



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

Relatório Técnico nº 5/2021/GRP/SRG

**Assunto: Regulamentação do art. 9º, parágrafo único da Resolução Normativa nº 34-ANTAQ, de 2019, que descreve: "No caso em que restar demonstrada a verossimilhança de que exista abuso ilegal na cobrança do SSE, a ANTAQ poderá estabelecer o preço máximo a ser cobrado a esse título, mediante prévio estabelecimento e publicidade dos critérios a serem utilizados para sua definição." - Análise das contribuições da Consulta e Audiência Pública nº 08/2021.**

## INTRODUÇÃO

1. Em atendimento à Ordem de Serviço 214 (SEI nº 1411905), o presente Relatório Técnico traz a análise das sugestões, após Consulta Pública, para apresentar proposta conclusiva de metodologia de avaliação de abusividades nas cobranças de SSE.
2. O Aviso de Audiência Pública nº 08/2021-ANTAQ (SEI nº 1249224), aprovada pelo Acórdão nº 232-2020-ANTAQ (SEI nº 1198153) e publicado no DOU em 07 de dezembro de 2021, aprovou a submissão da proposta de norma para Consulta Pública. O procedimento para envio das contribuições da Consulta Pública iniciou no dia 01/03/2021, com término dia 14/04/2021.
3. Após a comunicação e participação social do usuários, agentes do setor aquaviário nacional e aos demais interessados em geral, serão tratadas individualmente as contribuições recebidas, manifestando-se sobre a análise final desta setorial técnica entre as opções: sugestão acatada; parcialmente acatada; ou não acatada. Acompanhada da análise foram trazidas ainda justificativas ao posicionamento escolhido.

## ANÁLISE

4. Pelo Sistema de Audiências Públicas (SIPAS) foram recebidas 27 contribuições, conforme Relatório 12/2021/CAPA/SGE (SEI nº 1297374).

5. Verifica-se, no entanto, que alguns participantes dividiram suas contribuições, provavelmente pela limitação de caracteres do Sistema de Participação Social - SIPAS. Efetivamente, foram recebidas **dez contribuições**, sendo nove por meio do sistema, das quais, duas foram também enviadas por e-mail. Uma contribuição foi enviada apenas por e-mail (Abratec).
6. Dessa forma, durante o período de consulta pública foram recebidas as contribuições das seguintes empresas e entidades:

Razão Social	Forma de contribuição
<b>Multilog Brasil S.A</b>	SIPAS
<b>Secretaria de Advocacia da Concorrência e Competitividade (SEAE)</b>	SIPAS e e-mail
<b>Bandeirantes Deicmar Logística Integrada SA</b>	SIPAS
<b>Localfrio S.A. Armazéns Gerais Frigoríficos</b>	SIPAS
<b>Associação Brasileira da Indústria Química - Abiquim</b>	SIPAS
<b>Federação das Indústrias do Estado de São Paulo - FIESP</b>	SIPAS
<b>Associação de Terminais Portuários Privados</b>	SIPAS e e-mail
<b>Marimex Despachos, Transportes e Serviços LTDA.</b>	SIPAS
<b>Associação de Usuários dos Portos da Bahia - USUPORT</b>	SIPAS
<b>Associação Brasileira dos Terminais de Contêineres - ABRATEC</b>	e-mail

7. Posteriormente foi recebida a contribuição da Neowise Consultoria, Engenharia e Negócios Ltda por meio dos seguintes documentos: Petição de juntada (SEI nº 1411452), Sumário Executivo (SEI nº 1411453), Estudo técnico (SEI nº 1411454) e Anexo Contribuições (SEI nº 1411455).
8. Ressalte-se que a Neowise Consultoria, Engenharia e Negócios Ltda protocolou a Petição exclusão de documento (SEI nº 1416165) e a Petição exclusão de documentos (SEI nº 1416173), em que solicita a exclusão e desconsideração dos seguintes documentos:

- Anexo Contribuições (SEI nº 1411455);
- Análise da concentração do mercado\_COM PROJETO\_v2
- Análise Concentração Mercado p2\_PROJETO.mp4

9. É importante destacar que **o acatamento da contribuição não significa que uma determinada proposta será adotada pela equipe técnica como alternativa recomendada, mas tão somente que a contribuição contém informações e subsídios relevantes para a elaboração da Análise de Impacto Regulatório sobre o tema**. Como a Análise de Impacto Regulatório tem por objetivo aprofundar e comparar as alternativas apresentadas preliminarmente na Nota Técnica nº 18/2021/GRP/SRG, os diferentes subsídios encaminhados pelos participantes da consulta pública são úteis para o detalhamento das diversas opções regulatórias, bem como para trazer informações que devam integrar o escopo da análise, podendo a conclusão da equipe técnica manifestar entendimento contrário àquele submetido na contribuição acatada.

10.

Considerando a extensão das contribuições recebidas, apresentamos abaixo o quadro resumo com o resultado da análise técnica:

Razão Social	ID contribuições SIPAS	Nº SEI	Análise	Justificativa da análise
Multilog Brasil S.A	1		Não acatada	<p>A contribuição não trata especificamente do objeto da consulta pública, qual seja: a regulamentação do art. 9º da Resolução Normativa ANTAQ nº 34.</p> <p>O participante argumenta pela impossibilidade de cobrança apartada da SSE e pela necessidade de alteração da definição de THC e Box Rate da Resolução Normativa ANTAQ nº 34.</p> <p>Nesse sentido, em consonância com o parágrafo 94 da Nota Técnica nº 18/2021/GRP/SRG, recomenda-se o indeferimento da contribuição, considerando se tratar de assunto já deliberado pela Diretoria Colegiada e que não compõe o objeto da consulta pública.</p>
Secretaria de Advocacia da Concorrência e Competitividade (SEAE)	2, 3, 4, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14	1300808	Parcialmente acatada	<p>A contribuição da SEAE apresenta três recomendações:</p> <p>I - alterar a definição de THC e Box Rate da Resolução Normativa ANTAQ nº 34- ANTAQ para afastar a possibilidade de cobrança apartada do SSE;</p> <p>II - no caso da impossibilidade da adoção da primeira recomendação, recomenda a aplicação de tarifas-teto customizadas, em função das condições específicas de cada terminal, para os quais a Antaq deverá propor os "drivers" específicos de custo, representativos da atividade dos terminais portuários e das citadas especificidades que podem abranger fatores regionais e técnicos; e</p> <p>III - que, na hipótese de manutenção da cobrança de SSE, a Antaq adote uma ação regulatória ex-ante, definindo a priori, bem como de forma customizada e regionalizada, o preço máximo para essa cobrança, de forma a minimizar os efeitos negativos de natureza concorrencial e de onerosidade regulatória indicados.</p> <p>Nesse sentido, entende-se que a contribuição de alteração da definição de THC e Box Rate deve ser indeferida pois está fora do escopo da presente consulta pública, que consiste especificamente na regulamentação do art. 9º da Resolução Normativa ANTAQ nº 34. Os demais elementos técnicos a respeito da</p>

Razão Social	ID contribuições SIPAS	Nº SEI	Análise	Justificativa da análise
				regulamentação do parágrafo único do art. 9º devem ser acatados de modo a considerar as informações e posicionamentos na elaboração da AIR.
<b>Bandeirantes Deicmar Logística Integrada SA</b>	5		Não acatada	A contribuição não trata especificamente do objeto da consulta pública, qual seja: a regulamentação do art. 9º da Resolução Normativa ANTAQ nº 34. Nesse sentido, em consonância com o parágrafo 94 da Nota Técnica nº 18/2021/GRP/SRG, recomenda-se o indeferimento da contribuição, considerando se tratar de assunto já deliberado pela Diretoria Colegiada e que não compõe o objeto da consulta pública.
<b>Localfrio S.A. Armazéns Gerais Frigoríficos</b>	6		Não acatada	A contribuição não trata especificamente do objeto da consulta pública, qual seja: a regulamentação do art. 9º da Resolução Normativa ANTAQ nº 34. O participante argumenta pela impossibilidade de cobrança apartada da SSE e pela necessidade de alteração da definição de THC e Box Rate da Resolução Normativa ANTAQ nº 34. Nesse sentido, em consonância com o parágrafo 94 da Nota Técnica nº 18/2021/GRP/SRG, recomenda-se o indeferimento da contribuição, considerando se tratar de assunto já deliberado pela Diretoria Colegiada e que não compõe o objeto da consulta pública.
<b>Associação Brasileira da Indústria Química - Abiquim</b>	15		Não acatada	A contribuição não trata especificamente do objeto da consulta pública, qual seja: a regulamentação do art. 9º da Resolução Normativa ANTAQ nº 34. O participante argumenta pela impossibilidade de cobrança apartada da SSE e pela necessidade de exclusão do parágrafo único do art. 9º. Nesse sentido, em consonância com o parágrafo 94 da Nota Técnica nº 18/2021/GRP/SRG, recomenda-se o indeferimento da contribuição, considerando se tratar de assunto já deliberado pela Diretoria Colegiada e que não compõe o objeto da consulta pública.
<b>Federação das Indústrias do Estado de São Paulo - FIESP</b>	16		Acatada	A contribuição apresenta o que considera como desvantagens e impactos negativos da implantação de política de preço máximo e opina alternativamente pelo aumento da transparência e divulgação de preços.
<b>Associação de Terminais Portuários Privados</b>	17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25	1300798	Parcialmente acatada	O participante apresenta inicialmente questão formal alegando inconsistências no escopo da audiência pública, apontando que a Nota Técnica traz os modelos de regulação rejeitados pela Diretoria em deliberação anterior. De acordo com a

