazo de 30 (trinta) dias, visando a obtenção de subsídios para o aprimoramento do ato normativo ora proposto.

17. A Resolução-MINUTA GRP SEI nº 0497118 tratou essencialmente de atualizar o texto da Resolução Antaq nº 2389/2012 frente à Lei nº 12.815/2013, incluindo, como agente alcançado pela norma as instalações portuárias autorizadas, bem como substituir o termo “Administração Portuária” pela própria Antaq, onde fosse necessário. Não se entendeu, na oportunidade, como necessária a modificação das definições e terminologias presentes na versão vigente da Resolução Antaq nº 2389/2012.

18. Assim, por meio da Resolução Antaq nº 6.124 (SEI 0500764), de 15 de maio de 2018, aprovou-se a instituição de Audiência Pública com vistas à revisão da Resolução Antaq nº 2389, de 12 de fevereiro de 2012.

19. Com esse objetivo, após encerrada a fase de contribuições externas coletivas por meio da plataforma eletrônica da Antaq, esta Gerência de Regulação Portuária identificou que mais da metade das sugestões versavam sobre mudanças das definições correlacionadas à Cesta de Serviços e ao THC, especialmente quando relacionadas à abertura de possibilidade de cobranças extraordinárias pela segregação de cargas e pela entrega imediata de cargas pátio em regime de trânsito aduaneiro.

20. Ao longo desse período, sobrevieram decisões do Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência - CADE (vide Processos CADE nº 08012.001518/2006-37 e nº 08700.008464/2014-92) e do Tribunal de Contas da União - TCU (Acórdão nº 1704/2018-TCU – Plenário, Documento SEI 0666468) emergindo ainda mais a matéria, dando um enfoque bastante negativo as práticas relacionadas ao THC-2.

21. Ademais, contra tal prática, são inúmeras as denúncias advindas dos recintos retroportuários, quando não comunicadas diretamente pelo Ministério Público Federal, que vê na situação condição lesiva ao importador ou ao usuário final.

22. Sensível ao problema, a Gerência de Regulação Portuária (vide Despacho GRP 0603978), em 27/09/2018, com a aprovação da Superintendência de Regulação (vide Despacho SRG 0606415), propôs outra direção ao caso: que a Agência avançasse no diálogo intersetorial, promovendo visitas técnicas aos terminais de contêineres, permitindo que esses terminais, ou mesmo as associações patronais, pudessem explicar e apresentar sua própria visão e seus próprios estudos contrapondo as determinações dos demais órgãos de controle. A mesma oportunidade seria propiciada aos recintos retroportuários, em favor do amplo contraditório.

23. Dessa forma, foram recebidas, após a fase de Audiência Pública, as contribuições do Terminal de Contêineres de Paranaguá - Documento SEI 0634093 e Anexo SEI 0634097; da Marimex - Carta SEI 0623934, no bojo do Processo nº 50300.018559/2018-17, anexado a este; da Companhia Bandeirantes de Armazéns Gerais e da DEICMAR Armazenagem e Distribuição LTDA. - Relatório SEI 0645204; da ABRATEC - Carta SEI 0657158 e Anexo SEI 0657161; e da Lachmann Terminais LTDA. - Carta SEI 0652323, no bojo do Processo nº 50300.020862/2018-80, anexado a este.

24. Passamos então a analisar.

2.2. **Das Contribuições da Audiência Pública**

25. A Tabela 1 lista a quantidade de contribuições no formato eletrônico recebidas no âmbito da Audiência Pública nº 04/2018, por contribuinte.

Tabela 1: Quantidade de contribuições da Audiência Pública nº 04/2018

Contribuintes	Quantidade de Contribuições
Agripino & Ferreira Advocacia e Consultoria	8

ASSOCIAÇÃO DE USUÁRIOS DOS PORTOS DA BAHIA – USUPPORT	14
Centro Nacional de Navegação Transatlântica – CNNT	13
LOCALFRIO S.A. ARMAZENS GERAIS FRIGORIFICOS	9
MSC MEDITERRANEAN SHIPPING DO BRASIL LTDA.	3
ASSOCIAÇÃO DE TERMINAIS PORTUÁRIOS PRIVADOS	13
MARIMEX DESPACHOS, TRANSPORTES E SERVIÇOS LTDA.	16
SEPRAC/MF	1
MULTILOG S.A.	3
Associação dos Usuários dos Portos do Rio de Janeiro - USUPPORT-RJ	9
AEXA Associação de Exportadores de Açúcar e Álcool	7
SINDIROCHAS, CENTROROCHAS e APRA	3
CONSELHO DOS EXPORTADORES DE CAFÉ DO BRASIL – CECAFÉ	15
Terminal Alfandegado	2
ABTP - ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS TERMINAIS PORTUÁRIOS	5
Autônomo	2
ENM COMÉRCIO E INCORPORAÇÕES IMOBILIÁRIAS LTDA.	4
ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DA INDÚSTRIA QUÍMICA	3
Sindicato do Terminais Retroportuários de Itajaí e Região	3
BRASIL TERMINAL PORTUÁRIO S.A.	2
CONVICON CONTÊINERES DE VILA DO CONDE S/A	1
SEPETIBA TECON S/A	1
TECON SUAPE S/A - ICTSI	1
TVV -TERMINAL DE VILA VELHA S/A	1
TCP -TERMINAL DE CONTÊINERES DE PARANAGUÁ	1
LIBRA TERMINAL RIO S/A	1
TECON RIO GRANDE S/A	1
SANTOS BRASIL PARTICIPAÇÕES S.A.	1
LIBRA TERMINAIS S.A.	1
TECON SALVADOR S A	1
MULTI-RIO OPERAÇÕES PORTUÁRIAS S/A	1
ABRATEC - Associação Brasileira dos Terminais de Contêineres de Uso Público	1

Lachmann Terminais Ltda	1
ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS CENTROS LOGÍSTICOS E INDUSTRIAIS ADUANEIROS - ABCLIA	1
Grupo Wilson Sons	1
Total	150

26. Conforme Relatório SEI 0535646, no total foram 150 contribuições recebidas na forma do formulário eletrônico.
27. Ainda dentro do prazo da Audiência Pública nº 04/2018, a Santos Brasil Participações S.A. enviou, por outro meio eletrônico, sua contribuição à presente Audiência Pública, a qual foi anexada a este processo sob o número SEI 0535663.
28. Adicionalmente, a Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência do Ministério da Fazenda (Seprac/MF) encaminhou o Parecer nº 37/2018/COGTS/SUPROC/SEPRAC-MF, de 25 de junho de 2018 (SEI 0535678).
29. Também foi juntada ao presente processo a contribuição da Associação Brasileira dos Terminais Portuários (ABTP), recebida por correio eletrônico - documento SEI 0538255.
30. O dispositivo da proposta normativa que mais recebeu contribuição foi o inciso VI do art. 2º, que diz respeito à definição de *Box Rate* (40 contribuições), seguido pelo inciso VII do art. 2º, que define Taxa de Movimentação no Terminal (*Terminal Handling Charge - THC*) (22 contribuições).
31. Em análise preliminar, constatou-se que, das 150 (cento e cinquenta) contribuições obtidas na forma do formulário eletrônico, o montante de 72 (setenta e duas) teve como foco o debate acerca da cobrança do THC e THC-2. Isto é, quase a metade das contribuições demonstraram a preocupação do setor em relação à matéria, tornando-se ela o centro do debate da presente Audiência Pública.
32. Porém, como visto, a proposta de norma posta em Audiência tratou, essencialmente, de incluir os terminais de uso privado no alcance da norma e de atualizar trechos do texto vigente com a redação da Lei nº 12.815/2015. No texto (Resolução SEI nº 0497118), as alterações propostas foram periféricas, ainda que importantes e essenciais. Doutro lado, o Voto 0499991 do Sr. Diretor Relator informou que, a priori, a ANTAQ "*mantêm a compreensão havida em sua edição quanto ao disciplinamento do serviço de segregação de contêineres*".
33. A síntese da análise das contribuições recebidas na forma do formulário eletrônico está compilada no Anexo SEI 0666489.
34. O presente Parecer Técnico tratará, por sua vez, de discorrer sobre os principais tópicos tratados no bojo da Audiência Pública nº 04/2018, adicionando o debate constituído posteriormente à fase pública da Audiência.
- 2.2.1. **Da inclusão das instalações portuárias autorizadas no escopo da Resolução 2.389- ANTAQ**
35. Várias contribuições tiveram como objetivo central propor a exclusão dos Terminais de Uso Privado (TUPs) da presente proposta de regulação, sob a justificativa de que os regimes jurídicos de exploração da atividade seriam distintos: uso de bem público para prestação de serviço público (art. 4º Lei 12.815/2013) versus atividade econômica em sentido estrito [livre iniciativa] (art. 45 Lei 10.233/2001 c/c art. 35-A Dec. 8.033/2013).
36. Como já argumentado por essa setorial técnica em pareceres anteriores (vide Parecer Técnico nº 20/2018/GRP/SRG), a inclusão das instalações portuárias autorizadas na revisão do presente normativo mostrou-se mera adequação à legislação vigente, tratando-se de ato vinculado, sem

margem de escolha pelo regulador. Não há escolha regulatória ou alternativa quanto a isso.

37. Como é de notório conhecimento, a Resolução Antaq nº 2.389/2012 foi editada ainda na vigência da Lei nº 8.630/1993 e, principalmente, na vigência do Decreto nº 6.620/2008. Também como é cediço, tal Decreto limitava a autorização de terminais de uso privado para movimentação de cargas próprias e permitia somente a movimentação eventual de carga de terceiros, o que, por óbvio, inviabilizava a construção e a exploração de terminais de contêineres. Foi dentro desse contexto legal que a Resolução nº 2.389/2012 foi editada e por isso não faria sentido regular os terminais de uso privativo, somente os arrendatários.

38. Com a promulgação e a vigência da Nova Lei dos Portos (Lei nº 12.815, de 05 de junho de 2013), o conceito de carga própria e de terceiros foi desmantelado, não havendo, atualmente, restrições adicionais para a autorização de TUP para movimentação de contêineres, obrigando a Antaq, desta vez, também regular a prestação de serviço de movimentação de contêineres em TUPs.

39. Apesar das inúmeras manifestações externas, já quase um mantra, de que os terminais privados e associações realizam atividade econômica com livre iniciativa, nunca é demais lembrar que a exploração portuária é atividade de exploração de bens e prestação de serviços que está reservada ao Estado (art. 21, XII, "f", c/c art. 173, CF/88) e, nessa medida, devidamente afastada da esfera da livre iniciativa na sua plenitude (art. 170, caput, CF/88).

40. Ou seja, a exploração portuária já é, desde a Constituição Federal, conferida à União enquanto incumbência própria, apenas passível de ter o exercício trasladado a interpostas pessoas privadas, sempre por via derivada (contratual), e nunca enquanto direito próprio ou preexistente.

41. Decerto, em uma Ordem Econômica que privilegia, enquanto regra, a liberdade de iniciativa, essa reserva expressa de competência à União atrela-se ao relevante interesse coletivo subjacente à atividade, isto é, à sua essencialidade à existência coletiva, e não ao interesse e à disposição (tidos ou presumidos) de os sujeitos privados resolverem empreender em tal âmbito.

42. Em suma, os particulares não possuem direito próprio à exploração dos bens e atividades expressamente ressalvados pela Constituição Federal como competências titularizadas pelo Poder Público, de modo que eventual exploração de bens e atividades do domínio portuário somente ocorrerão mediante a expressa outorga de título jurídico habilitante, conforme definido em lei (no caso do quadro infraconstitucional ora vigente, os atos de concessão, arrendamento ou autorização são os que conferem tal habilitação).

43. Por isso que a exploração privada há de respeitar as funções de normatização e regulação exercidas pelo Poder Público.

44. Em suma, a única diferença de um terminal arrendado e um terminal privado é a propriedade da área, diferença essa já tratada pelo legislador, ou seja, quando é terminal arrendado é obrigatória a realização de licitação e quando TUP somente é necessária a autorização. O serviço prestado por ambos é o mesmo, movimentação de contêineres, e como esta Agência regula o serviço de transporte aquaviário, não há como fazer a distinção almejada pelos detentores de terminais privados.

45. Adicionalmente, conforme exposto no Parecer Técnico nº 20/2018/GRP/SRG, SEI nº 0497001, observaram-se, no atual marco regulatório setorial, diversas alterações que incluíram tacitamente os TUPs no universo e no escopo da Resolução nº 2.389- ANTAQ, sendo, portanto, um imperativo legal sua adaptação.

46. Como argumentado no mencionado Parecer Técnico, outro motivador para a inclusão dos TUPs na revisão da presente norma é aquele decorrente da larga assimetria regulatória no setor portuário entre a exploração dentro do porto organizado e a exploração dentro da área privada, implicando quase uma ausência de regulação para os terminais de uso privado.

47. Existem registros de inúmeros casos de denúncias contra possíveis práticas de cobrança irregular de armazenagem adicional por TUPs, contudo, pelo texto normativo vigente, a área de fiscalização da Antaq está de mãos atadas para investigar e autuar. Ao contrário, como relatado no Parecer Técnico nº 20/2018/GRP/SRG, há casos semelhantes onde figuram como denunciados os terminais portuários arrendados e a fiscalização da Antaq tem lavrado auto de infração e submetido a julgamento, sendo alguns terminais multados pela cobrança indevida de armazenagem adicional de contêineres. Essa assimetria concorrencial, favorecida pelo texto normativo ora vigente, não pode perdurar.