Razão Social	ID contribuições SIPAS	Nº SEI	Análise	Justificativa da análise
				<p>contribuição, essa matéria deve ser objeto de esclarecimento e, em caso de reconhecimento da incompatibilidade entre o escopo da Audiência Pública nº 08/2021 e as deliberações da Diretoria Colegiada, que se reconheça a necessidade de nova audiência pública, prévia à elaboração da nova Análise de Impacto Regulatório, com vistas a garantir regularidade processual e participação social efetiva.</p> <p>Em seguida, apresenta contribuições para regulamentação do art. 9º parágrafo único da Resolução Normativa nº 34 em que expõe sobre a liberdade de preços aplicada aos terminais de uso privado e debate elementos técnicos da análise defendendo a ausência de falhas de mercado, a inaplicabilidade da tese de "price squeeze" e ausência de justificativa para intervenção regulatória. Por fim, são feitos apontamentos sobre o preço-teto e proposta de metodologia para identificação de abusividade (embora a ANTAQ não tenha proposto qualquer metodologia por enquanto).</p> <p>Passando à análise da área técnica sobre as contribuições supra, entende-se que a alegação de inconsistência e irregularidade formal deve ser indeferida. A tese central da contribuinte (inaplicabilidade aos TUPs) já foi inclusive negada pela Diretoria da ANTAQ (<b>ACÓRDÃO Nº 451-2021-ANTAQ</b>).</p> <p>A presente consulta pública foi baseada em documento preliminar a respeito das alternativas que devem ser aprofundadas e comparadas em sede de Análise de Impacto Regulatório. Não existe irregularidade no procedimento uma vez que compete à área técnica evidenciar, de forma comparativa, as diversas alternativas possíveis para a solução do problema regulatório, inclusive com a alternativa de não fazer nada. O procedimento é amparado nas melhores práticas para a elaboração de Análise de Impacto Regulatório divulgadas pela OCDE. Registre-se que haverá nova oportunidade de participação social com o encaminhamento da proposta à deliberação da Diretoria Colegiada.</p> <p>Em relação aos elementos técnicos a respeito da regulamentação do parágrafo único do art. 9º, a contribuição deve ser acatada de modo a considerar as informações e posicionamentos na elaboração da AIR.</p>

Razão Social	ID contribuições SIPAS	Nº SEI	Análise	Justificativa da análise
<b>Marimex Despachos, Transportes e Serviços LTDA.</b>	26		Não acatada	<p>A contribuição não trata especificamente do objeto da consulta pública, qual seja: a regulamentação do art. 9º da Resolução Normativa ANTAQ nº 34. O participante argumenta pela impossibilidade de cobrança apartada da SSE e pela necessidade de alteração da definição de THC e Box Rate da Resolução Normativa ANTAQ nº 34.</p> <p>Nesse sentido, em consonância com o parágrafo 94 da Nota Técnica nº 18/2021/GRP/SRG, recomenda-se o indeferimento da contribuição, considerando se tratar de assunto já deliberado pela Diretoria Colegiada e que não compõe o objeto da consulta pública.</p>
<b>Associação de Usuários dos Portos da Bahia - USUPORT</b>	27		Não acatada	<p>A contribuição exorbita o objeto da consulta pública ao propor a fixação de preço-teto para outras rubricas não previstas no escopo aprovado pela Diretoria Colegiada. De acordo com a justificativa apresentada, o estabelecimento de preço-teto só seria cabível quando, preliminarmente, a Antaq instituir meios pelos quais possa fiscalizar o estrito cumprimento ao caráter resarcitório do pagamento do THC de exportação e do THC de importação, bem como garantir que o preço-teto estipulado para o SSE + THC de importação seja exatamente igual ao THC de exportação, para o que seria necessário também estipular preço-teto para estas cobranças, para haver o mínimo de coerência.</p>
<b>Associação Brasileira dos Terminais de Contêineres - ABRATEC</b>		1300802	Parcialmente acatada	<p>O participante apresenta questão preliminar sobre a necessidade de sequenciamento de decisões entendendo que o processo em análise deve ser sobrestado para aguardar a finalização dos processos nº 50300.000381/2008-86 (referente à revisão da Resolução nº 2.389/2012) e nº 50300.002175/2018-82 (sobre a criação de uma metodologia de análise de abusividade de preços).</p> <p>Em seguida, apresenta contribuições para regulamentação do art. 9º parágrafo único da Resolução Normativa nº 34 com proposta de metodologia para identificação de abusividade (faz referência ao documento Nota Técnica Tendências - SEI nº 1112646, inserida no Processo 50300.002175/2018-82).</p> <p>A contribuição ainda traz posicionamento contrário à proposição de franquia (que não foi objeto da consulta), aponta inexistência de falhas de mercado (posição dominante, essential facility, poder de mercado, assimetrias de informação e externalidades de indústria de rede - embora tenha apresentado argumentos bens frágeis quanto a isso), a impossibilidade de aplicação e de price-cap</p>

Razão Social	ID contribuições SIPAS	Nº SEI	Análise	Justificativa da análise
				<p>nacional. Por fim, levanta possíveis prejuízos às atividades dos terminais portuários, dando destaque a possíveis prejuízos com a determinação de franquia (que não era objeto da consulta e não constou das alternativas).</p> <p>Passando à análise da área técnica sobre as contribuições supra, entende-se que a sugestão de sobrerestamento para fins de decisões sequenciais deve ser indeferida, pelas seguintes razões. Em primeiro lugar, registre-se que a Diretoria Colegiada deliberou acerca dos recursos no âmbito do Processo nº 50300.000381/2008-86 em sua 507ª Reunião Ordinária da Diretoria Colegiada, realizada entre 16 e 18/08/2021. A tese da contribuinte já foi negada pela Diretoria da ANTAQ (<b>ACÓRDÃO Nº 451-2021-ANTAQ</b>). Além disso, não há impedimento para a realização de consulta pública com o intuito de obter subsídios e contribuições da sociedade a respeito do tema. O procedimento de Consulta Pública em tela não antecipa conclusões ou decisões, apenas traz formulação do problema e das alternativas regulatórias, sem qualquer juízo prévio sobre os temas. Eventual culminação de uma decisão após outra, se houver, não implica impedimento de continuidade dos estudos e da tramitação em qualquer um dos processos relacionados. O pedido depõe contra o princípio da eficiência, atentando, ademais, contra o direito da sociedade quanto à duração razoável do processo.</p> <p>Em relação aos elementos técnicos a respeito da regulamentação do parágrafo único do art. 9º, a contribuição deve ser acatada de modo a considerar as informações e posicionamentos na elaboração da AIR.</p>
Neowise Consultoria, Engenharia e Negócios Ltda.		1411454	Acatada	<p>A contribuição foi enviada fora do prazo, mas foi considerada, conforme pedido, dada a ausência de prejudicialidade para o andamento do processo e do interesse público de considerar o maior número possível de contribuições.</p> <p>Foi apresentado relatório do projeto “Estudos Técnicos de Fundamentação e Convergência Metodológica do SSE”, contendo o detalhamento das intituladas fases 1 e 2 do projeto, cujo escopo foi assim determinado no sumário executivo encaminhado:</p> <p>Seção 1 – Análise Mercadológica e Concorrencial: análise ampla do mercado portuário brasileiro no setor de carga conteinerizada, considerando o</p>