48. Dessa forma, optou-se por manter a inclusão das instalações portuárias autorizadas à presente proposta de revisão normativa, com o objetivo de corrigir a assimetria regulatória existente e atender à legislação mais recente.

2.2.2. **Da mudança de definições para *Box Rate* e THC**

49. Outras diversas contribuições versaram sobre a seguinte controvérsia: as definições vigentes de *Box Rate* e de THC permitiriam ou autorizariam a incidência supostamente ilegal de uma Taxa de Segregação e Entrega de Contêineres - TSE, ou Serviço de Segregação e Entrega - SSE, também chamada comumente de *Terminal Handling Charge 2 - THC-2*.

50. Nesse debate, de um lado figuram os terminais portuários e de outro os recintos alfandegados adjacentes (em área retroportuária), sobre os quais recairia a cobrança da THC-2 na ocasião da liberação da mercadoria em regime de trânsito aduaneiro, regime esse descrito no Art. 315 do Decreto nº 6759/2009. Os retroportuários alegam, basicamente, que o transportador marítimo já paga pelo THC-2, os armadores alegam que não cabe a eles esse ônus, e o terminal portuário informa que tem custos adicionais com essas operações.

51. Nesse viés, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) condenou recentemente algumas empresas operadoras de terminais portuários por abuso de posição dominante decorrente da cobrança de taxas abusivas de serviços portuários (vide Processos CADE nº 08012.001518/2006-37 e nº 08700.008464/2014-92). Aquele Conselho entendeu que as empresas condenadas detêm monopólio de fato no mercado de manipulação e movimentação de mercadorias desembarcadas em seus terminais, e estariam abusando dessa condição.

52. No primeiro processo julgado pelo Cade (08012.001518/2006-37 - CADE), a empresa regulada pela Antaq cobrava dos recintos alfandegados, além da taxa de movimentação usual denominada *box rate*, taxas de segregação de contêineres de importação destinados a outras áreas alfandegadas, ou seja, o chamado THC-2.

53. Já no segundo processo (08700.008464/2014-92 - CADE), aquele Conselho condenou prática de empresa regulada pela Antaq que realizava, além da *box rate*, a cobrança de taxa de “Fiel Depósito” a ser paga pelos recintos alfandegados por mercadorias importadas ou em retorno do estrangeiro descarregadas em seu terminal.

54. No bojo do Processo Administrativo nº 08012.001518/2006-37 - CADE, o voto do conselheiro relator, Paulo Burnier, documento SEI 0666474, reconheceu que os terminais portuários e os recintos alfandegados competem pelo mercado de armazenagem alfandegada de mercadorias, participam de segmentos interconectados de uma rede de prestação de serviços e que, desse modo, os recintos alfandegados dependem dos terminais portuários para ter acesso à carga e prestar o serviço, uma vez que, como as cargas passam obrigatoriamente pelo terminal portuário, há a possibilidade de se criar dificuldades à entrega destas ao recinto alfandegado, por exemplo, por meio da elevação artificial do custo de prestação dos serviços ofertados pelos recintos alfandegados.

55. Como também afirmou o voto do conselheiro do Cade:

“a Resolução da Antaq é autorizativa, mas não impositiva quanto à cobrança do THC2 no Brasil. Isto se verifica pela simples presença da expressão “salvo previsão contratual em sentido diverso” no seu art. 9º. Ademais, o art. 5º da Resolução, quando estabelece que os serviços não incluídos na Box Rate (e, conseqüentemente, não incluídos na THC) poderiam ser livremente negociados ou definidos em tabelas de preço, reforça igualmente o caráter autorizativo (e não impositivo) da conduta. Ou seja, a Resolução, claramente, permite afastar a incidência da cobrança, caso os contratantes entendessem oportuno e prudente, sobretudo à luz da ilicitude concorrencial apontada pelo CADE desde 2005. ”

56. Dessa forma, a controvérsia já descrita surge a partir do momento em que a Resolução da Antaq não impede a cobrança da THC-2 em determinados casos, especialmente naquelas situações apontadas pelo CADE onde é possível utilização do THC-2 como ferramenta anticoncorrencial.

57. No mais recente entendimento exarado pelo TCU sobre a cobrança do Serviço de Segregação e Entrega (SSE) de cargas (Acórdão nº 1704/2018, de 24/07/2018, no âmbito do Processo TC 014.624/2014-1 de relatoria da Ministra Ana Arraes – Documento SEI 0666468), determinou-se à Antaq revisar a Resolução nº 2.389/2012 com o objetivo de adequá-la aos preceitos da Lei 12.815/2013 (Lei dos Portos), da Lei nº 12.529/2011 (Lei da Concorrência ou Lei Antitruste), aos Pareceres da área Técnica da Antaq e à decisão do Cade sobre a questão do THC 2:

4. Determinar à Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq), com fulcro no inciso II, art. 250 do Regimento Interno do TCU c/c o entendimento esposado nos Acórdãos 0210-05/13-P, AC 2302-34/12-P, AC-0620-11/08-P, AC 1369-32/06-P, AC 1756-43/04-P e 2.023/2004 – P, que:

4.1. revise a Resolução 2.389/2012, com o objetivo de adequá-la aos preceitos da Lei 12.815/2013 (Lei dos Portos), da Lei 12.529/2011 (Lei da Concorrência ou Lei Antitruste), aos Pareceres da área Técnica da Antaq e à decisão do Cade sobre a questão do THC 2.

58. Os Ministros da Corte de Contas, nesse feito, determinaram que a Antaq *“elabore e publique estudo sobre os custos dos serviços prestados pelos terminais, de modo a balizar o exame de pertinência da cobrança do SSE e de ocorrência de abuso em sua cobrança”*.

59. Nota-se, contudo, que a ação *“revisar a Resolução 2.389/2012, com o objetivo de adequá-la aos preceitos da Lei 12.815/2013”* já está em curso no bojo dessa Audiência Pública nº 04/2018, que teve, inclusive, esse como seu principal objetivo.

60. Por outro lado, o Poder Judiciário tem emitido sinais igualmente controversos, ao anular a decisões do CADE, como podemos extrair do link <https://www.portosenavios.com.br/noticias/portos-e-logistica/btp-obtem-autorizacao-para-a-cobranca-da-thc2>, ou do link <https://www.conjur.com.br/2015-nov-24/cade-nao-interferir-taxa-movimentacao-portuaria>, sendo que há também pareceres da Advocacia Geral da União favoráveis à legalidade da cobrança.

61. Na mesma contrapartida, no âmbito do próprio CADE existe divergência de entendimento quanto à ilicitude concorrencial da cobrança do serviço de segregação e entrega - SSE. Em seu voto-vista, no Processo nº 08012.001518/2006-37 - CADE (Documento SEI 0666477), a Conselheira Cristiane Alkmin divergiu do conselheiro relator do processo, entendendo que existiriam custos inerentes ao serviço de segregação e entrega diferentes daqueles de movimentação quando o importador optasse por armazenar no terminal de origem.

62. No bojo desse tópico, esta Gerência de Regulação Portuária avaliou diversos outros documentos, além das contribuições enviadas pelo sistema eletrônico de participação, por exemplo:

- a) Decreto nº 6.759/2009, especialmente do capítulo que trata do Trânsito Aduaneiro;
- b) Instrução Normativa da Receita Federal do Brasil nº 1702/2017 (<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=81483>);
- c) Tabelas de Preços publicamente divulgadas pelos terminais arrendados e privados;

- d) Acórdão Antaq nº 13/2010, visto no processo SEI 50300.00159/2002;
- e) Nota Técnica nº 92/2018/GRP/SRG (SEI 0510833); e
- f) Parecer Jurídico nº 00066/2018/NCA/PFANTAQ/PGF/AGU, visto no Processo 50300.002096/2015-29.

63. Como complemento ao texto posto em Audiência Pública, esta Gerência de Regulação Portuária elaborou extenso roteiro de perguntas, com vistas a encaminhar aos terminais portuários e recintos retroportuários identificados como “*benchmarking*” nacional.

64. Tal roteiro inclui os seguintes questionamentos:

1. Quais seriam os serviços adicionais que podem ultrapassar o escopo do *Box Rate*;
2. Distinção entre o fluxo logístico de cargas (importação e exportação);
3. Quais seriam os custos relacionados ao serviço de segregação e entrega de acordo com cada modalidade de regime aduaneiro adotada pelo importador para a sua carga;
4. O serviço de segregação de carga e entrega possui valores distintos para cada regime aduaneiro (DTA, DTA-pátio, DTE)? Como são realizados os fluxos operacional e documental em cada regime aduaneiro?
5. Diferenciação entre as atividades de movimentação portuárias;
6. Identificação das respectivas composições de custos e o valor agregado em cada etapa;
7. A associação ou não existente entre THC e THC-2;
8. A possibilidade de uso de poder de mercado na segregação de cargas e na entrega postergada de contêineres;
9. Identificação dos atores envolvidos (incluindo fornecedores e tomadores de serviços); os grupos afetados direta e indiretamente; e
10. A possibilidade do uso do THC-2 como ferramenta anticoncorrencial.

65. Os recintos retroportuários enviaram como resposta os documentos SEI 0645204 e 0623934. Os terminais portuários colocaram como resposta os documentos SEI 0634093, 0651297, 0657158 e 0657161.

66. Não satisfeita, a Gerência de Regulação Portuária interpelou diretamente os transportadores marítimos, por meio dos Ofícios GRP 0659109, 0659140, 0659166 e 0659207, porém, sem resposta tempestiva diante do prazo para conclusão deste Parecer.

67. Aos cinco principais transportadores marítimos operando no Brasil, foi questionado o seguinte:

1. Quais os serviços que via de regra estão incluídos na Cesta de Serviços (*Box Rate*) estabelecida junto aos terminais/operadores portuários no Brasil?
2. Quais são os serviços que via de regra estão incluídos no THC (*Terminal Handling Charge*) praticado no Brasil?
3. Há diferenças dessas práticas em relação ao regulamentado ou convencionado em outros países? Quais? e
4. Para esses conceitos, há uma prática majoritária no contexto do comércio internacional? Citar as normas, documentos ou estudos, se houver.

68. Com base nesses estudos e demais documentos, como justificado ao longo deste documento, este Parecer opta por não acatar as contribuições que tratam de querer modificar os conceitos de *Box Rate* e THC, sobretudo aquelas que visam excluir totalmente e definitivamente a possibilidade de cobrança pela segregação e entrega imediata de cargas, conforme ora justificado em seguida.

69. Entretanto, esta Gerência de Regulação Portuária reconheceu que o terminal portuário em zona primária tem posição dominante dentro desse mercado relevante, logo, potencialmente é, indiscutivelmente, capaz de utilizar o THC-2 como instrumento anticoncorrencial, posição dominante manifestada fundamentalmente nos casos de cargas em regime de trânsito aduaneiro para recintos retroportuários ou da mesma zona de alfandegamento.

70. Com essas convicções e parâmetros bem alicerçados, planejou-se a atuação e o caminho traçado por esta Gerência de Regulação Portuária foi por buscar uma solução regulatória ótima que enfrentasse não somente, e superficialmente, a discórdia sobre as definições de *Box Rate* e de THC, mas também convergisse para solucionar ou para afastar possíveis fatos geradores que sugerem ou facilitam a criação de qualquer cobrança potencialmente infundada, como, no absurdo, um THC-3 e um THC-4, sem perda de eficiência dos terminais portuários.

71. Destarte, cabe a análise de impacto regulatório nesse ponto específico sobre o THC-2.

3. ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO

3.1. Sumário Executivo

72. O problema regulatório identificado e ora enfrentado, diz respeito à grande controvérsia sobre as definições alegadamente incorretas de *Box Rate* e de THC, que sua vez permitiriam ou autorizariam a incidência supostamente ilegal de um THC-2, caracterizado como taxa de cobrança extraordinária pela segregação de cargas e pela entrega imediata de cargas pátio em regime de trânsito aduaneiro.

73. No cerne desse debate, de um lado figuram os terminais portuários e de outro os recintos alfandegados, sobre os quais recairia mormente a cobrança da THC-2 na ocasião da liberação da mercadoria para trânsito aduaneiro. A cobrança desse TCH-2 pelo terminal portuário, seria, na prática, uma “espremida” em um rival, uma pressão concorrencial desleal para redução de margens de lucro na cadeia produtiva à jusante.

74. Foram consideradas as alternativas de NÃO REGULAR (ou seja, aquela que se aproxima mais da situação atual, onde há relativa liberdade para as práticas de cobranças abusivas nos serviços não cobertos pelo THC) e a DE REGULAR, que se mostrou indispensável no contexto atual.

75. A proposta de revisão de normativa, de certa forma, contempla um *mix* ideal de intervenções “ex-ante” e “ex-post”.

76. Na ação sugerida, optou-se por manter os conceitos de *Box Rate* e de THC, incluindo, porém, dispositivos na minuta de proposta normativa de forma a impedir a cobrança abusiva do THC-2 e de outras cobranças associadas ou da mesma natureza, sobretudo em algumas situações concretas, como aquelas situações consideradas de posição dominante e potencialmente lesivas à concorrência.