Razão Social	ID contribuições SIPAS	Nº SEI	Análise	Justificativa da análise
				<p>comportamento histórico e com foco nas participações de mercado, volumes movimentados, preços dos serviços, capacidade instalada, nível de utilização, hinterlândias competitivas, funcionalidades de trânsito aduaneiro, escala, nível de serviço e viabilidade econômica da instalação de novos terminais nos segmentos de movimentação e armazenagem de carga em terminais portuários (molhados) e retroportuários (secos), com foco na atividade de importação, e com o objetivo de contribuir com as ações regulatórias;</p> <p>Seção 2 – Análise de Eventual Abusividade Econômica: a partir de análises concorrentiais amplas, devem ser apresentados critérios metodológicos para identificar abusividades em casos concretos e excepcionais;</p> <p>Seção 3 – Cenários Possíveis de Aplicação de Medidas Regulatórias: para os eventuais casos concretos identificados, com base em todos os fundamentos consolidados, esta etapa deve estabelecer um leque amplo de alternativas que possam contribuir para a eficácia na atuação regulatória particularizada, que minimizem externalidades negativas, e que possam gerar segurança jurídica aos investimentos privados e diminuir impactos à liberdade econômica, que são determinantes na concorrência do setor portuário nacional;</p> <p>O relatório do estudo técnico apresenta proposta de metodologia para determinação de abusividade na cobrança do SSE, composta por conjunto sequencial e eliminatório de análises para apoiar a atuação ex-post da ANTAQ:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Análise da concentração do mercado;</li> <li>2. Análise da utilização da capacidade;</li> <li>3. Análise estatística de variação de preços;</li> <li>4. Análise de margens e equilíbrio econômico-financeiro; e</li> <li>5. Análise da agregação de valor e impacto das medidas regulatórias.</li> </ol>

11. A íntegra das contribuições recebidas pelo SIPAS foram compiladas na tabela a seguir:

ID 1	Razão Social (CPF/CNPJ)	Multilog Brasil S.A (60526977000179)
------	-------------------------	--------------------------------------

Redação Proposta	N/A
Justificativa para Alteração	<p>A Multilog esclarece que discorda de determinados dispositivos (Art. 2º, III, IX, X, art. 5º, art. 6º, §1º e art. 9º da Resolução Normativa 34/2019. Os referidos dispositivos autorizam a cobrança da THC2/SSE por Operadores Portuários, valor abusivo e carente de previsão contratual e/ou legal para liberação de contêineres que serão armazenados em recintos de Instalações Portuárias Alfandegadas como as Autoras. A Resolução viola conceitos estabelecidos em lei federal (capatazia e contrato de transporte), assim como cria direitos e obrigações não previstas em lei, violando também a CF e o novo marco das agências reguladoras e a Decl. de Direitos da Liberdade Econômica. Ao editar essa resolução, portanto, a ANTAQ descumpriu sua atribuição legal prevista no art. 27, IV da Lei 10.233/2001, que lhe impõe o dever de "elaborar e editar normas e regulamentos relativos à prestação de serviços de transporte e à exploração da infraestrutura aquaviária e portuária, garantindo isonomia no seu acesso e uso, assegurando os direitos dos usuários e fomentando a competição entre os operadores". Por fim, ao autorizar a cobrança da THC2, a Resolução violou as relações jurídicas estabelecidas em uma operação de importação pela via marítima e, com isso, cria um cenário que beneficia indevidamente Operadores Portuários em prejuízo das Instalações Portuárias Alfandegadas, atores que competem diretamente no mercado de armazenagem alfandegada de mercadorias.</p> <p><b>VIOLAÇÃO À LEI DE LIBERDADE ECONÔMICA</b></p> <p>A Resolução viola a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica (Lei 13.874/2019), norma geral que baliza o grau de intervenção estatal nas relações econômicas. Conforme aponta a EMI83/2019/ME/AGU/MJSP, buscou-se "estabelecer garantias de livre mercado", "fator necessário e preponderante para o desenvolvimento e crescimento econômico de um país". Frise-se que, justamente para combater o abuso de poder regulatório, a Secretaria de Concorrência e SEAE publicou a IN 97/2020, cujo objetivo, sobretudo, é o de detalhar o rol contido no art. 4º da Lei de Liberdade Econômica, especificando as hipóteses de abuso de poder regulatório. O art. 5º, VII da referida IN estabelece que a edição de normas que autorizem condutas já reconhecidas como anticompetitivas pelo Plenário do CADE poderão ser tidas como abusivas, uma vez que tais regulamentos podem ter o efeito prático de obstar a entrada de novos players no mercado, em afronta ao art. 4º, II da Lei da Liberdade Econômica. O Tribunal do CADE já reconheceu que o principal efeito prático da cobrança da THC2 é justamente o aumento injustificado dos custos de concorrentes no mercado a jusante de armazenagem alfandegada, destacando, também, as dificuldades geradas à entrada de concorrentes por conta dessa conduta. Ademais, o entendimento da autoridade antitruste acerca da natureza anticompetitiva dessa cobrança é pacífico. O CADE tem reiterada e consistentemente rechaçado tal conduta nas últimas duas décadas. Aliás, em 03/02/21, o CADE reiterou novamente seu entendimento e condenou o Tecon Suape S/A pela cobrança ilegal de THC2 (Proc. Adm 08700.005499/2015-51). A THC2 é um valor carente de lastro contratual, criado pelos operadores portuários a pretexto de alegada remuneração por custos adicionais que incidiriam na movimentação lateral de contêineres, mas que já são cobertos pela THC/Capatazia. A possibilidade da cobrança advém tão somente do fato de que os operadores portuários se aproveitam da posse temporária dos contêineres para impor cobranças</p>

indevidas aos RA's, que competem com aqueles no mercado de armazenagem alfandegada. Portanto, a cobrança tem o potencial de (i) excluir os RA's retroportuários (como a Multilog) do mercado de armazenagem; (ii) reduzir os serviços ofertados aos importadores; (iii) desestimular o processo de modernização do porto; (iv) reduzir do fluxo de cargas; e, ainda, (iv) majorar os valores ao consumidor final. Em 2015, a Gerência de Regulação da ANTAQ elaborou a Nota Técnica 48/2015 ("NT 48/2015"), nos autos do PA 50300.000381/2008-86 (processo de revisão da Resolução 2.389/2012), com rigorosa análise de 78 páginas em que encaminhou proposta de minuta de norma proibindo expressamente a cobrança da THC2/SSE. Inicialmente, a NT 48/2015 reconhece que os Operadores Portuários apenas efetuam as cobranças das Instalações Portuárias Alfandegadas como forma de baratear os serviços prestados aos Armadores (seus clientes) e encarecer os serviços prestados pelos seus concorrentes no mercado de armazenagem (as próprias Instalações Portuárias). Nesse cenário, as Instalações Portuárias Alfandegadas apenas suportariam a cobrança porque dependem da posição vantajosa dos Operadores Portuários para acessar os contêineres destinados aos seus clientes. A NT 48/15 também adota o posicionamento reiterado do CADE e conclui que a mera cobrança da THC2/SSE já é abusiva por si só, vez que detém o potencial de controlar o valor final dos serviços prestados pelas Instalações Portuárias Alfandegadas.

**OFENSA LEI À DAS AGÊNCIAS REGULADORAS** A Lei 13.848/2019, em seus arts. 25 a 28, ao regular a interação entre agências reguladoras e órgãos de defesa da concorrência, esclarece que incumbe tão somente ao CADE "a aplicação da legislação de defesa da concorrência nos setores regulados", inclusive "a instauração e a instrução de processos administrativos para apuração de infrações à ordem econômica". Com isso, para que uma cobrança seja autorizada pela perspectiva regulatória, faz-se imprescindível que ela seja também autorizada sob a perspectiva concorrencial. Assim, se a THC2 é reconhecida como anticompetitiva pela autoridade antitruste (e ela é, conforme entendimento reiterado nas últimas duas décadas), ela é ilegal e a ANTAQ não pode editar regulação que pretenda afastar esse reconhecimento, sob pena de manifesta ilegalidade e violação às atribuições do CADE.

**INCOMPETÊNCIA DA ANTAQ PARA CRIAR DIREITOS E OBRIGAÇÕES** Não há relação jurídica entre terminal portuário e RA's que justifique qualquer "fato gerador". Afinal, em uma típica operação de importação de mercadorias, as relações jurídicas verificadas são entre o importador e o exportador (contrato de compra e venda); importador e armador (contrato de transporte); armador e operador portuário (contrato de descarga e de movimentação de cntr para viabilizar a entrega da carga); e entre importador e RA's (que pode ser uma instalação portuária alfandegada ou um recinto do próprio operador portuário - contrato de armazenagem). O term. port., portanto, é um mero subcontratado do armador. Assim, o armador já remunera o terminal por todos os serviços prestados para a descarga, movimentação e eventual entrega dos contêineres no portão do terminal. Frise-se, nesse sentido, que o próprio corpo técnico da ANTAQ reconhece a inexistência de relação jurídica entre operador portuário e inst. port. alfand. Inicialmente, esse reconhecimento se deu no contexto da NT 48/2015, apresentada no processo de revisão da Res. 2.389/2012 (proc. 50300.000381/2008-86). Na mesma NT 48/15, o corpo técnico da ANTAQ também concluiu que, mesmo que houvesse qualquer serviço adicional na etapa de movimentação horizontal de

		mercadorias, tais cobranças deveriam ser dirimidas entre aqueles que de fato detêm relação jurídica: os operadores portuários e os armadores. A cobrança jamais poderia recair sobre as inst. portuárias alfand. Por fim, o reconhecimento de inexistência de relação jurídica pelo corpo técnico da ANTAQ se deu também no Relatório de AIR referente à regulamentação do valor-teto de THC2. Portanto, não há qualquer causa jurídica tampouco fática que justifique a existência de um fato gerador para cobranças como THC2. E, como se sabe, somente a lei pode criar direitos ou obrigações. Constatada a ausência de relação jurídica ou de lei autorizando essa cobrança, a ANTAQ, que não tem competência para legislar direito civil, jamais poderia criar, uma nova obrigação não prevista em lei, sob pena de violar o art
	<b>Análise Técnica</b>	Não acatada
	<b>Justificativa da Análise</b>	A contribuição não trata especificamente do objeto da consulta pública, qual seja: a regulamentação do art. 9º da Resolução Normativa ANTAQ nº 34. O participante argumenta pela impossibilidade de cobrança apartada da SSE e pela necessidade de alteração da definição de THC e Box Rate da Resolução Normativa ANTAQ nº 34. Nesse sentido, em consonância com o parágrafo 94 da Nota Técnica nº 18/2021/GRP/SRG, recomenda-se o indeferimento da contribuição, considerando se tratar de assunto já deliberado pela Diretoria Colegiada e que não compõe o objeto da consulta pública.
<b>ID 2 , 3, 4, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14</b>	<b>Razão Social (CPF/CNPJ)</b>	Secretaria de Advocacia da Concorrência e Competitividade (944460055809)
	<b>Redação Proposta</b>	vide PARECER SEI Nº 5472/2021/ME
	<b>Justificativa para Alteração</b>	A Secretaria de Advocacia da Concorrência e Competitividade do Ministério da Economia (Seae/ME) apresenta, por meio deste parecer, considerações sobre a matéria disposta na Audiência Pública Antaq nº 008/2021, da Agência Nacional de Transportes Aquaviários – Antaq, que visa obter contribuições, subsídios e sugestões para regulamentação do art. 9º, parágrafo único da Resolução Normativa nº 34-ANTAQ, de 2019 [i], que descreve: "No caso em que restar demonstrada a verossimilhança de que exista abuso ilegal na cobrança do SSE, a ANTAQ poderá estabelecer o preço máximo a ser cobrado a esse título, mediante prévio estabelecimento e publicidade dos critérios a serem utilizados para sua definição." De acordo com as informações dispostas pela ANTAQ, identificaram-se prejuízos à concorrência e efeitos de onerosidade regulatória na proposta de aprimoramento da Resolução, destacando-se que a agência reguladora tem, dentro dos limites legais, autonomia para instituir regulamentos para disciplinar os serviços prestados no setor de transportes aquaviário. Ressalta-se que o prazo para manifestação é 14 de abril de 2021, e a manifestação do presente parecer está em conformidade com as atribuições da Secretaria relativas à promoção da concorrência e outros incentivos à eficiência econômica constantes na Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011[ii], e no Decreto n. 9.745, de 8 de abril de 2019 [iii] . A Secretaria de Advocacia da Concorrência e Competitividade do Ministério da Economia (Seae/ME)

apresenta, por meio deste parecer, considerações sobre a matéria disposta na Audiência Pública Antaq nº 008/2021, da Agência Nacional de Transportes Aquaviários – Antaq, que visa obter contribuições, subsídios e sugestões para regulamentação do art. 9º, parágrafo único da Resolução Normativa nº 34-ANTAQ, de 2019 [i], que descreve: "No caso em que restar demonstrada a verossimilhança de que exista abuso ilegal na cobrança do SSE, a ANTAQ poderá estabelecer o preço máximo a ser cobrado a esse título, mediante prévio estabelecimento e publicidade dos critérios a serem utilizados para sua definição." De acordo com as informações dispostas pela ANTAQ, identificaram-se prejuízos à concorrência e efeitos de onerosidade regulatória na proposta de aprimoramento da Resolução, destacando-se que a agência reguladora tem, dentro dos limites legais, autonomia para instituir regulamentos para disciplinar os serviços prestados no setor de transportes aquaviário. Ressalta-se que o prazo para manifestação é 14 de abril de 2021, e a manifestação do presente parecer está em conformidade com as atribuições da Secretaria relativas à promoção da concorrência e outros incentivos à eficiência econômica constantes na Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011[ii], e no Decreto n. 9.745, de 8 de abril de 2019 [iii]. A consulta pública visa a coleta de subsídios para regulamentação do parágrafo único da art. 9º da RN 34/2019 ANTAQ. Que trata da possibilidade de fixação de teto máximo por parte da Agência quando da cobrança do Serviço de Segregação e Entrega- SSE. Os documentos utilizados como referência para elaboração desse Parecer Técnico são: Os documentos utilizados para a elaboração dessa Nota Técnica são: Parecer n.º 440 COGSI/SEAE/MF de 31 de dezembro de 2002; SEI nº 37/2018/COGTS/SUPROC/SEPRAC-MF de 25 de julho de 2018; SEI nº 46/2018/COGTS/SUPROC/SEPRAC-MF de 17 de julho de 2018, SEI nº 57/2019/COGTS/SAC/SEAE/SEPEC-ME, Acórdãos do Tribunal de Contas da União: 1.439/2016 – Plenário, 1659-2016; 1704-2018; 1590-2019; ANTAQ Resolução Normativa 2389-2012; 34-2019; Documentos ANTAQ (SEI): (1198153); (1103144); (1115207); (1192036); (1111198); (1226113); (1041607); (1039347); (1094397); (0985582); (0960217); (0960214); (0962503); (0962153); AIR do preço-teto para o SSE e de uma franquia para cargas, datado de janeiro de 2020; Relatório Final – Estudo Comparativo dos Valores de THC nos terminais de contêineres no Brasil e no mundo (outubro de 2019); NOTA n. 00121/2020/NCA/PFANTAQ/PGF/AGU; DESPACHO n. 00131/2020/NCA/PFANTAQ/PGF/AGU; Despacho n. 00503/2020/GAB/PFANTAQ/PGF/AGU; Documentos CADE (SEI): (0162165); (0215752); (0838671); Voto Vogal Processo do Presidente Elizabeth Maria Mercier Querido Farina no PA n. 08012. 007443/1999-17 de 27 de abril de 2005; Voto do Conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado no PA n. 08012. 007443/1999-17 de 9 de março de 2005; Voto Vista do Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva no PA n. 08012. 007443/1999-17 de 27 de abril de 2005; Representação da Atlântico Terminais contra o TECON SUAPE impetrado por Ruy de Mello Miller Advocacia junto ao CADE datado de 02-06-2015; Apresentação em PowerPoint da ABRATEC datada de fevereiro de 2021; OCDE\_The Governance of Regulators; e OECD- Fostering Innovation Pub Sector. A análise a seguir da Consulta Pública será dividida nas seguintes partes: i) proposta de regulamentação normativa; ii) contextualização; iii) aspectos concorrenenciais (checklist da ocde); iv) avaliação de onerosidade regulatória; v) considerações adicionais; vi) recomendações; e vii) conclusões.