77. Por qual motivo adotar tal opção de não alterar os conceitos? A resposta é simples: a severa modificação, extensão ou restrição dos atuais conceitos de *Box Rate* ou de THC traria a possibilidade real, imediata, de impactos desconhecidos no setor, negativos, inclusive do ponto de vista jurídico e contratual, de difícil mensuração e avaliação de efeitos, inclusive pelo lado do transportador marítimo, dado que os terminais têm, com esses, relações comerciais eminentemente privadas - evitamos, portanto, lidar com decisões limitadas racionalmente pela assimetria de informação, sem prejuízo da demais intervenções necessárias para sanar o problema identificado.

78. Dessa forma, como será detalhado adiante, a alternativa regulatória escolhida praticamente elimina a possibilidade de o terminal portuário abusar de forma desleal de sua vantagem competitiva, que é baseada no direito exploratório de uma “*essential facility*”, e inibe vigorosamente a prática de

preços abusivos, por meio da instituição de instrumentos eficazes e efetivos de controle regulatório *a posteriori*.

3.2. **Identificação do Problema**

79. O problema regulatório foi debatido inicialmente no item 2.2.2 deste Parecer.

80. O bem jurídico a ser tutelado é a liberdade de realizar transações econômicas em um ambiente de livre concorrência, ou seja, é a concorrência em si, não os concorrentes.

81. Fundamentalmente, estamos lidando com as seguintes falhas de mercado:

- I - Poder de mercado e a concorrência imperfeita;
- II - Externalidades negativas aos mercados presentes nessa indústria de rede;
- III - Existência de bens cuja titularidade da exploração é da União, caracterizadas como "*essential facilities*"; e
- IV - Possibilidade de "*Price Squeeze*".

82. De fato, o atual problema regulatório configura-se, numa perspectiva mais ampla, panorâmica, naquilo que a doutrina da Defesa da Concorrência considera como abuso de uma "*essential facilities*". Essa possibilidade de abuso decorre das características inerente aos terminais portuários molhados, na zona primária de importação ou exportação.

83. Pela literatura da economia antitruste, as condições para uma infraestrutura qualquer tornar-se uma "*essential facility*" são as seguintes:

- a) A infraestrutura é indispensável à concorrência (à montante ou à jusante);
- b) Não é economicamente eficiente duplicar a infraestrutura indispensável;
- c) O controle sobre a infraestrutura gera o potencial de eliminar a concorrência;
- d) A essencialidade é real, não é mera conveniência ou oportunidade menos dispendiosa; e
- e) Que a recusa de disponibilização da essencialidade não possua razão econômica ou jurídica justificável ou razoável.

84. Pela soma e combinação cumulativa dessas características, conclui-se o terminal molhado como, indiscutivelmente, uma "*essential facility*", cabendo a regulação de preços ou a intervenção por outros meios com a finalidade de impedir ou reduzir os efeitos dos abusos.

85. A doutrina das "*essential facilities*" tem origem em jurisprudência norte-americana do início do século passado (caso Railroad Terminal). 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".

86. A posição dominante do terminal portuário sob a carga (uma vez que o importador eventual não opta, *a priori*, por qual terminal o armador contratado para o transporte irá desembarcar a carga, escolhendo, na prática, somente o estado ou município de desembarque), além da: i) relativa capacidade ociosa que o setor portuário enfrentou no 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 escopo dos atuais terminais portuários; caracterizam, indubitavelmente, fatores que elevam significativamente a probabilidade das hipóteses relacionadas ao comportamento anticompetitivo serem verdadeiras neste mercado relevante.

87. Por efeito, entende-se a cobrança em análise como desencorajadora da introdução e da constituição de novos rivais à 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, mas sim pelas práticas desleais e abusivas.
88. Quanto ao “*Price Squeeze*”, ele corresponde à prática de preços discriminatórias por uma empresa verticalmente integrada, ou monopolista, para o fornecimento de insumos essenciais ou bens intermediários para não rivais integrados, colocando-os em uma posição de desvantagem competitiva.
89. Noutra variação de um “*Price Squeeze*”, não há discriminação de preços. O aumento no valor dos insumos que o monopolista impõe aos concorrentes também o impõe à parcela da empresa que atua no mercado à jusante. Porém, a empresa monopolista consegue praticar preços finais mais baixos por utilizar os lucros que auferir no mercado à montante para subsidiar a atividade no mercado à jusante. Há, portanto, ocorrência de subsídio cruzado. A evidência de discriminação de preços e de subsídios cruzados já indica, em boa medida, quais seriam as possíveis soluções ao problema.
90. O “*Price Squeeze*”, genericamente, ocorre quando a empresa integrada ou monopolista produz tanto o insumo quanto o produto acabado do mercado para o consumidor final, enquanto os não integrados, empresas que produzem unicamente o produto acabado, mas têm para contar com a entrega da empresa integrada como entrada de seu processo. Isto é, além de atuar no mercado à montante, tem de atuar também no mercado à jusante. Entretanto, a avaliação não deve se limitar ao conceito de empresa (como unidade autônoma de produção), mas deve abranger a avaliação da existência de grupos econômicos que permitam antever o interesse do monopolista no mercado à jusante, bem como das participações societárias cruzadas que permitam antever o interesse de tal empresa no mercado à jusante.
91. A “espremida” ocorre quando a empresa (ou grupo) integrada cobra dos não integrados altos preços para a entrega, mas vende o seu próprio produto acabado a um preço normal, permitindo assim às empresas não integradas apenas lucros mínimos ou forçando perdas sobre elas.
92. Esses aumentos devem ser de tal ordem (em termos de intensidade ou em termos de duração) que sejam aptos a implicar exclusão de rivais eficientes, no curto ou no longo prazo. Isto é, há a possibilidade de os atuais competidores, ainda que eficientes, deixarem o mercado ou de os potenciais interessados, que poderiam atuar eficientemente, serem impedidos de nele ingressar.
93. Do conceito ora enunciado pode-se afirmar o seguinte: a prática envolve abuso da posição dominante detida em um mercado à montante, com o objetivo de causar distorções na concorrência do mercado à jusante.
94. Assim, o pressuposto lógico para a materialidade dessa conduta anticompetitiva é que a empresa detentora do poder de mercado seja verticalmente integrada (ou tenha relações de interesse no mercado a jusante). Depois, por se tratar de “abuso de posição dominante”, é necessária a presença de dois elementos. Primeiro, é preciso que haja efetivamente uma posição dominante. Porém, a presença de “posição dominante”, por si só, não é condenável. Na doutrina antitruste norte-americana, o que se veda é que dela se abuse. Assim, em segundo lugar, é necessário que a conduta empregada possa ser caracterizada como um abuso (isto é, um uso injustificável daquela posição dominante).
95. Nos mercados onde há um substancial número de fornecedores alternativos independentes, rivais produtores à jusante raramente são prejudicados. Por outro lado, o controle por uma empresa dominante, situação combinada com limitações sobre a criação de novas formas de suprimento, tem o potencial de graves consequências anticoncorrenciais.
96. Esse tipo domínio em indústrias de rede é tido como prejudicial para o desenvolvimento de novos mercados, principalmente nos mercados recém liberados, como o setor portuário. Geralmente a solução dos reguladores é pela precificação a priori (um “*price-cap*” pelo custo ou pelo preço eficiente de firmas semelhantes) do uso dessa parte da rede que está sujeito à uma “espremida”, isto é, por posturas mais rígidas, embora a doutrina

também reconheça que somente a fixação de preços não soluciona a questão, dada a liberdade da firma continuar com outras práticas igualmente anticompetitivas.

97. Sobre ainda o “*Price Squeeze*”, assunto vasto e instigante, há na língua portuguesa um excelente trabalho divulgado em 2007, autoria de Andreia Cristina Bagatin, denominado “*Price Squeeze e os mercados recém-liberalizados*”, disponível em https://digitalis-dsp.uc.pt/bitstream/10316.2/24764/1/BoletimL_Artigo6.pdf?ln=pt-pt.

98. Do voto-vista do conselheiro do CADE à época, Ricardo Villas Bôas Cueva, no Processo Administrativo nº 08012.007443/1999-17 - CADE, vemos o seguinte:

“a coerção é evidente ao se verificar que os operadores portuários são, de fato, monopolistas de um insumo essencial ou de um bem infungível, que não pode ser trocado por qualquer outro, no momento em que recebem o contêiner, de cuja liberação dependem os recintos alfandegados para prestar o serviço de armazenagem. (...). Em cada uma das operações, portanto, os terminais portuários aproveitam-se de sua posição na cadeia logística de importação marítima de mercadorias para falsear um mercado cativo de liberação de contêineres, por meio da cobrança da THC2 imposta aos recintos alfandegados”.

99. Nesse mesmo sentido, em seu voto vogal ao Processo nº 08012.001518/2006-37 - CADE (Documento SEI 0666482), o conselheiro João Paulo Resende entendeu haver poder de mercado do operador frente aos recintos alfandegados, mesmo nos casos em que o mercado de operação portuária seja concorrencial.

100. Segundo o conselheiro do Cade, esse poder de mercado justifica-se porque a concorrência real dos operadores é frente aos armadores e “*na outra ponta, ocorre um efeito lock-in da relação entre importador e operador portuário, tendo em vista que (i) a relação comercial do importador é com o armador, (ii) o armador tem poder de mercado nessa relação, dada a concentração no mercado de transporte marítimo de cargas, (iii) o armador busca se esquivar de incluir na sua relação com o importador os custos para além do desembarque (prefere um contrato porto a porto em 90% dos casos) e (iv) os custos relativos a movimentações internas ao terminal representam menos de 1% do valor total dos custos incorridos pelo importador.*”

101. No âmbito desta Audiência Pública, nos documentos encaminhados pelos recintos retroportuários, foram também tornados públicos diversos comportamentos virtualmente anticompetitivos, com potencial de caracterizar os seguintes ilícitos concorrenciais, no âmbito da Lei nº 12.529/2011 e Lei nº 8.137/1990:

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

II - aumentar artificialmente os custos operacionais dos rivais;

III - elevar sem justa causa os preços ou por meio artificiosos, exercendo posição dominante sobre a carga com a finalidade 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 e mercadorias com o fim de inviabilização da concorrência; e

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

102. Tais condutas estão particularmente sugeridas no quadro que consta do documento SEI 0666492. Na construção desse quadro, a Gerência de Regulação Portuária acessou e sumarizou todas as rubricas de preços das instalações portuárias movimentadoras de contêineres, correspondentes ao caso em análise.

3.3. **Identificação dos atores ou grupos afetados pelo problema regulatório**

103. Os atores afetados são, no polo ativo, as instalações portuárias, envolvendo aquelas instaladas nos portos organizados e aquelas autorizadas. São terminais portuários, em área molhada, dentro da zona primária de alfandegamento. Ademais, são agentes regulados pela Antaq. Quando tratamos de terminais de contêineres, constituem em torno de 25 (vinte e cinco) grandes instalações em todo território nacional. Possuem a vantagem competitiva de receberem a carga diretamente do armador.

104. 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.

105. 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.

106. Aliás, a Resolução Normativa nº 18/2017 - Antaq já busca regular os direitos e deveres dos usuários, dos agentes intermediários e dos transportadores marítimos, ficando a cargo da presente norma regular a relação entre os agentes na fase de movimentação e armazenagem portuária. Dessa forma, a regulação em tela deve trazer coerência e coesão com as demais ações normativas da Agência.

107. 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 Antaq.

3.4. **Identificação da base legal**

108. Permeiam esta análise:

- a) A Lei nº 10.233/2001;
- b) O Decreto nº 4.122/2002;
- c) A Lei nº 12.815/2013;
- d) O Decreto nº 8.133/2013;
- e) A Lei nº 12.529/2011;
- f) A Lei nº 10.406/2002;

g) A Resolução Antaq nº 3.274/2014; e

h) O Decreto nº 6.759/2009.

109. A seguir, analisa-se o amparo legal dessa Agência Reguladora para agir sobre o problema identificado.

110. A Antaq tem, por força legal, competência para regular, supervisionar e fiscalizar as atividades de prestação de serviços de transporte aquaviário e de exploração da infraestrutura portuária e aquaviária.

111. A legitimidade da Antaq se justifica com base no art. 23, II e III, art. 27, II, IV e VII, XIV, Lei nº 10.233/2001; art. 27, Lei nº 12.815/2013.

112. A ANTAQ é a Agência Reguladora do setor portuário, de jurisdição nacional, de acordo a Lei nº 10.233/2001, detendo as devidas atribuições legais para regular. É autarquia federal em regime especial, conforme indica o Art. 21:

Art. 21. Ficam instituídas a Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT e a Agência Nacional de Transportes Aquaviários - ANTAQ, entidades integrantes da administração federal indireta, submetidas ao regime autárquico especial e vinculadas, respectivamente, ao Ministério dos Transportes e à Secretaria de Portos da Presidência da República, nos termos desta Lei.

113. A mesma Lei nº 10.233/2001, nos Art. 23 e Art. 27, enumera ainda as competências da ANTAQ, *in verbis*:

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;

(...)

VII - promover as revisões e os reajustes das tarifas portuárias, assegurada a comunicação prévia, com antecedência mínima de 15 (quinze) dias úteis, ao poder concedente e ao Ministério da Fazenda; ([Redação dada pela Lei nº 12.815, de 2013](#)).

(...)