PROPOSTA DE REGULAMENTAÇÃO NORMATIVA A audiência pública da ANTAQ no 08/2021 tem o objetivo de buscar subsídios para a regulamentação do art. 9º da RN 34, que trata da forma de cobrança do Serviço de Segregação e Entrega- SSE, conceito esse criado pela ANTAQ quando da publicação da Resolução Normativa 34. Propõe-se regulamentar especificamente o parágrafo único do artigo transrito abaixo: "No caso em que restar demonstrada a verossimilhança de que exista abuso ilegal na cobrança do SSE, a ANTAQ poderá estabelecer o preço máximo a ser cobrado a esse título, mediante prévio estabelecimento e publicidade dos critérios a serem utilizados para sua definição." A proposta de regulamentação tem relação com as determinações da Diretoria Colegiada da ANTAQ no seu Acórdão 232, incisos I, II e III, de 4 de dezembro de 2020, verbatim: "Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, na conformidade dos votos objeto da Ata da 490a Reunião Ordinária da Diretoria Colegiada, realizada em 26/11/2020, acordam os Diretores da Agência Nacional de Transportes Aquaviários em fazer prevalecer o entendimento expresso no voto proferido pelo Diretor Francisval Mendes, com o complemento trazido no voto do Diretor Adalberto Tokarski, nos seguintes termos: I - detectar a incompletude e total inadequação do AIR e das mudanças normativas propostas pela área técnica, sobretudo diante da constatada desvinculação do voto que fundamentou as determinações contidas no Acórdão 62-ANTAQ (SEI no 0835581), que deu origem ao dispositivo da Resolução Normativa no 34-ANTAQ (parágrafo único, do art. 9º), o qual deveria ter sido devidamente regulamentado de acordo com as premissas da decisão da Diretoria Colegiada, de modo que rejeito por completo suas conclusões e entendo por não acolhê-lo ou aproveitar quaisquer de suas conclusões, e, por consequência, também rejeitar todos atos subsequentes, por conter vícios de origem, na forma da fundamentação supra; II - determinar o retorno dos autos à Superintendência de Regulação (SRG) para que atenda ao determinado no processo no 50300.000381/2008-86 e no voto condutor do Acórdão 62-ANTAQ (SEI no 0835581), mediante uma nova análise de impacto regulatório, completamente escudada no comando da Diretoria Colegiada e nos estritos termos das políticas públicas envolvidas; III - determinar à SRG que abra, previamente ao novo AIR, uma Consulta Pública sobre o tema, nos moldes do art. 2º, III, e dos arts. 29 e seguintes da Resolução Normativa no 33/219-ANTAQ; "(grifo nosso). 3. CONTEXTUALIZAÇÃO Preliminarmente, deve-se observar que a movimentação portuária é definida na Lei n. 12.815/2013 [iv] Lei dos Portos, no seu art. 40º, como sendo: "I - capatazia: atividade de movimentação de mercadorias nas instalações dentro do porto, compreendendo o recebimento, conferência, transporte interno, abertura de volumes para a conferência aduaneira, manipulação, arrumação e entrega, bem como o carregamento e descarga de embarcações, quando efetuados por aparelhamento portuário;" (grifo nosso) Segundo Keedi (2020) na obra intitulada: Transportes, Unitização e Seguros Internacionais de Carga – Prática e Exercícios (8ed. Aduaneiras) trata a questão do THC, explica o conceito do THC, in verbis: "As despesas da movimentação portuária, desmembradas do frete e cobradas à parte, são denominadas de capatazia ou Terminal Handling Charge (THC), dependendo, respectivamente, de tratar-se de carga solta (aquele a granel ou geral) ou carga em container. Essa operação deve ser entendida como a movimentação de carga dentro do terminal portuário desde o momento que ela entra no portão (gate) do porto até ser levada ao lado do navio para

ser embarcada ou desde a sua colocação no cais na operação de desembarque até a sua passagem de saída pelo gate do porto.”(grifo nosso) Sobre a cobrança do SSE, vale registrar o Voto do Conselheiro do CADE no Processo Administrativo nº 08012.003824/2002-84, que aponta problemas de concorrência dessa cobrança, como indica transcrição abaixo: “Feitas mais algumas diligências, a Superintendência-Geral (“SG”) finalizou a instrução e emitiu a Nota Técnica Final nº 311 (fls. 4109/4178). Tal documento, de forma didática e elucidativa, descreveu a atividade portuária e a evolução legislativa do setor. Fazendo considerações sobre os diversos aspectos da conduta investigada, entendeu que houve ilícito antitruste, uma vez que a cobrança da THC2 acarretaria em (i) discriminação artificial aos importadores que optam por armazenar suas cargas em recintos alfandegados independentes e (ii) consequente dificuldades adicionais artificiais destes para manterem-se competitivos; (iii) barreiras à entrada a novos recintos alfandegados; (iv) alavancagem do poder de mercado dos operadores portuários no mercado em questão; e (v) aumento, inclusive, dos custos dos mais diversos setores da economia nacional. Sugeriu, pois, a condenação das Representadas nos termos do artigo 20, incisos I, II e IV c/c artigo 21, incisos IV, V, XII e XIV, ambos da Lei nº 8.884/94 (correspondentes ao artigo 36, incisos I, II e IV, e § 3º, incisos III, IV, X e XII da Lei nº 12.529/2011).” (grifo nosso) Os problemas de concorrência da cobrança do SSE foram considerados pelo Tribunal do Cade, que tem se manifestado sistematicamente contrário à cobrança nos casos específicos em que tem sido provocado, com indicativo de infração à ordem econômica. De forma exemplificativa, destaca-se a recente condenação daquele Conselho Administrativo de Defesa Econômica, em fevereiro de 2021, de terminal localizado no Porto de Suape/CE, baseado no entendimento de que cobrança da taxa THC2 ou SSE pelo mencionado terminal se mostra abusiva, tendo em vista que alguns dos custos já são remunerados mediante o pagamento da tarifa básica pelo armador ao operador portuário (THC), havendo, portanto, cobrança em duplidade. Adicionalmente, entendeu aquele Conselho que a prática da cobrança tem caráter discriminatório, uma vez que o mesmo terminal não efetua a cobrança do SSE quando ele próprio realiza a armazenagem da mercadoria [v] . O Tribunal de Contas da União (TCU), quando trata da matéria no Acórdão 1704/2018, com base no TC 014.624/2014-1[vi], manifesta posição contrária à regulamentação da SSE no formato vigente. A Corte de Contas também ratifica posicionamento do CADE, in verbis : “169. Ressalte-se: o CADE tem sinalizado há mais de dez anos (desde 2005, com a decisão condenatória no PA nº 08012.007443/1999-17), de forma consistente e reiterada, que a cobrança de THC2 é ilícita à luz do direito concorrencial, não devendo pairar qualquer dúvida sobre o entendimento, até hoje consolidado, deste Tribunal sobre a matéria. (...) 175. O fato de a Antaq ter mudado de posição nos últimos anos em relação ao assunto (e, possivelmente, mudará de novo, haja vista o atual debate público sobre a Resolução nº 2.389/12), inclusive com divergências explícitas entre a posição de seus diretores e do seu corpo técnico, não altera a posição do CADE sobre os impactos anticoncorrenciais que a taxa gera no mercado de armazenagem de contêineres. “ (grifo nosso)

Durante os trabalhos técnicos da Agência Reguladora que originaram a Nota Técnica nº 48/2015/GRP, da Antaq, de 03 de dezembro de 2015, observa-se que a prática internacional e o entendimento dos técnicos

é de que a THC engloba todos os serviços, vejamos: "49. A prática internacional e os entendimentos devidamente fundamentados da área técnica da Agência dão conta, portanto, que a Terminal Handling Charge corresponde ao valor cobrado, via preço, com vistas a remunerar todo o conjunto de movimentações prestadas aos contêineres 'em terra' e consubstancial, em suma, o preço, tomado por unidade de contêiner, destinado a garantir, adicionalmente ao frete marítimo, a prestação de serviços envolvidos na etapa de movimentação das cargas ao longo da zona portuária, desde o costado do navio até sua efetiva entrega ao destinatário mediato ou imediato, para efetiva saída da área ou terminal portuário." (grifo nosso) Além do posicionamento contrário a cobrança do SSE apresentados ainda deve-se ressaltar que a Agência, quando da apresentação da Análise de Impacto Regulatório – AIR, em 2020, informa que não realizou estudo de preços do SSE em relação prática internacional, vejamos: "O estudo buscou conhecer a prática internacional no que tange à composição dos serviços incluídos na THC. Não abrangeu preços praticados por transportadores marítimos de linhas regulares (liners) em portos/terminais de contêineres. Também não foi objeto do estudo os preços do Serviço de Segregação de Contêineres, também conhecida como THC 2." (grifo nosso) Em relação à discussão do assunto no âmbito do SEAE, ele, já foi objeto de posicionamento por parte dessa Secretaria em 2002, 2011, 2018, 2019, e em todos os posicionamentos foi contrário à cobrança do SSE [vii] e [viii], conforme se transcreve a seguir: "32. No caso em apreço, verifica-se que o local da efetiva entrega consiste na pilha formada pelo TP. Não obstante, a colocação na pilha é definida na proposta como o último ato remunerado tanto pelo BR quanto pelo THC, o que reforça o receio em relação à tese de simplificação conceitual da atividade de movimentação de cargas, dada a possibilidade de se construir o entendimento de que as etapas de segregação das cargas e sua efetiva entrega não estariam remuneradas pelo THC e, consequentemente, nem pelo BR. 33. Nesse sentido, a simplificação conceitual proposta pela norma pode ensejar o entendimento inadequado de que a mera colocação da carga na pilha já configuraria a sua efetiva entrega, oportunizando-se a cobrança diferenciada por esse procedimento final. [ix]" (grifo nosso) O entendimento da SEAE em manifestações precedentes foi de que a definição de THC não poder estar vinculada a pontos espaciais específicos (portão do terminal, pilha de armazenamento etc.), mas simplesmente corresponder a todo o serviço prestado pelo terminal portuário como movimentação interna de contêineres até sua entrega ao destinatário, pois essa seria a finalidade dos serviços prestados pelo terminal, em linha com a prática internacional, conforme descrito no Parecer SEI nº 37/2018/COGTS/SUPROC/SEPRAC-MF, de 25 de junho de 2018. In verbis: "[...] 9. Esta longa digressão se faz necessária para apontar que, já na audiência pública prévia à aprovação da Resolução Antaq nº 2.389/2012 – que se pretende revisar na audiência pública ora analisada – foram mostrados pontos importantes em relação à delimitação dos conceitos de BR e THC trazidos pela agência. Tal delimitação, como aponta o exerto acima, foi contra a escolha técnica da agência, tendo sido uma opção da Diretoria Colegiada. 10. A presente audiência pública, apesar de revisar a norma citada, não revê o alcance dos conceitos de BR e THC, mantido, em ambos, até sua colocação na pilha do terminal portuário no caso da importação, em vez de estender os conceitos até a efetiva entrega ao importador, ao consignatário da

carga ou a recinto alfandegado. 11. Nesse sentido, mais uma vez, a área técnica da agência foi contrariada, como se verá no trecho a seguir, retirado da Nota Técnica nº 48/2015/GRP, da Antaq, de 03 de dezembro de 2015: "10. A presente revisão normativa tem, portanto, como principais objetivos adequar os dispositivos da Resolução ANTAQ nº 2.389, de 13/02/2012, ao Novo Marco Regulatório Portuário (Lei nº 12.815, de 05/06/2013), promovendo as necessárias adaptações no âmbito da regulação dos serviços de movimentação e armazenagem de contêineres e carga geral alfandegadas no âmbito das áreas e instalações portuárias, de uso público ou privado (...). 11. Não se pretende (...) impedir a liberdade negocial (...), mas, antes, viabilizá-lo de modo efetivo, mediante a estabilização e a coerência do ambiente regulatório às premissas constitucionais reitoras da exploração portuária e, mais amplamente, da Ordem Econômica. (...) 13. Um segundo objetivo da revisão é o de garantir as condições estruturais e comportamentais de competitividade não apenas na operação portuária, mas, sobretudo, nos mercados de armazenagem, de modo a garantir que restrições verticais possibilitadas pela atual redação da Resolução nº 2.389/2012 sejam vedadas ex-ante e fiscalizadas ex post (...)." 12. Como visto neste longo trecho do documento produzido pela área técnica da agência, a delimitação trazida na Resolução Antaq nº 2.389/2012 para BR e THC não encontra justificativa econômica nem técnica, indo contra a prática internacional e não levando também em consideração as recomendações da então Seae e do Cade. 13. Dessa forma, em consonância com o corpo técnico da Antaq – que, uma vez mais, recomenda que a definição regulatória da BR e da THC abarque toda a movimentação horizontal de mercadorias –, a Seprac recomenda que a agência a revise estes conceitos, considerando, na importação, a efetiva entrega ao importador ou consignatário ou a um recinto alfandegado o fim das atividades por eles englobadas. " Quando da discussão da RN 2389/2012, a ANTAQ não recepcionou a manifestações da SEAE e CADE em relação a cobrança da SSE, e segundo o próprio CADE, não motivou o não acolhimento, como indica a próxima transcrição de documento do conselho: "Frise-se: o problema aqui não diz respeito ao fato de a ANTAQ ter desconsiderado as recomendações feitas pela SEAE e pelo CADE, mas ao fato de não ter justificado o motivo do seu não acatamento. As recomendações da OCDE são claras ao exigir que uma "imunidade antitruste", sempre de caráter excepcional, deva ser objeto de justificativa, como evidência de sua importância para uma política pública específica, que pode privilegiar outros valores em detrimento da livre-concorrência. Neste sentido, a tese de que a THC2 corresponde a um serviço adicional, com um custo igualmente adicional, o que justificaria a sua cobrança, vai de encontro com as contribuições submetidas em resposta à minuta de Resolução colocada em consulta pública. Simplesmente todas as contribuições que abordam este ponto afirmam que os conceitos de THC e Box Rate devem abranger a efetiva entrega da mercadoria, o que inclui a chamada taxa de segregação e entrega de contêineres (ou THC2). Não se trata, portanto, da prestação de um serviço "gratuito", mas a cobrança em duplicidade de um serviço já coberto pela THC."(grifo nosso) Com o posicionamento vigente pela supracitada RN 2389/2012, foi estabelecida uma diferenciação para o fluxo de importação e exportação, pois não mais o serviço abarcado pelo THC se encerra com a entrega do produto ao importador ou Recinto Alfandegado, mas em uma pilha dentro da área do Operador Portuário. Passados, mais de 6 (seis) anos da publicação

da RN 2389/12 a Agência retorna com a discussão do SSE. E mais uma vez a SEAE se manifesta quando instada sobre o tema agora com foco na RN 34/2019 mostrando a inadequação de se estabelecer a SSE tal como é feito na Resolução retro-citada, pois a mesma apresenta vários problemas de ordem regulatória e concorrencial.