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

114. O artigo 27 da Lei nº 12.815/2013, a chamada Nova Lei dos Portos, dispõe ainda que a operação portuária estará sujeita às normas estabelecidas pela Antaq:

Art. 27. As atividades do operador portuário estão sujeitas às normas estabelecidas pela Antaq.

115. O Art. 4º do Decreto nº 4.122/2002 é igualmente esclarecedor em termos das competências normativas da Antaq, **especialmente quanto à regulação econômica do setor portuário.**

116. Com essas vastas competências, a Antaq está habilitada a criar e a emitir Resoluções Normativas, Despachos, Acórdãos, Termos de Autorizações, 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 decorrem da Lei e do poder-dever na tutela do setor.

117. Soma-se a esse amparo legal a determinação do TCU (vide Acórdão nº 1704/2018, 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 2.389/2012, 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.

3.5. **Definição dos objetivos que se pretende alcançar**

118. O principal objetivo é mitigar os riscos do ilícito concorrencial, aumentando a possibilidade dos agentes econômicos realizarem mais transações pelo preço justo e eficiente.

119. Outros objetivos são:

- a) Garantir a movimentação de pessoas e bens, em cumprimento a padrões de eficiência, segurança, conforto, regularidade, pontualidade e modicidade nos fretes e tarifas;
- b) Harmonizar os interesses dos usuários com os das empresas concessionárias, permissionárias, autorizadas e arrendatárias, e de entidades delegadas, preservando o interesse público; e
- c) Impedir situações que configurem competição imperfeita ou infração contra a ordem econômica.

120. Não é objetivo eliminar o poder econômico dos agentes, mas sim focar em coibir os efeitos do abuso desse poder, na medida necessária, quando necessário. Novas formas de organização ou de realizar negócios, isto é, a inovação e a economia de escala e de escopo geradoras de eficiências e eliminadoras do mercado, de forma saudável, dos mais ineficientes, não são alvos desta regulação.

121. Nesse sentido, a repressão ao abuso do poder econômico pode ser entendida também como proibição de exagero do direito de livre iniciativa - restando-nos o problema de delimitar o que é uso do poder econômico do seu abuso.

122. De qualquer forma, é sempre um desafio ao regulador manter o arcabouço regulatório “*up-to-date*” com a dinâmica do mercado, principalmente no setor portuário, cujo crescimento e expansão tem sido consistente nos últimos 05 (cinco) anos. Logo, reduzir a defasagem entre as práticas comerciais que surgiram desde a edição da versão vigente da norma e, em certa medida, estar um passo à frente do mercado, também são grandes objetivos.

3.6. **Descrição das possíveis alternativas de ação**

3.6.1. **Da Opção de Não Regular**

123. Dentre as alternativas mais importantes, há aquela de não regular. Essa deve ser sempre uma opção a ser considerada pelo regulador, pois, decidir pela criação de marcos ou limitações à livre decisão das firmas implica avaliações de cenários cuja simulação é, muitas vezes, inviabilizada pela falta de informações ou pela indeterminação do comportamento do mercado e dos agentes, principalmente quando há uma cadeia logística e quando o setor teve origem anterior ao surgimento do órgão regulador. Externalidades dentro de um mercado regulado são de difícil regulação, pois, o ponto ótimo, o de equilíbrio ou balanceamento entre custos e benefícios sociais ou privados, é, muitas vezes, desconhecido.

124. Contudo, em que pese a possibilidade da não regulação, e do ônus regulatório de intervir, regular se mostra a mais sensata e prudente alternativa, pois encaminha para solucionar vários pontos sensíveis desta Agência, inclusive atendendo às rígidas determinações do Órgão de controle federal. A presença de “*essential facilities*” impossibilita a continuidade de uma liberação total por parte do Órgão regulador.

125. Assim, a opção de não regular as cobranças em tela, ou de manter o texto atual da Norma, não se revela uma alternativa regulatória satisfatória, uma vez que, como exposto acima, existe o amplo reconhecimento do problema regulatório, somadas as posições exaradas pelo CADE e TCU.

126. Além disso, entende-se pela impossibilidade de se esperar uma resposta compreensiva dos agentes regulados (como eles mesmos já demonstraram em diversas situações, inclusive pela via documental) nem uma autoregulação por meio de suas associações, pois são comportamentos atípicos nos mercados de infraestrutura pública para os quais o Governo Federal vislumbrou ser imprescindível criar um aparato administrativo na forma de uma Agência Reguladora. Presumir ou aguardar um voluntarismo dessa natureza seria negar a própria indispensabilidade da Agência. Cedo ou tarde, deve-se enfim intervir, de forma extroversa.

127. Consequentemente, o grau da intensidade da regulação, face às expectativas a serem alcançadas no universo microeconômico, é, na prática, a maior alternativa a ser avaliada.

3.6.2. Das Opções e Alternativas de Regular

128. De pronto, é preciso ressaltar que a prática do serviço de segregação e entrega - SSE não é abusiva *per se*. Tal figura não existe no mundo jurídico brasileiro, pois, em nossa Carta Magna, foi vitoriosa a “regra da razão”, também chamada de princípio da razoabilidade e da proporcionalidade. Ou seja, do ponto de vista sancionatório, no campo administrativo, somente cabe a punição quando guardar coerência às situações e às circunstâncias concretas, atendendo-se, portanto, aos atributos ligados à prudência e sensatez. Deve haver uma relação lógica quanto ao princípio da finalidade, atingindo somente aquilo o se quer impedir, sem extrapolações do poder público. Dos precedentes da autoridade brasileira da concorrência, o CADE, entende-se que o único ilícito concorrencial *per se* é tão somente o cartel explícito, aquele formal.

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

130. Nesse sentido, em seu voto-vista, no âmbito do Processo nº 08012.001518/2006-37 - CADE (Documento SEI 0666477), a Conselheira Cristiane Alkmin entendeu que existe sim diferença de custos logísticos para a entrega imediata e que, se o operador portuário decidisse incluir o valor do SSE na *Box Rate*, haveria subsídio cruzado dos importadores que optam por armazéns dentro do operador portuário para os que optam por armazenar fora do operador portuário e, como consequência, o custo total da *Box Rate* tenderia a aumentar dinamicamente. Por esse ponto de vista, uma regulação desarrazoada poderia aumentar as ineficiências do setor.

131. Ademais, no que pertine ao entendimento estruturalista, - à luz da Escola de Harvard, cujo pensamento aponta como problema em si o fato de grandes agentes econômicos operarem em estruturas de mercado concentradas (vide a teoria da "estrutura - conduta - desempenho", isto é, o "modelo E-C-D"), o que permitiria que os detentores de poder de mercado operassem de forma anticoncorrencial -, a legislação brasileira também é flexível, como se depreende do art. 36 da Lei nº 12.529/2011, pois consente que o CADE autorize a prática de atos que possam limitar ou prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, desde que, entre outros, tenham por objetivo, cumulada ou alternativamente: a) aumentar a produtividade; b) melhorar a qualidade de bens ou serviço; ou c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico.

132. Desse modo, no Direito Brasileiro, o controle estrutural também é permeado pela análise da eficiência em nível mais amplo, devendo-se cuidar com a transposição não contextualizada do que defendem as respectivas teorias econômicas contrárias ao lucro empresarial. Resumidamente, certas condutas podem ser justificadas pelo Regulador quando há ganhos de eficiência setorial.

133. Neste ponto, chamamos ainda a atenção para o denominado "Paradoxo de Bork", de Robert Bork, da Escola de Chicago, no sentido de que a consideração da concorrência como um valor em si mesmo implica, necessariamente, em prejuízo ao consumidor, pois impediria a formação de economias de escala que, ao reduzirem custos, permitiriam a redução de preços, sendo, portanto, eficientes. Em prol da máxima eficiência, os teóricos da Escola de Chicago admitem inclusive que a livre concorrência caminhe para a concentração do poder econômico e a formação de estruturas monopolísticas, desde que com isso se alcance a níveis de economia de escala e, portanto, o acréscimo da capacidade produtiva com a redução dos custos para a economia como um todo.

134. Essa tese neoclássica, de Chicago, a ser considerada pela Agência, se baseia na idéia de que a maximização da eficiência teria como principal beneficiado o próprio público consumidor, na medida em que a redução dos custos da produção seria transmitida pelo capitalista para o preço final dos produtos, aumentando o poder de consumo e o bem-estar do próprio consumidor final. Ainda que seja questionável a crença de que em uma economia de escala, de máxima eficiência, o monopolista queira 'dividir' seus lucros com o consumidor, baixando os preços na mesma proporção do ganho de eficiência ocorrido, não podendo haver, portanto, um reducionismo da defesa do bem-estar do consumidor, notem que este tipo de questão paradoxal não pode ser levada ao Poder Judiciário sem a sustentação da posição da Agência, sob enormes riscos de serem tomadas decisões desconsiderando todos os elementos e respectivos pesos que cercam a problemática. Aliás, a equidade na distribuição da riqueza e da renda entre os grupos econômicos presentes no setor é matéria espinhosa para as autoridades regulatórias e judiciais, não cabendo, conseqüentemente, preocupação exclusiva e excessiva com essa matéria.

135. Complementarmente, duas principais teorias que podem ser citadas, que compõem uma visão pós-Chicago são: a teoria dos mercados contestáveis (*contestable markets*), a teoria dos jogos e a teoria dos custos de transação (*transaction costs*). Não cabe, contudo, nos estreitos limites do presente trabalho, desenvolvermos tais teorias, sendo importante ressaltar que em nosso setor portuário, particularmente na movimentação de contêineres, temos um mercado contestável em certo grau, ainda que existam algumas barreiras de entrada. Aliás, está cada vez mais contestável, principalmente a partir da entrada crescente de Terminais de Uso Privado - tal situação é percebida com a gradual redução da receita total de algumas Autoridades Portuárias nos portos organizados.

136. Na defesa de uma visão pós-Chicago, a regulação setorial no setor portuário deve partir das seguintes premissas:

- Uma crença positiva no papel das firmas e dos mecanismos de mercado, do auto-ajustamento pelas forças concorrenciais e pela liberdade de escolha dos agentes, que são racionais por excelência, buscando sempre maximizar o seu próprio interesse, sejam eles fornecedores ou compradores;
- A amplitude de variáveis, tais como o rápido avanço tecnológico e a irremediável assimetria de informação, nos sugerindo que mudanças marginais nas instituições e nas normas são mais efetivas que amplas restrições à liberdade econômica;

- As assimetrias de renda e de escala de produção são próprias da dinâmica capitalista, indutoras do desenvolvimento e da inovação, pois ampliam as forças produtivas em ritmo mais acelerado, fazendo com que o caráter progressista seja um elemento positivo no regime de produção liberal - são, na verdade, externalidades positivas, raiz do crescimento econômico e de uma trajetória de equilíbrio;
- Um dos papéis centrais da Autoridade Regulatória, no contexto macroeconômico, é o do estímulo à inovação e ao progresso técnico, impedindo o atraso tecnológico e o baixo nível de investimentos; e
- O valor a ser preservado no regime capitalista é o da competitividade, e não o da liberdade ilimitada dos agentes econômicos, que se revela potencialmente lesiva ao próprio sistema. Nesse sentido, há de se reprimir não a formação de monopólios, mas sim o abuso do poder econômico desses, a busca arbitrária por lucros e a apropriação desleal de vantagens competitivas alheias.

137. Contudo, essa ideia de democracia econômica, que prega a difusão da liberdade comercial a todos os componentes da sociedade, para que todos possam formular suas escolhas, não significa, porém, uma imunidade total a qualquer regulação, pois a função social da propriedade e a justiça social, valores consagrados pela Constituição, impedem o exercício irrestrito de qualquer liberdade de conteúdo econômico.

138. Por essa via, o poder normativo das Agências apresenta-se como uma ferramenta transformadora das economias, de vanguarda, com o objetivo de instrumentalizar a realização das políticas econômicas adotadas pela Constituição.

139. Dessa forma, parece-nos que a opção de aqui regular é a mais adequada, sem, no entanto, impedir totalmente a cobrança do Serviço de Segregação e Entrega - SSE ou redefinir os termos ora presentes no texto vigente, bastando um olhar sobre a finalidade maior a ser alcançada, que é, ao nosso ver, mitigar os riscos do ilícito concorrencial, aumentando com isso a possibilidade dos agentes econômicos realizarem transações pelo preço justo e eficiente, na quantidade maior possível.

140. Para os casos em que a cobrança da SSE é justificável, caberia o papel regulatório da Antaq de monitorar e fiscalizar. Em compensação, nos casos em que há incentivo para discriminação de preços e na ausência de rivalidade suficiente para discipliná-los, uma possível solução para o problema é uma regulação que aproxima os preços cobrados dos efetivos custos totais médios, técnica somada a vedação de certas práticas em particular.

141. Portanto, com relação à definição estrita de cesta de serviços (*box rate*), julga-se, conclusivamente, que a melhor opção é não alterar a sua regulação, pois acredita-se que, na relação comercial e na negociação do *box rate* entre o transportador marítimo e o terminal portuário, há suficiente poder de barganha de ambos os lados, propícias a uma auto regulação pelo mercado, cenário esse que não se observa na relação entre terminal portuário e importador ou exportador.

3.6.2.1. Do preço-teto para a entrega expressa ou prioritária

142. Na presença de “*essential facilities*”, a exemplo do setor elétrico (compartilhamento de linhas de transmissão de alta tensão) e do setor de telecomunicações (interconexões para chamadas telefônicas de longa distância), via de regra, o regulador vê duas alternativas: impor um preço-teto ou uma receita garantida mínima. São as soluções menos onerosas ao regulador e que promove a maior eficiência, harmonizando e conferindo maior previsibilidade aos agentes, permitindo inclusive segurança na formação e no cálculo do preço final ao consumidor.

143. Mas, por qual preço-teto? A Tarifa pelo Custo Marginal, a chamada “*first best solution*”, é amplamente citada na doutrina. Ela procura transferir ao consumidor os custos incrementais necessários ao sistema para o seu atendimento. Seria o caso aqui.

144. Entretanto, a Tarifação pelo Custo Marginal implica quantificar exatamente o comportamento da demanda, permitindo, assim, a identificação dos custos marginais de fornecimento. A partir dos dados e características que compõem a demanda, tornar-se-ia possível modelar as curvas típicas dos consumidores, caracterizar os usos e hábitos de consumo e prever a evolução do comportamento da demanda total de acordo com as categorias de consumidores.

145. Porém, além de desconhecermos as características da demanda específica de longo prazo em todos as instalações portuárias nacionais, a grande dificuldade de aplicação do princípio do custo marginal na tarifação dos setores de infraestrutura deve-se ao fato de que esses serviços envolvem vultosos investimentos em capital fixo e, em geral, apresentam economias crescentes de escala e economias de escopo (isto é, custos marginais decrescentes e não lineares, reduzindo e distorcendo em muito a curva do custo marginal). Isso significa que a tarifação pura e simples pelos custos marginais gera o risco de não se remunerar nem mesmo a parcela de capital variável utilizada para o atendimento ao consumidor.

146. A solução de “*second-best*” para a distribuição dos custos variáveis e fixos é a adoção do Custo Total Médio, melhor opção regulatória diante do cenário posto.

147. Com o objetivo de recolher dados que auxiliassem no cálculo preciso do custo total médio e do respectivo preço médio (ou seja, o custo somado um BDI - Benefícios e Despesas Indiretas), a Gerência de Regulação Portuária empreendeu diversos significativos esforços, sendo apoiada pela Empresa de Planejamento Logístico - EPL que, por sua vez, nos apresentou como referência de eficiência portuária os dados que constam dos Estudos de Viabilidade Técnica, Econômica e Ambiental - EVTE da área portuária localizada na poligonal do porto de organizado de Suape/PE, denominada área SUA05. Além disso, a base de dados do SicPORT, da Antaq, também foi utilizada.

148. De partida, foram considerados dois cenários na composição de custos totais médios:

- Cenário 01: usando uma Reach Stacker; e
- Cenário 02: usando uma Rubber Tyred Gantry Crane - RTG.

149. Os “*gates*” e as demais infraestruturas associadas foram consideradas como parte dos custos indiretos ou despesas administrativas.

150. Em seguida foram extraídos os seguintes elementos dos estudos da EPL:

- Preços médios de equipamentos de movimentação portuária já instalados e disponibilizados no pátio da instalação portuária;
- Salários médios de operadores de máquinas; e
- Percentuais presumidos de lucro, custos indiretos, despesas administrativas e impostos sobre o faturamento, todos somados possibilitando o cálculo de uma taxa de BDI.

151. Dos catálogos dos equipamentos similares foram levantadas as seguintes especificações:

- Consumos e desgastes (combustível, lubrificantes, peças e de pneus), em horas;
- Intervalos de manutenção e tempo médio de operação por ano, em horas;

- Produtividade média (operações por hora) das máquinas, sendo esse número relativizado em função das situações práticas enfrentadas no chão de fábrica, como, por exemplo, a depender da condição, para alcançar e retirar 01 contêiner em especial é necessário movimentar outros tantos, sobretudo se não existirem “*slot*” disponíveis nas pilhas laterais ou se o contêiner alvo estiver localizado em um “*bay*” intermediário. Vide exemplo na figura a seguir: para retirar o mais baixo “contêiner azul” desse conjunto, aquele posto diretamente no solo, será preciso movimentar outros nove, pelo menos. Por outro lado, consideramos que uma RTG tem o dobro de produtividade de uma Reach Stacker, pois é mais flexível, principalmente para alcançar contêineres em pilhas intermediárias, como nas figuras seguintes.





152. No mercado, em uma rápida pesquisa, foram pesquisados os preços típicos de pneus, do óleo diesel e lubrificantes, do vale transporte e do vale alimentação. Esses são custos de peso relativo menor.

153. Foram considerados ainda:

- Uma depreciação anual de 10% no custo de aquisição do equipamento, como determina a classificação de NCM da Receita Federal, considerando, porém, que existirá um valor residual para venda ao mercado ao final do período de depreciação, corresponde a pelo menos 50% no caso da Reach Stacker e pelo menos 5% no caso da RTG (a Reach Stacker, sendo um equipamento de grande mobilidade, é mais facilmente comercializada e reaproveitada em outras situações fora de um porto, estando frequentemente presente em leilões especializados em máquinas usadas - não é o caso da RTG);
- 01 operador por turno para a RTG, no total de 03 turnos de 06 horas cada, mais um operador de sobreaviso, totalizando 04 operadores trabalhando 22 dias por mês, no total de 396 horas/máquina por mês;
- 01 operador por turno para a Reach Stacker, no total de 02 turnos de 06 horas cada, mais um operador de sobreaviso, totalizando 03 operadores trabalhando 22 dias por mês, no total de 264 horas/máquina por mês;
- Um custo de capital de até 2,00% por mês, ou seja, a taxa de um empréstimo bancário para a compra da máquina ou o custo de oportunidade de manter o mesmo capital próprio depositado em aplicações bancárias de risco/remuneração equivalente; e

- Uma apólice de seguro de 2,00% por mês do preço do equipamento para o cenário da Reach Stacker, e uma apólice de seguro de 3,00% por mês do preço do equipamento para o cenário da RTG, pois acidentes com a RTG têm o potencial de serem significativamente mais danosos ou graves.

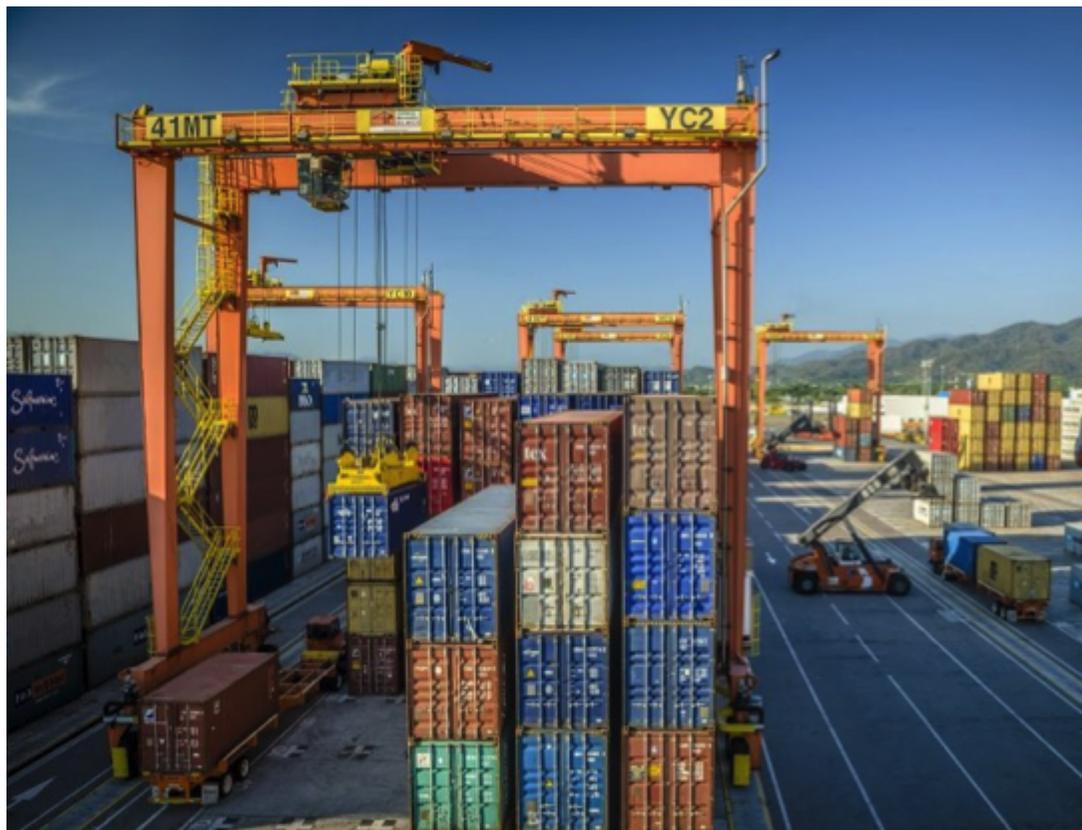
154. A partir desses elementos de custos totais médios, mensalizados, determinamos o preço total médio mensal de cada cenário, além do preço horário e do preço de cada operação em individual, a saber:

Tabela 2: Custos e preços totais médios associados à entrega imediata de contêineres em regime de trânsito aduaneiro

Cenário	Preço Total por Mês [R\$]	Preço por Hora [R\$]	Produtividade Média (Qte. de operações por hora)	Preço por Operação [R\$]
01 Reach stacker	147.426,35	558,43	5	111,69
02 RTG Kalmar	1.488.331,31	3.758,41	10	375,84

Data base: Dez/2018

155. A composição de custos de referência para a movimentação relativa à entrega imediata de cargas containerizadas em instalações portuárias é, provavelmente, um mix desses dois cenários, pois, como sabemos, os terminais nacionais se utilizam de ambos os equipamentos, simultaneamente, exatamente como na figura a seguir.



156. Logo, admitindo uma utilização simultânea e equilibrada entre os equipamentos, o preço médio é:

$$\text{Preço Total Médio} = (R\$ 111,69 + R\$ 375,84) / 2 = R\$ 243,76 \quad (\text{base dez/2018})$$

157. Sendo esse o valor máximo a ser adotado como o eficiente para a cobrança de entrega imediata de cargas containerizadas em regime de trânsito aduaneiro.

158. As planilhas demonstrativas desses cálculos estão presentes no documento SEI 0666490.

3.7. **Da escolha da alternativa**

159. Debatidas as alternativas, considerando como inevitável a regulação, as atenções se voltam para a solução menos onerosa e que atinja o máximo de benefícios setoriais. A solução menos onerosa inclusive do ponto de vista da Agência, isto é, do custo de observância dos agentes, da supervisão e da repressão.

160. Era um pré-requisito a mudança do “*status-quo*”, sem, contudo, desconsiderar a dinâmica do mercado, isto é, o movimento dele nos últimos anos e a tendência para os próximos 20 (vinte) anos. A análise estática, tradicional, aquela do mundo do Direito Civil, não trouxe até a solução mais eficiente de longo prazo, e impele a Agência a uma revisão constante de suas normas, sem um olhar mais focado para o investimento privado de maior horizonte na

expansão da infraestrutura econômica e no crescimento do Produto Interno Bruto. É certo: o grande investidor em infraestrutura econômica necessita de segurança jurídica e de estabilidade das normas.

161. Após amplos debates dentro da equipe da Gerência de Regulação Portuária, incluindo as diversas oportunidades para manifestação do contraditório pelos agentes alcançados, o conceito proposto contempla um mix de intervenções “*ex-ante*” e “*ex-post*”, como segue:

- I - Não considerar como abusiva per se a cobrança de THC-2, tendo em vista a regra da razão presente na doutrina da Defesa da Concorrência;
- II - Manter os conceitos de *Box Rate* e THC como já regulado;
- III - Impedir a cobrança do THC-2 e de outras cobranças associadas ou da mesma natureza em algumas situações concretas, como aquelas situações consideradas de posição dominante potencialmente lesivas à concorrência;
- IV - Criar marcos temporais e um período de franquia de cargas pátio destinadas ao regime de trânsito aduaneiro, sendo que nesse período não poderá haver a cobrança pelo THC-2, nem pela armazenagem nesse período;
- V - Definir claramente quais são as hipóteses de práticas abusivas e anticompetitivas, facilitando a fiscalização da Antaq e o enquadramento nos processos sancionatórios, hipóteses alinhados às leis relacionadas;
- VI - Obrigar a publicação de tabelas de preços máximos, com os devidos descritivos das rubricas, obrigação essa já existente para os terminais arrendados, agora estendida para os terminais autorizados - favorecendo, portanto, a escolha do consumidor final pelo terminal menos oneroso, e favorecendo igualmente a previsibilidade das cobranças;
- VII - Regrar de forma mais detalhada o mecanismo de entrega de cargas em regime de trânsito aduaneiro, uniformizando a organização via o agendamento eletrônico prévio, regularizando a velocidade dessas entregas;
- VIII - Permitir que o terminal portuário cobre:
 - a) Por alguns serviços acessórios e complementares requisitados pela carga ou pelas autoridades públicas; e
 - b) Pela entrega expressa dos cargas em regime de trânsito aduaneiro, encurtando o prazo normal dos agendamentos eletrônicos, ou que se cobre pela entrega de uma carga em especial, situações que exigem a mobilização de aparatos adicionais e maiores movimentos, inclusive de máquinas trabalhando em maior velocidade, trabalhadores portuários adicionais e equipes de supervisão - porém, estabelecendo e fixando o preço-teto para tal cobrança, por meio de Resolução específica da Agência, complementando a presente norma em debate, limitando o poder de mercado do terminal portuário. Esse preço-teto poderá ser reajustado anualmente, com periodicidade mínima de 12 (doze) meses, tarefa a ser executada pela Superintendência de Regulação, a exemplo das tarifas das administrações portuárias. Adicionalmente, os custos totais médios referenciais associados à movimentação para entrega imediata de contêineres devem ser divulgados pela Antaq, atendendo ao Acórdão TCU nº 1704/2018.