Deve-se alertar o conhecimento, por parte dessa Secretaria, que o assunto encontra-se judicializado nos tribunais de São Paulo, Bahia e Pernambuco. Até o presente momento, todas as decisões do Tribunal do CADE foram contrárias ao pagamento da SSE (THC2) por parte dos Recintos Alfandegados (RAs) com aplicação de multa para os Operadores que usaram tal prática. De forma sintética, temos os seguintes pontos: 1) Seae já se posicionou contra SSE por entender que o conceito de THC engloba toda a movimentação horizontal de mercadorias. 2) existência de Contestações Judiciais, do TCU e do CADE quanto à legalidade. 3) A área técnica da ANTAQ já se posicionou contraria à cobrança da SSE. 4) **ASPECTOS CONCORRENCEIAIS (CHECKLIST DA OCDE)** Segundo a metodologia de análise de impacto concorrencial da OCDE [x], que consiste em um conjunto de questões a serem verificadas na análise do impacto de políticas públicas sobre a concorrência. O impacto competitivo poderia ocorrer por meio de quatro efeitos: 1º efeito - limitação no número ou variedade de fornecedores, provável no caso de a política proposta: i) Conceder direitos exclusivos a um único fornecedor de bens ou de serviços; ii) Estabelecer regimes de licenças, permissões ou autorizações como requisitos de funcionamento; iii) Limitar a alguns tipos de fornecedores a capacidade para a prestação de bens ou serviços; iv) Aumentar significativamente os custos de entrada ou saída no mercado; e, v) Criar uma barreira geográfica à aptidão das empresas para fornecerem bens ou serviços, mão-de-obra ou realizarem investimentos. 2º efeito - limitação da concorrência entre empresas, provável no caso de a política proposta: i) Limitar a capacidade dos vendedores de fixar os preços de bens ou serviços; ii) Limitar a liberdade dos fornecedores de fazerem publicidade ou marketing dos seus bens ou serviços; iii) Fixar padrões de qualidade do produto que beneficiem apenas alguns fornecedores ou que excedam o nível escolhido por determinados consumidores bem informados; e, iv) Aumentar significativamente o custo de produção para apenas alguns fornecedores (especialmente dando tratamento diferente aos operadores históricos e aos concorrentes novos). 3º efeito - diminuir o incentivo para as empresas competirem, prováveis no caso de a política proposta: i) Estabelecer um regime de autorregulamentação ou de corregulamentação; ii) Exigir ou estimular a publicação de dados sobre níveis de produção, preços, vendas ou custos das empresas; e, iii) Isentar um determinado setor industrial ou grupo de fornecedores da aplicação da legislação geral da concorrência; 4º efeito – Limitação das opções dos clientes e da informação disponível, provável no caso de a política proposta: i) Limitar a capacidade dos consumidores para escolherem o fornecedor; ii) Reduzir a mobilidade dos clientes entre fornecedores de bens ou serviços por meio do aumento dos custos, explícitos ou implícitos, da mudança de fornecedores; e, iii) Alterar substancialmente a informação necessária aos consumidores para poderem comprar com eficiência. Considerando os critérios estabelecidos pela OCDE, foram identificados impactos negativos à concorrência. A proposta regulamentação de cobrança de nova taxa por porte dos Operadores

Portuários em acréscimo aos serviços já cobrados dentro do Box Rate (BR) e THC cria impactos concorrenciais e um desequilíbrio entre Operadores Portuários (OP) e Recintos Alfandegados (RA). Exemplificando essa questão, vamos descrever as iterações entre os agentes envolvidos no transporte marítimo de mercadorias. Para tanto, relata-se uma importação hipotética: o importador seleciona o transportador (armador); firma-se um contrato de transporte marítimo [ 1 ] , no qual o armador é previamente informado pelo contratante qual o porto de destino, cabendo àquele escolher o OP a ser utilizado [2]; o preço referente às movimentações vertical e horizontal da mercadoria é fechado entre o terminal portuário (TP) e o armador; o importador fecha contrato de armazenagem alfandegada de mercadoria, serviço que pode ser prestado pelo OP ou por um RA. Observa-se a existência de dois mercados distintos e interdependentes: movimentação e armazenagem. Esse relacionamento e o entendimento do caso foi apontado pelo CADE no Voto do Conselheiro Ricardo Cueva, para o caso SDE versus Terminal para Contêineres da Margem Direita – TECONDI, Libra Terminais S/A – Terminal 37, Usiminas (Rio Cubatão Logística Portuária Ltda.) e Santos Brasil – Tecon, Processo Administrativo nº. 08012.007443/1999-17, verbatim: “Há dois mercados na situação descrita nos autos. O primeiro é o mercado de movimentação de cargas transportadas em contêineres, que compreende os serviços de carga e descarga das embarcações e os serviços em terra (movimentação do costado do navio ao portão do terminal). O segundo é o mercado de armazenagem alfandegada de mercadorias em contêineres (que compreende a armazenagem até o desembarque aduaneiro das mercadorias). (...) No primeiro mercado a relação se dá entre os operadores portuários e os armadores, pois são estes últimos que escolhem o terminal portuário para desembarque. Tal escolha deve-se à inviabilidade econômica e operacional de o armador, que transporta mercadorias de vários importadores, efetuar atrações seguidas em terminais diferentes conforme a escolha de cada importador. Embora o dono da carga não escolha o terminal portuário para desembarque, é racional esperar-se que o armador escolha o terminal que ofereça os melhores serviços, com segurança e menor preço para seu cliente. Portanto, a definição do preço a ser pago pelos armadores aos operadores portuários, denominado box rate, dá-se pela concorrência entre os terminais portuários situados na mesma região, no caso a Baixada Santista, e os armadores. Dado que os contêineres importados somente podem ser retirados pelos importadores após seu desembarque aduaneiro, devem permanecer sob armazenagem alfandegada por certo tempo até a conclusão dos trâmites exigidos pela Receita Federal. Tal armazenagem alfandegada pode ser feita pelos terminais portuários, que, como visto, são integrados verticalmente [pois atuam simultaneamente no mercado de carga/descarga e no de armazenagem alfandegada], ou pelos acima referidos recintos alfandegados independentes, sendo certo que a concorrência nesse segmento ocorre via preços e qualidade nos serviços. A existência de interligação entre esses dois mercados (já que para prestar o serviço de armazenagem, é necessário que recintos alfandegados tenham acesso à carga desembarcada no terminal portuário) e a existência de integração vertical entre recintos alfandegados e terminais portuários fazem parte do campo de análise do processo ora analisado, como veremos adiante.” A própria SEAE aponta para essa situação e reforça o entendimento do Conselheiro do CADE quando do descreve no seu Parecer

nº 15/COGTL/SEA/MF de 2011 a situação, vejamos: "O voto prolatado reconheceu que os OPs e RAs competem pelo mercado de armazenagem alfandegada de mercadorias, participam de segmentos interconectados de uma rede prestação de serviços e que, desse modo, os RAs dependem do TPs para ter acesso à carga e prestar o serviço, uma vez que, como as cargas passam obrigatoriamente pelo TP, há a possibilidade de se criar dificuldades à entrega destas ao RA, por exemplo, por meio da elevação artificial do custo de prestação dos serviços ofertados pelos RAs. " (grifo nosso)

Dessa forma, observa-se a possibilidade de aumento dos custos de produção para apenas alguns fornecedores, no caso dos Recintos Alfandegados, quando da cobrança por parte dos OP de taxas dessa natureza, configurando caso de criação de custo para rival. Passados mais de seis anos da emissão desse parecer da SEAE, e sem nenhuma modificação nas relações concorrenciais entre os agentes envolvidos no caso em tela, a ANTAQ, com base na sua atribuição, publica a Resolução 34/2019. Essa Resolução no seu art. 2º incisos III, IX e X traz as definições dos serviços do Box Rate, SSE e THC, verbatim: III - Cesta de Serviços (Box Rate): 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, 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; IX - Serviço de Segregação e Entrega de contêineres - SSE: preço cobrado, na importação, pelo serviço de movimentação das cargas entre a pilha no pátio e o portão do terminal portuário, pelo gerenciamento de riscos de cargas perigosas, pelo cadastramento de empresas ou pessoas, pela permanência de veículos para retirada, pela liberação de documentos ou circulação de prepostos, pela remoção da carga da pilha na ordem ou na disposição em que se encontra e pelo posicionamento da carga no veículo do importador ou do seu representante; X - Taxa de Movimentação no Terminal (Terminal Handling Charge - THC): 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 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; "(grifo nosso) Essa inovação conceitual inserida na RN 34 da ANTAQ, não restou esclarecida pela agência na Nota Técnica n. 18/2021/GRP/SRG, fornecida pela ANTAQ como referência para a Audiência Pública. A área técnica da Agência quando da redação do RN 2389/2012 que foi substituída pela atual RN 34 deixou seu entendimento que o THC BR devem integrar todo o serviço de entrega para o cliente (no caso o importador), vejamos: "Art. 2º Para os efeitos dessa norma, considera-se: (...) VI - Box rate: taxa cobrada pelos serviços de movimentação das cargas entre o portão do terminal portuário e o porão da embarcação, incluída a guarda transitória das cargas até o momento de embarque, no caso da exportação, ou até a sua entrega ao importador ou consignatário ou a um recinto alfandegado, no caso da importação. VII - THC: taxa cobrada pelos serviços de movimentação das cargas entre o portão do terminal portuário e o costado da embarcação, incluída a guarda transitória das cargas até o momento de embarque, no caso da exportação, ou até a sua entrega ao importador ou consignatário ou a um