3.7.1. Das alterações propostas para o texto normativo

162. No quadro a seguir esclarecemos os principais pontos a serem alterados no texto do normativo. Dentro desse quadro, na cor preta, temos o texto vigente; em vermelho, as alterações propostas pela Resolução Antaq nº 6124/2018, e em lilás as alterações propostas por este Parecer.

Complementam as justificativas da tabela a seguir o quadro de análise das contribuições que consta no Anexo SEI 0666489. As justificativas para as alterações promovidas pela Resolução Antaq nº 6124/2018 estão melhor transcritas no documento SEI 0497004, não cabendo trazê-las aqui novamente.

Tabela 3: Quadro resumo de justificativas para as alterações propostas o texto normativo

Novo Texto	Justificativa resumida
<p>Art. 2º Inserir os incisos XLII e XLIII no art. 32 do Anexo da Resolução 3.274-ANTAQ, de 06 de fevereiro de 2014, com a seguinte redação:</p> <p>"XLII - cobrar, exigir ou receber valores dos usuários que não deram causa à armazenagem adicional e a outros serviços prestados às cargas não embarcadas em navio e/ou prazo previamente programados na exportação: multa de até R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais);</p> <p>XLIII - não disponibilizar agendamento eletrônico para retirada de cargas em regime de trânsito aduaneiro, de forma contínua, regular, pontual e em quantidade suficiente ao cumprimento de franquias previamente estabelecidas: multa de até R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais)."</p> <p>Art. 3º Inserir os incisos XVI e XVII no art. 36 do Anexo da Resolução 3.274-ANTAQ, de 06 de fevereiro de 2014, com a seguinte redação:</p> <p>XVI - não divulgar em seu sítio eletrônico e em local visível nos acessos da instalação portuária 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: multa de até R\$ 10.000,00 (dez mil reais); e</p> <p>XVII - não informar à ANTAQ tabela com a inclusão, mudança ou exclusão de novos serviços ou a revisão e reajuste de preços e tarifas de serviços, quando ocorrer, com até 30 dias de antecedência: multa de até R\$ 10.000,00 (dez mil reais)."</p>	<p>Trata-se de prover ferramental robusto para a área de fiscalização da Antaq. A presente proposta de revisão da norma está incluindo diversas obrigações aos agentes regulados, logo, é necessário dispor sobre a respectiva previsão infracional para garantirmos o cumprimento desses novos deveres.</p> <p>Em termos de proporção de valores das multas, está mantida a lógica atual.</p>

<p>Art. 2º Para os efeitos desta Norma, considera-se:</p> <p>II - Clientes ou Usuários: importadores, exportadores, consignatários, recintos alfandegários, empresas de navegação transportador marítimo ou seus representantes;</p>	<p>Atualização da terminologia, frente à Resolução Normativa Antaq nº 18.</p>
<p>III - Cesta de Serviços (<i>Box Rate</i>): preço cobrado pelo serviço de movimentação das cargas entre o portão do terminal portuário e o porão da embarcação, incluída a guarda transitória das cargas pelo prazo contratado entre o transportador marítimo a empresa de navegação, ou seu representante, e a instalação portuária ou o operador portuário, no caso da exportação; ou entre o porão da embarcação e sua colocação na pilha do terminal portuário, no caso da importação;</p>	<p>Idem, bem como pequenos ajustes gramaticais.</p>
<p>IV - Entrega imediata expressa ou prioritária: serviço do operador portuário ou da instalação portuária, mediante requisição do importador, ou do seu representante, para que seja:</p> <p>a) entregue um contêiner em particular dentro da pilha ou fora da ordem dela; ou</p> <p>b) antecipada a janela operacional disponibilizada para agendamento da entrega imediata das cargas em regime de trânsito aduaneiro, implicando entrega em até 50% (cinquenta por cento) em relação ao prazo máximo estabelecido pela autoridade aduaneira após a chegada da unidade de carga no pátio;</p>	<p>Introdução dessa definição, que faz parte da solução regulatória escolhida. A entrega imediata em regime de trânsito aduaneiro já é situação fática, a proposta em tela possibilita a cobrança por essa atividade nos casos especificados em a) e b), casos esses onde a instalação portuária transfere, por meio de um esforço complementar, sua eficiência operacional para o rival, logo, agregando valor na cadeia à jusante.</p>
<p>V - Franquia de Carga Pátio: decisão por livrar a cobrança de um dado serviço ou fornecimento para as cargas, concedendo ou permitindo o uso não oneroso da infraestrutura, sem cobrança de qualquer taxa ou preço, por um dado período previamente estipulado e divulgado;</p>	<p>Franquias são também situações fáticas dentro das instalações portuárias, e até o momento estão à margem de um texto normativo de caráter geral. O texto está alinhado também com a proposta normativa ligada à padronização tarifárias das autoridades portuárias.</p>
<p>IX - Regime de Trânsito Aduaneiro: é o que permite o transporte de mercadoria, sob controle aduaneiro, de um</p>	<p>Mera transcrição do Art. 315 do Decreto nº 6759/2009.</p>

<p>ponto a outro do território aduaneiro, com suspensão do pagamento de tributos, subsistindo do local de origem ao local de destino;</p>	
<p>X - Taxa de Movimentação no Terminal (<i>Terminal Handling Charge - THC</i>): ressarcimento do preço cobrado pelos serviços de movimentação de cargas entre o portão do terminal portuário e o costado da embarcação, incluída a guarda transitória das cargas pelo prazo contratado entre a empresa de navegação o transportador marítimo, ou seu representante, e instalação portuária ou operador portuário, no caso da exportação, ou entre o costado da embarcação e sua colocação na pilha do terminal portuário no caso da importação; e</p>	<p>Atualização da terminologia, frente à Resolução Normativa Antaq nº 18.</p>
<p>XI - Transportador Marítimo Empresa de Navegação: prestador de serviço de transporte cujo objeto social é o transporte de bens e pessoas por via aquaviária: todo aquele que realiza transporte de bens ou pessoas na cabotagem ou no longo curso, em embarcações próprias ou alheias, emitindo conhecimento de carga ou Bill of Lading - BL.</p>	<p>A alteração da descrição trata de atualizar o texto com a definição presente na Resolução Normativa Antaq nº 18.</p>
<p>Art. 3º A Taxa de Movimentação no Terminal (<i>Terminal Handling Charge - THC</i>) poderá ser cobrada pela empresa de navegação pelo transportador marítimo, diretamente do exportador, importador ou consignatário, conforme o caso, a título de ressarcimento das despesas discriminadas no inciso VII X do art. 2º, assumidas com a movimentação das cargas e pagas à instalação portuária ou, ainda ao operador portuário.</p>	<p>Atualização da terminologia, frente à Resolução Normativa Antaq nº 18, bem como atualização numérica do inciso VII para X.</p>
<p>Art. 4º Os serviços contemplados na Cesta de Serviços (<i>Box Rate</i>) são realizados pela instalação portuária ou, ainda pelo operador portuário, na condição de contratado da empresa de navegação do transportador marítimo, mediante remuneração livremente negociada, estabelecida em contrato de prestação de serviço ou divulgada em tabela de preços e de tarifas de serviços.</p>	<p>Atualização da terminologia, frente à Resolução Normativa Antaq nº 18, bem como a adição do termo “tarifa de serviços”, também em linha com a Resolução Normativa Antaq nº 07. Adicionou-se ao final que estão vedadas as práticas de preços e de tarifas abusivas ou lesivas à concorrência, em linha com a proposta aqui defendida por melhor coibir essas práticas.</p>

Art. 5º Os serviços não contemplados no *Box Rate* e os serviços de armazenagem, quando demandados ou requisitados pelos clientes ou usuários do terminal sob a responsabilidade dea instalação portuária ou, ainda dos operadores portuários, obedecerão às condições de prestação e remuneração livremente negociadas com a instalação portuária ou o operador portuário, devendo os valores máximos serem previamente ou divulgados em tabelas de preços e de tarifas de serviços, observadas as condições comerciais estipuladas no contrato de arrendamento e nas normas da Antaq, vedadas as práticas de preços e de tarifas abusivas ou lesivas à concorrência.

§1º - A autoridade portuária Antaq, em caso de conflito, poderá arbitrar o preço dos serviços que não estiverem contemplados em tabela, nem previstos em normas e contratos.

§2º - A tabela de preços e de tarifas de serviços disporá, necessariamente, sobre os valores máximos dos serviços não contemplados pelo *Box Rate* entre o porão da embarcação e o portão do terminal ou vice-versa, nas seguintes condições:

I - as instalações portuárias divulgarão em seu sítio eletrônico e em local visível nos acessos do terminal, com antecedência mínima de 30 (trinta) dias antes do início da vigência, os valores máximos de Preços e Tarifas de Serviço, bem como a descrição detalhada dos serviços passíveis de serem cobrados dos usuários, incluindo as normas de aplicação, franquias e isenções, se houver;

II - as Tabelas de Preços e Tarifas de Serviço atualizadas serão encaminhadas para a Antaq, com antecedência mínima de 30 (trinta) dias da mudança de valores, da mudança dos descritivos dos serviços ou da inclusão, junção ou exclusão de serviços, quando ocorrer, para avaliação; e

III - a Antaq emitirá instruções específicas para a recepção centralizada e por meio de formulário eletrônico das

O texto proposto ampliou o escopo do artigo, incluindo os serviços de armazenagem, uma previsão óbvia e até tácita, porém, indevidamente esquecida pelo texto original, já que a presente norma trata da movimentação e armazenagem. Por outro lado, a ampliação do escopo não cria ônus adicional aos terminais portuários, pois tais práticas já ocorrem.

Quanto à publicação dos valores máximos em tabelas, é previsão já existente para os arrendamentos, agora ampliada para as instalações portuárias, como já justificado ao longo do Parecer.

Por fim, incluímos que as condições comerciais devem observar as normas da Antaq, outra previsão tácita, e que não podem implicar preços abusivos, como já determina o Art. 3º da Resolução Antaq nº 3.274/2014, agora de forma mais enfática na presente proposta.

Substitui-se o termo “autoridade portuária” por “Antaq” para adequar ao novo marco regulatório portuário onde a competência para regular e fiscalizar os arrendatários é da Antaq.

Também se alterou o sentido impositivo da arbitragem da Antaq, uma vez que esse é um poder facultativo desta Agência, em caso de conflitos insolúveis entre os agentes. Não é necessário arbitrar quando as partes estão satisfeitas, ou quando a relação já se mostra eficiente.

Como o parágrafo 2º trata das tabelas de serviços, aproveitamos para incrementar a publicidade dos preços e tarifas, que é uma medida redutora da assimetria de informação. Tais previsões já existem, de alguma forma, para os arrendamentos, agora ampliadas para todas as instalações portuárias. Os prazos especificados são os já existentes na Resolução Antaq nº 3.274/2014.

Tabelas de Preços e Tarifas de Serviços.	
<p>Art. 6º A instalação portuária ou o operador portuário, na qualidade de exploração de recinto alfandegado em zona primária, bem como o explorador de recinto alfandegado que não atua na operação portuária, poderá prestar serviços de armazenagem, guarda, pesagem, transporte interno e o manuseio para realização de vistoria, consolidação e desconsolidação de contêineres e outros serviços vinculados ou decorrentes da permanência das cargas em suas instalações, mediante condições e remuneração livremente negociadas com seus clientes, usuários ou divulgadas em tabelas de preços e de tarifas de serviços.</p>	<p>Inclui-se “a instalação portuária ou” para garantir uma uniformidade de critérios regulatórios e contemplar as instalações portuárias autorizadas, localizadas dentro ou fora do porto organizado, no âmbito das quais os serviços de armazenagem alfandegada também são prestados, para além da operação portuária.</p> <p>O termo “em zona primária” foi inserido para deixar claro tratar-se de terminal molhado.</p> <p>Também se incluiu o termo “de tarifas” por adequação dos termos à Resolução Normativa Antaq nº 07.</p>
<p>Parágrafo único. Na entrega imediata de cargas pátio em regime de trânsito aduaneiro, na importação ou no desembarque, é vedada a cobrança, perante ao importador ou ao seu representante, pela colocação na pilha em pátio segregado, pela custódia ou fiel depositário, pela armazenagem, por seguros do operador portuário ou da instalação portuária, pelo gerenciamento de riscos de cargas perigosas, por serviços administrativos não requisitados, por taxas do tipo ad valorem, pelo simples cadastramento de empresas ou pessoas, pela permanência de veículos para retirada, pela liberação de documentos ou da 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.</p>	<p>Com esta proposta, dificulta-se a criação de cobranças do tipo “Price Squeeze” dentro de uma “essential facility”, como debatido ao longo deste Parecer.</p>
<p>Art. 6ª-A A segregação e a entrega imediata de cargas pátio em regime de trânsito aduaneiro na importação ou no desembarque de cargas não nacionalizadas, será realizada a título não oneroso dentro de um período de franquia de carga pátio previamente estabelecido, nos termos do §1º do Art. 6º-B da presente norma.</p> <p>§ 1º O cumprimento do previsto no caput requer, perante à respectiva instalação portuária ou operador portuário, prévio agendamento eletrônico de janelas</p>	<p>Inclui-se esse dispositivo em linha com a proposta defendida neste Parecer, no sentido de o serviço de entrega imediata de cargas pátio em regime de trânsito aduaneiro na importação ser realizado a título não oneroso para os rivais, desde que dentro do período de franquia, coibindo a prática da cobrança do THC-2 com o viés de dificultar a liberação das cargas TRAs.</p> <p>O instrumento do agendamento, já existente nos terminais portuários, é intrinsecamente eficiente,</p>

<p>operacionais, a serem disponibilizadas nas seguintes condições:</p> <p>I - imediatamente após a chegada da carga no pátio ou após a respectiva concessão de regime de trânsito aduaneiro;</p> <p>II - gratuitamente, em quantitativo suficiente à vazão correspondente à entrega total dentro do período estipulado para a franquia de carga pátio;</p> <p>III - continuamente e regularmente espaçadas dentro do período de franquia de carga pátio, de maneira a atender a totalidade dos respectivos clientes ou usuários;</p> <p>IV - permitida a reprogramação ou o reagendamento gratuito, com a adequada antecedência ao evento marcado, por qualquer uma das partes, desde que respeitado e viabilizado o período requerido para cumprimento da franquia de carga pátio.</p>	<p>porém, deve ser melhor organizado, de modo a impedir que o rival seja excluído ou atrasado no recebimento da carga.</p>
<p>§ 2º Nas hipóteses previstas no parágrafo anterior, é facultada a cobrança:</p> <p>I - referente ao custo operacional imputado pelo não comparecimento ou pela desistência, no caso de desatendimento voluntário ao agendamento, sem qualquer reprogramação prévia pelo importador, ou pelo seu representante; e</p> <p>II - pela entrega imediata prioritária ou expressa na retirada de cargas pátio em regime de trânsito aduaneiro na importação.</p>	<p>Verifica-se, pela presente proposta, que o agendamento e posterior entrega imediata, via de regra, é gratuito, desde que respeitada certas condições.</p> <p>Quando o importador desrespeita o agendamento, sem reagendamento, não permite que o terminal portuário gerencie a instalação com a máxima eficiência, imputando custos à instalação portuária, sejam operacionais, de transação ou de oportunidade. Logo, nessas situações excepcionais, é adequada à cobrança pelo “no show”, como já ocorre no setor de transporte aéreo.</p> <p>Quanto à cobrança pela entrega prioritária ou expressa, a Gerência de Regulação Portuária entendeu que essa é a situação justa de precificação, desde que submetida a um preço-teto. É justa porque nela o terminal portuário transfere sua eficiência para o rival à jusante, agregando valor na cadeia produtiva.</p>

	<p>É um esforço adicional, para além do <i>Box Rate</i> ou do THC.</p> <p>Logo, equivale a um serviço Premium ou escolher o assento mais confortável dentro do avião - quem estiver satisfeito com o regime normal de entregas, já bem regrado e organizado pela presente proposta, não precisará contratar o serviço Premium.</p> <p>Portanto, é mera opção, especialmente quando o cliente final demandar agilidade extraordinária para receber a carga.</p>
<p>Art. 6º-B A instalação portuária, constituída dentro da zona primária do território aduaneiro, deverá estabelecer período de franquia de carga pátio, em horas ou dias completos, para o depósito ou a guarda transitória de cargas em regime de trânsito aduaneiro, na:</p> <p>I - importação, descarregadas com destinos a outros recintos alfandegados demarcados pela autoridade aduaneira na zona primária ou secundária, incluindo os recintos retroportuários do mesmo território aduaneiro; e</p> <p>II - exportação, quando da espera para serem embarcados.</p> <p>§1º As franquias de carga pátio serão previamente e livremente estabelecidas por cada operador portuário ou instalação portuária, sendo disponibilizadas para todas as cargas em regime de trânsito aduaneiro, observando período compatível com as operações necessárias e com os procedimentos e prazos aduaneiros fixados pela autoridade local, devendo ser aplicáveis a todos os usuários de forma indiscriminada, isonômica, além de constarem claramente das respetivas tabelas de preços e de tarifas de serviços.</p> <p>§2º O período de franquia de carga pátio iniciar-se-á:</p>	<p>Temos aqui o ponto central da presente proposta de regulação.</p> <p>A criação de uma franquia para as situações concorrenciais em tela substitui uma inadvertida mudança nas definições de <i>Box Rate</i> e THC, de uma forma bem mais previsível em termos dos efeitos para o setor.</p> <p>Optamos por não estabelecer qual seria esse período exato dessa franquia, dadas as peculiaridades locais de cada zona alfandegária, isto é, em face do fenômeno da assimetria de informação.</p> <p>Bastará que seja um período compatível com os procedimentos locais. Caso seja criada uma franquia não compatível, impossível de ser cumprida, a área de fiscalização da Antaq terá os instrumentos necessários para rapidamente modificar a situação.</p> <p>Além disso, essa franquia deverá ser isonômica, isto é, a mesma para todas as firmas, sem favorecer ou desfavorecer alguém.</p> <p>Optou-se também por estabelecer os marcos de início dessa franquia para entrega imediata, pois, durante as visitas técnicas citadas neste Parecer, verificamos que existe uma falta de uniformidade muito grande nessas práticas, além da possibilidade do terminal ampliar voluntariamente e sem justa causa o tempo de permanência de cargas na instalação portuária em prejuízo da nova destinação.</p>

I - na importação, imediatamente após o descarregamento de cada unidade de carga ou de cada contêiner e chegada da carga no pátio; e

II- na exportação, após a entrada da carga na instalação portuária.

Art. 7º As alterações do prazo de franquia de armazenagem, depósito transitório ou guarda de cargas devem ser precedidas de comunicação para a Antaq, **com antecedência mínima de 30 (trinta) dias** e à ~~Autoridade Portuária~~ com a devida publicidade aos clientes e usuários.

§1º No período de franquia de carga pátio, e após ele, quando comprovada a ocorrência, é facultada a cobrança pelos serviços acessórios e complementares requisitados pela carga ou pela autoridade aduaneira, sanitária, ambiental ou correlata, respeitado o prescrito nos arts. 8º-A e 11 desta norma.

§2º Outras modalidades de franquias, além daquela prevista no inciso V do art. 2º desta norma, poderão ser livremente estabelecidas e negociadas pela instalação portuária ou pelo operador portuário, de forma isonômica e indiscriminada, desde que previamente divulgadas a todos os usuários.

§3º Excedidas as franquias previamente estabelecidas, a remuneração pela sobrestadia contar-se-á após esse período.

Como já escrevemos, os terminais criam diversos tipos de franquias, livremente, como deve ser, pois são políticas comerciais de atração da demanda.

Porém, nesta proposta, a Antaq está impondo uma franquia específica, isto é, para as cargas em regime de trânsito aduaneiro.

Em todas essas situações de franquias, outros serviços não remunerados pelo *Box Rate* e pelo THC podem ser requisitados, especialmente pelas autoridades públicas. Por esses serviços, quando não prestados de forma indistinta para todos os usuários, o custo é do tipo direto, cabendo a precificação justa, desde que comprovada a ocorrência.

Neste caso estamos utilizando o que está previsto nos incisos III a V do Art. 4º do Decreto 4122/2002:

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

III - 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

	<p>prestação dos serviços, bem como de novas receitas alternativas;</p> <p>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;</p>
<p>Art. 8º Constituem infrações passíveis de penalidades o descumprimento de quaisquer dispositivos da presente norma.</p> <p>Parágrafo único - A apuração das infrações observará o devido processo legal, nos termos da norma que disciplina o processo administrativo sancionador da Antaq. do que estabelecem as Normas da ANTAQ que disciplinam o procedimento de fiscalização e o processo administrativo subsequente, representadas pelas Resoluções nºs 987/08 e 858/07, ou por outras que as substituírem.</p> <p>Art. 8º-A. 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:</p> <p>I - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente, visando eliminá-la;</p> <p>II - aumentar artificialmente os custos operacionais dos rivais à jusante ou do mesmo mercado relevante;</p> <p>III - elevar sem justa causa os preços de tarifas ou por meio artificiosos, exercendo posição dominante sobre a carga com a finalidade aumentar arbitrariamente os lucros;</p> <p>IV - fraudar preços ou tarifas por meio da:</p>	<p>O texto do Art. 8º-A consiste em melhorar o ferramental de controles “ex-post” da área de fiscalização da Agência, esclarecendo de forma definitiva e exaustiva quais são os casos de abusividade de preços dentro do setor portuário. A falta desse esclarecimento prejudica atualmente os enquadramentos e o efetivo exercício do poder sancionatório, como reivindicou a área técnica da Agência nas visitas técnicas empreendidas no âmbito deste Parecer.</p> <p>Logo, é a materialização de um “trade-off” regulatório, entre controles “ex-ante” e “ex-post”. Nesse “trade-off”, o custo de oportunidade é engessar a operação dos terminais portuários, não sendo essa a intenção dos pareceristas.</p> <p>A presente proposta está em linha em com a legislação da defesa da concorrência, bem como a de crimes contra a ordem econômica, embora saibamos que estamos aqui tratando de infrações administrativas.</p> <p>Não se trata, portanto, de substancial inovação no âmbito jurídico, ao contrário, um pleno alinhamento a esse mundo, provendo previsibilidade há quem presta o serviço e há quem pretende denunciar algo, reduzindo a quantidade de denúncias sem fundamento ou sem amparo no pensamento majoritário deste corpo técnico. Reduz, portanto, os</p>

<p>a) sua alteração, sem a correspondente modificação da essência ou da qualidade do bem ou do serviço;</p> <p>b) divisão em partes de bem ou serviço, habitualmente oferecido à venda em conjunto;</p> <p>c) junção de bens ou serviços, comumente oferecidos à venda em separado;</p> <p>d) inclusão de insumo não efetivamente empregado na produção do bem ou na prestação dos serviços;</p> <p>V - sonegar bens e serviços, recusando-se a vendê-los a quem pretenda comprá-los nas condições publicamente ofertadas;</p> <p>VI - reter insumos, cargas ou mercadorias com o fim de inviabilização da concorrência; ou</p> <p>VII - ampliar voluntariamente e sem justa causa o tempo de permanência de cargas na instalação portuária em prejuízo da nova destinação.</p>	<p>custos de transação para os terminais, que poderão sustentar melhor as causas.</p>
<p>Art. 9º O serviço de entrega de cargas na importação não faz parte dos serviços remunerados pela <i>Box Rate</i>, nem daqueles cujas despesas são ressarcidas por meio do THC, salvo previsão contratual em sentido diverso e o ressaltado no parágrafo único do Art. 6º e no Art. 6º-A da presente norma.</p> <p>Parágrafo único - A Antaq Autoridade Portuária:</p> <p>I - quando for o caso, estabelecerá o preço máximo a ser cobrado por esses pelos serviços descritos no caput.</p> <p>II - publicará a composição de custos referenciais associados à movimentação para entrega imediata de cargas containerizadas em regime de trânsito aduaneiro, fixando o preço máximo dessa atividade quando praticada pelos operadores portuários ou pelas instalações portuárias.</p>	<p>Como justificado ao longo deste parecer, não se propõe a alteração da abrangência e do escopo do THC ou <i>Box Rate</i>, pretendendo tão somente limitar algumas cobranças em certas situações, como aquelas prescritas no parágrafo único do art. 6º e no Art. 6º-A, em especial no regime de trânsito aduaneiro.</p> <p>Ademais, no inciso I do parágrafo único, temos tão somente um ajuste redacional, e no inciso II, temos:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. O atendimento ao Acórdão TCU nº 1704/2018, em relação à composição de custos; 2. O “price-cap” para as entregas imediatas em regime de trânsito aduaneiro, determinando uma regulação pelo custo médio para esses casos de possibilidade de abuso do poder dominante.
<p>Art. 10 A armazenagem adicional e outros serviços prestados às cargas não embarcadas em navio e prazo previamente programados nas rotinas</p>	<p>Trata-se de um ajuste redacional favorecendo um maior alinhamento aos conceitos presentes na Resolução Normativa Antaq nº 18.</p>

<p>de exportação, bem como aqueles prestados às mercadorias não entregues no prazo devido aos importadores ou consignatários na importação, serão cobrados pela instalação portuária terminal ou pelo operador portuário diretamente do responsável pelo não embarque das referidas cargas.</p>	
<p>Art. 11 Os serviços realizados para atender exigência da autoridade aduaneira, sanitária, ambiental ou correlata, quando prestados indistintamente a todas as cargas, serão incluídos no valor do <i>Box Rate</i> ou, se for o caso, da armazenagem, comunicando-se o fato à Antaq Autoridade Portuária no prazo mínimo de 30 10 (trinta dez) dias a contar do início da cobrança ou do surgimento do evento que a motivou.</p>	<p>Substitui-se o termo “autoridade portuária” por “Antaq” para adequar ao novo marco regulatório portuário onde a competência para regular e fiscalizar os arrendatários é da Antaq. Substitui-se a quantidade 10 (dez) por 30 (trinta) dias para adequar e padronizar de acordo com a Resolução 3274-ANTAQ, que exige uma antecedência mínima de 30 (trinta) dia para comunicação de inclusão de revisão de preços.</p>
<p>Art. 13 Esta norma entra em vigor na data de sua publicação Os operadores portuários, as instalações portuárias, os transportadores marítimos, os clientes ou usuários, observarão um período de até 60 (sessenta) dias para plena adaptação à presente norma, contados a partir da data de sua publicação.</p>	<p>Considerando que a proposta normativa traz alterações que implicam em deveres e obrigações que por sua alteram a organização comercial das empresas, estipulamos o prazo de 60 dias para a completa adequação à norma, tempo considerado razoável para adaptação de firmas privadas, tendo em vista outras experiências semelhantes.</p>

3.8. Análise dos possíveis impactos e comparação das alternativas de ação consideradas

163. As vantagens e efeitos positivos dessas opções regulatórias são evidentes:

- a) Elimina o risco de suboferta de serviços essenciais à cadeia produtiva, eliminando a possibilidade de exclusão pelo mecanismo da discriminação de preço, e permitindo que o terminal portuário crie valor agregado, cobrando pelo que foi requisitado;
- b) Não impede a seleção do mais eficiente, isto é, não distorce o processo decisório dos agentes e não obsta o princípio da expulsão, onde o agente menos eficiente é derrotado pelo mais eficiente, hipótese que é Ótima de Pareto do ponto de vista do consumidor;
- c) Não retira a oportunidade do terminal portuário auferir receita com a sua atividade intrínseca (que é movimentar e armazenar cargas), quando justo e adequado - considerando que a obtenção de lucros extraordinários, no longo prazo, é igualmente favorável ao usuário e aos demais empresários da cadeia produtiva, já que habilita investimentos igualmente extraordinários na expansão da infraestrutura econômica e na melhoria da qualidade dos serviços;

- d) Melhora sensivelmente a situação dos importadores, ou dos seus representantes, sem prejuízo significativo para os terminais portuários ou para o setor portuário em especial, sem qualquer impacto no equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de arrendamento vigentes;
- e) Aumenta a possibilidade de concorrência dentro desse mercado, sem eliminar a possibilidade do terminal portuário continuar competindo;
- f) Praticamente elimina a capacidade de o terminal portuário abusar de sua vantagem competitiva, que é baseado no direito exploratório de uma “*essential facility*”;
- g) Inibe a prática de preços abusivos pela instituição de instrumentos efetivos de controle regulatório, controle esse a posteriori (não a priori, como defendem alguns agentes econômicos) partindo da premissa que haverá a rápida conformação dos agentes regulados;
- h) Permite a adaptação de cada terminal portuário às particularidades de cada zona alfandegária;
- i) É neutra em relação aos transportadores marítimos;
- j) Impele os recintos retroportuários para retirar a carga com mais agilidade, sem retrabalhos ou maiores tarefas de gestão por parte do terminal portuário; e
- k) Harmoniza os conflitos que se dão hoje no âmbito do poder judiciário e nos demais órgãos de controle, reduzindo os custos de transação.

164. Por outro lado, a severa modificação, extensão ou restrição dos atuais conceitos de *Box Rate* ou THC traria como impactos negativos a possibilidade real, imediata, de efeitos desconhecidos no setor, inclusive do ponto de vista jurídico e dos contratos bilaterais, de difícil mensuração e avaliação de efeitos, até mesmo pelo lado do transportador marítimo, dado que os terminais têm com essas relações comerciais eminentemente privadas - evitamos, portanto, lidar com decisões limitadas racionalmente pela assimetria de informação. A alteração dos conceitos supracitados poderia implicar pedidos de reequilíbrios econômico-financeiro dos contratos de arrendamento.

165. Em relação à estipulação de um único Preço-Teto para os serviços de entrega imediata a ser praticados por todos os terminais, a partir dos custos totais médios eficientes, a opção está alinhada à Regulação por Comparação (“*benchmarking regulation*”), que tem as seguintes vantagens:

- a) as instalações portuárias diretamente afetadas são muito similares, permitindo uma conclusão bastante precisa e geral;
- b) releva o preço ótimo médio, sem envolver-se em valores contestáveis de cada firma;
- c) pelo seu dinamismo e imunidade à assimetria de informação, é tida como amplamente aceita e recomendada na doutrina regulatória;
- d) permite que as empresas menos eficientes estejam obrigadas a perseguir o desempenho das empresas mais eficientes, numa espécie de auto-ajustamento mediante às pressões competitivas simuladas pela Agência;
- e) fornece incentivo ao aumento da produtividade e do serviço adequado, evitando a elevação de preços indiscriminada e o abuso do poder de mercado;
- f) não afeta negativamente as decisões de investimento das firmas;
- g) não exige monitoramentos sofisticados pelo regulador; e

h) permite ajustes/correções anuais, isto é, um período razoável para que firmas privadas movam-se no mercado.

166. Conclui-se, portanto, que a solução ora proposta é que a oferece amplos benefícios e pouco ônus ao setor.

3.9. **Estratégia de implementação, fiscalização e monitoramento**

167. Primeiramente, como estratégia principal, a presente atuação regulatória consiste em melhor regular a cobrança do THC-2, coibindo situações potencialmente lesivas à concorrência, a partir da revisão do normativo vigente, sem alterar a sua definição estrita. Nessa regulação, teremos de pronto a divulgação da composição dos custos referenciais associados à movimentação e entrega imediata de cargas containerizadas em regime de trânsito aduaneiro, bem como um valor máximo de referência.

168. Nesta primeira fase está igualmente previsto um reforço no poder fiscalizatório da Agência, uma vez que a proposta normativa revisada altera o Anexo da Resolução 3.274-ANTAQ, de 06 de fevereiro de 2014, incrementando o rol de infrações administrativas a que se sujeitam o arrendatário, o autorizatário e o operador portuário. A proposta de norma também elenca e esclarece substancialmente quais são as práticas abusivas e anticompetitivas, podendo a instalação portuária ser multada em até R\$ 200 mil por cada infração dessa natureza.

169. Em um momento posterior, ao longo de 2019 e 2020, em cumprimento do item 3.4 da Agenda Regulatória Biênio 2018-2019, isto é, “Padronização das rubricas de cobrança dos terminais de contêineres” (vide processo SEI 50300.006552/2018-52), caberá à Antaq discutir quais são as atividades e serviços de movimentação, segregação e armazenagem de contêineres ou a pertinência de conceitos sobre THC e *Box Rate*, por entender que faz parte do papel da Agência defini-los ao fixar regras que devem ser observadas pelos agentes do mercado. Inclusive definir quais seriam os serviços acessórios e complementares com potencial para cobrança apartada.

170. Por meio dessa outra norma, a Agência enfrentará outro problema associado à questão em tela: delimitar quais os serviços de movimentação de contêineres estariam inclusos no THC e no *box rate*, bem como uniformizar as rubricas de cobrança por esses serviços, a fim de garantir transparência de informações dos terminais para com os seus usuários.

171. Somam-se a essa segunda fase de atuação regulatória outros projetos já em curso na Agência, cuja objetivo é instrumentalizar as análises dessa natureza, como, por exemplo:

I - A instituição de uma contabilidade regulatória dos arrendatários, que possibilitará uma análise da modicidade de uma forma objetiva, comparando receitas com os custos (SEI 50300.000535/2017-21);

II - A implantação do Módulo APP - Sistema de Acompanhamento de Preços, a cargo da Superintendência de Desempenho, Desenvolvimento e Sustentabilidade (SDS) da Antaq, o qual divulgará o preço médio praticado no território nacional quanto à movimentação de cargas considerando todas as etapas dentro de um porto; e

III - A criação de uma metodologia padrão de análise da abusividade de preços de terminais, fundamentada em fatores ligados à possibilidade de abuso do poder de mercado em um dado mercado relevante (vide processo SEI 50300.002175/2018-82).

172. Todas essas ferramentas facilitarão a atuação da Agência no monitoramento das condutas dos agentes, bem como a eficácia do presente normativo.

3.10. **Considerações sobre contribuições e manifestações recebidas ao longo da elaboração da AIR**

173. A síntese da análise das contribuições recebidas na forma do formulário eletrônico durante a Audiência Pública nº 04/2018 estão compiladas no Anexo SEI 0666489.
174. Como se pôde perceber das contribuições, a sua maioria teve como foco o debate acerca da cobrança do THC e THC-2. Dessa maneira, esta área técnica reforçou a análise da matéria, debruçando-se sobre alguns questionamentos aos terminais portuários, recintos alfandegados, bem como aos transportadores marítimos (que, por sua vez, não apresentaram resposta tempestiva diante do prazo para conclusão deste Parecer).
175. Encerradas a fase de Audiência Pública foram recebidas contribuições de alguns terminais portuários e alguns recintos alfandegados, em resposta aos questionamentos da Antaq: contribuições do Terminal de Contêineres de Paranaguá - Documento SEI 0634093 e Anexo SEI 0634097; da Marimex - Carta SEI 0623934, no bojo do Processo nº 50300.018559/2018-17, anexado a este; da Companhia Bandeirantes de Armazéns Gerais e da DEICMAR Armazenagem e Distribuição LTDA. - Relatório SEI 0645204; da ABRATEC - Carta SEI 0657158 e Anexo SEI 0657161; e da Lachmann Terminais LTDA. - Carta SEI 0652323, no bojo do Processo nº 50300.020862/2018-80, anexado a este.
176. Do lado dos terminais portuários, argumentou-se que existiriam custos diretos e investimentos associados às atividades em debate (sem especificarem, em qualquer nível de detalhe, em termos monetários, quais seriam esses custos) para a prestação do Serviço de Segregação e Entrega (SSE) e que a sua cobrança não afeta concorrencialmente o mercado dos terminais retroportuários. Do lado dos terminais retroportuários, defende-se o argumento de que o uso do THC-2 representa medida evidentemente anticoncorrencial (no sentido de uma barreira comercial).
177. Em atenção a todas as manifestações colhidas na fase da análise, a solução proposta oferece amplos benefícios e pouco ônus ao setor, uma vez que não causa impactos imediatos, inclusive do ponto de vista jurídico e contratual, sem deixar de enfrentar a cobrança do THC-2 e de outras cobranças associadas ou da mesma natureza, em situações concretas, como aquelas situações consideradas de posição dominante e potencialmente lesivas à concorrência.
- 4. DA CONCLUSÃO E DOS ENCAMINHAMENTOS**
178. Diante do exposto, conclui-se por submeter à apreciação do Diretor-relator este Parecer Técnico, contendo Relatório de Análise das Contribuições da Audiência Pública nº 04/2018. Acompanha este Parecer a Resolução Normativa-Minuta GRP, na forma do documento SEI 0666494 e a Resolução-Minuta GRP SEI 0667535. Na Resolução Normativa-Minuta (Documento SEI 0666494), em rosa, dentro dessa proposta, destacam-se as alterações decorrentes da Audiência Pública; em vermelho, destacam-se as alterações que já haviam sido aprovadas antes da Audiência Pública.
179. Optou-se pela sua regulação conforme aqui justificado. Em termos do mérito, ou seja, o seu valor intrínseco, traz condição melhor que a atual, apresentando, neste momento oportuno e conveniente, espécie de regulação âmago da regulação econômica, de grande utilidade, justa, razoável, aliada à boa gestão e inspiradora da eficiência estatal.
180. Conclui-se que a presente proposta de inovação normativa é tecnicamente viável e justifica satisfatoriamente a mudança à luz dos parâmetros legais em vigor, encontrando-se, portanto, em plenas condições de ser submetida e apreciada pelas instâncias superiores, para, em seguida, ser aprovada pela Diretoria Colegiada.
181. Por fim, ressalta-se a conveniência e a oportunidade de aprovação da nova norma dentro do 1º quadrimestre de 2019, atendendo aos compromissos firmados com os órgãos de controle e permitindo igualmente um perfeito alinhamento com as demais iniciativas normativas desta Agência.
182. É o parecer.

MARCOS DE MEDEIROS DANTAS

Técnico em Regulação

FABIANE FERNANDES HANONES

Especialista em Regulação

SANDRO JOSÉ MONTEIRO

Especialista em Regulação

Aprovações

SERGIO A. N. DE OLIVEIRA

Gerente de Regulação Portuária

BRUNO DE OLIVEIRA PINHEIRO

Superintendente de Regulação



Documento assinado eletronicamente por **Fabiane Fernandes Hanones, Especialista em Regulação de Serviços de Transporte Aquaviários**, em 21/12/2018, às 16:48, 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 **Sandro Jose Monteiro, Especialista em Regulação de Serviços de Transporte Aquaviários**, em 21/12/2018, às 16:49, 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 **Marcos de Medeiros Dantas, Técnico em Regulação de Serviços de Transportes Aquaviários**, em 21/12/2018, às 16:49, 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 **Sérgio Augusto Nogueira de Oliveira, Gerente de Regulação Portuária**, em 21/12/2018, às 16:49, 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 **Bruno de Oliveira Pinheiro, Superintendente de Regulação**, em 21/12/2018, às 16:53, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no § 1º, art. 6º, do Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015.



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site <http://www.antaq.gov.br/>, informando o código verificador **0666487** e o código CRC **6E3DAEF5**.

Referência: Processo nº 50300.000381/2008-86

SEI nº 0666487