recinto alfandegado, no caso da importação. " (grifo nosso) Porém a proposta que segue as boas práticas internacionais não foi recepcionada pela Diretoria Colegiada da Autarquia à época que trouxe como conceito de THC e BR para a RN 2389/12 a seguinte redação, in verbis. VI - Cesta de Serviços (Box Rate): 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 até o momento do embarque, no caso da exportação, ou entre o porão da embarcação e sua colocação na pilha do terminal portuário, no caso da importação, considerando-se, neste último caso, a inexistência de cláusula contratual que determine a entrega no portão do terminal; VII - Taxa de Movimentação no Terminal (Terminal Handling Charge - THC): preço cobrado pelo serviço de movimentação de cargas entre o portão do terminal portuário e o costado da embarcação, incluída a guarda transitória das cargas até o momento do embarque, no caso da exportação, ou entre o costado da embarcação e sua colocação na pilha do terminal portuário, no caso da importação, considerando-se, neste último caso, a inexistência de cláusula contratual que determine a entrega no portão do terminal; (grifo nosso) A SEAE já se manifestou de forma divergente ao descrito na RN 2389/2012 e agora a RN 34/2019, pois o serviço de importação de um contêiner não encerra na pilha do Terminal Portuário. Ele se encerra na entrega do contêiner ao cliente, s.m.j., no caso, o importador da mercadoria que utilizou o transporte marítimo por contêineres para viabilizar seu negócio. Infere-se dessa forma, que há indicativos de impactos concorrenciais com efeitos anticompetitivos que se encontram discriminados pelo Guia de Concorrência estabelecido pela OCDE. Particularmente, os efeitos 2º, 3º e 4º dado que o exposto sobre a proposta de regulamentação em tela, ao apartar a cobrança do SSE do THC e prever um tratamento regulatório ex-post, favorece: a limitação no número ou variedade de fornecedores e à elevação significativa dos custos de entrada no mercado, pois, no limite, os custos dos RAs podem ser bastante elevados pelas possíveis cobranças feitas pelos TPs na etapa entre a pilha e o portão do terminal, inviabilizando a existência daqueles no mercado de armazenagem alfandegada, restando apenas os TPs para realizar tal serviço; a limitação da concorrência entre empresas, pois a proposta pode acarretar o aumento nos custos de operação dos RAs, pelo mesmo motivo apontado no item anterior; a diminuição do incentivo para as empresas competirem, visto que os TPs podem apresentar melhores preços para o serviço de armazenagem alfandegada não por serem mais eficientes que os RAs, mas por terem uma grande oportunidade para aumentar os custos desses. O contexto de incentivos favorável à ocorrência dos efeitos anticompetitivos comentados sugere a necessidade de aperfeiçoamento da proposta de regulamentação objeto da Audiência Pública ANTAQ nº 008/2021. 5. AVALIAÇÃO DE ONEROSIDADE REGULATÓRIA Uma referência para avaliar a onerosidade regulatória é a Instrução Normativa SEAE n. 111, de 5 de novembro de 2020 [xi] . O inciso V do artigo 2º da Instrução Normativa discorre sobre a questão da onerosidade regulatória: Art 2. [...] V - onerosidade regulatória - os custos regulatórios, diretos ou indiretos, decorrentes do cumprimento dos cinco critérios dispostos no Anexo I desta Instrução Normativa: Os critérios elencados na supracitada IN-SEAE para avaliação da questão da onerosidade regulatória, estão distribuídos em cinco categorias: I- Obrigações Regulatórias; II – Requerimentos Técnicos; III- Restrições e Proibições; IV-Licenciamento; e V – Complexidade Normativa. Em todos esses,

deve-se perseguir o padrão pró concorrência e das boas práticas internacionais. No caso da categoria I, Obrigações Regulatórias, cabe destacar os seguintes itens aderentes ao padrão-concorrência apontado pela IN-SEAE 111/2020 (transcritos abaixo): “1.01 - Os custos para as empresas em consequência da obrigação regulatória são quantificados, e comparados com eventuais benefícios, de modo a não prejudicar a concorrência do setor, a atratividade de investimento, a inovação e nem prejudicar o ambiente de negócios para novos entrantes? ... 1.04 - Tal obrigação é observada nos países mais competitivos do mercado internacional, particularmente nos mercados de origem dos concorrentes estrangeiros? ... 1.09 - Existem evidências, ao contrário de hipóteses ou suposições, dispostas no processo de instrução à edição do ato normativo, de que a proposta solucionará o problema regulatório identificado.

Como se indica nas observações ulteriores, os itens aderentes ao padrão-concorrência transcritos há pouco não são contemplados pela proposta de regulação em tela. Deve-se observar que o problema de ocasionar onerosidade regulatória inicia quando da publicação da Resolução 2.389/2012 (Revogada pela Resolução 34/2019), na qual a ANTAQ sinaliza com a possibilidade de cobrança por parte dos Operadores Portuários de serviços não incluídos no Box Rate: Art. 5º Os serviços não contemplados no Box Rate, quando demandados ou requisitados pelos clientes ou usuários do terminal sob a responsabilidade de operadores portuários, obedecerão condições de prestação e de remuneração livremente negociadas com o operador portuário ou divulgadas em tabelas de preços de serviços, observados os tetos de preços fixados pela Autoridade Portuária e as condições comerciais estipuladas no contrato de arrendamento. (grifo nosso) Art. 9º Os serviços de recebimento ou de entrega de cargas para qualquer outro modal de transporte, tanto dentro quanto fora dos limites do terminal portuário, não fazem parte dos serviços remunerados pela Box Rate, nem daquelas cujas despesas são resarcidas por meio do THC, salvo previsão contratual em sentido diverso. Em 2019 a ANTAQ revoga a RN 2.389/2012 e inova na recepção da cobrança do SSE inserindo o seu conceito no corpo da Resolução. Legitimando por parte dos operadores portuários a possibilidade de cobrança já realizada, e questionada administrativa e judicialmente, em desfavor dos Recintos Alfandegários. Após a edição da RN 2389/2012 a Agência Reguladora realizou estudo para avaliar os preços praticados pelos Terminais Portuários para o serviço de movimentação de contêineres da pilha até o portão do terminal. A figura 1 apresenta os valores. Observa-se a grande variação de preços cobrados pelo serviço definido na RN 34/2019: “...pelo serviço de movimentação das cargas entre a pilha no pátio e o portão do terminal portuário, pelo gerenciamento de riscos de cargas perigosas, pelo cadastramento de empresas ou pessoas, pela permanência de veículos para retirada, pela liberação de documentos ou circulação de prepostos, pela remoção da carga da pilha na ordem ou na disposição em que se encontra e pelo posicionamento da carga no veículo do importador. “(grifo nosso) Os valores apresentam uma variância 62% maior que o valor médio (R\$ 1.175,59). Além disso, dentro de um mesmo Porto, são cobrados valores com variação de quase 500%. Trata-se de dispersão expressiva, em que particularidades de custo decorrentes de especificidades técnicas ou regionais podem não ser suficientes para explicar. O mercado de movimentação de produtos por

contêineres no Brasil no ano de 2020 superou os 10,3 milhões de unidades. Se for considerado como 10% a capacidade de movimentação anual pelos recintos alfandegado e o preço médio informado pela Agência Reguladora para o ano de 2018 (R\$ 1.175,59) temos um custo de R\$ 1.210.857.700,00 por conta do SSE (custo Brasil). A própria Corte de Contas aponta uma situação consignada no Código Civil de acréscimo de despesa por um serviço contratado para entrega de uma mercadoria: "Assim, já se encontrando pagos o frete e as despesas de movimentação portuária, porque é essa a conformação contratual padrão no modelo liner terms, não haveria qualquer despesa adicional a ser quitada pelo consignatário ao retirar a carga endereçada a si no local avençado para a realização da tradição das cargas, etapa essa que constituiria, efetivamente, o adimplemento perfeito da obrigação assumida pelo terminal portuário."

(grifo nosso) Em vista do exposto, a proposta de regulamentação em tela não recepciona os aspectos pró-concorrência descritos na IN 111/2020, descritos em seu Anexo I, em especial, os itens 1.01, 1.04 e 1.09.

**6. CONSIDERAÇÕES ADICIONAIS** As análises de concorrência e onerosidade regulatória, com base no Guia de Concorrência da OCDE e da IN 111/2020, indicam efeitos concorrenenciais negativos e aumento do custo-país da cobrança do SSE apartada do THC cobrança da SSE que, como já se observou, ocorre de forma dissociada das práticas internacionais. As indicações convergem com manifestações e posicionamentos sobre o assunto de autoria da SEAE e de outros órgãos, que foram descritas anteriormente. Inclusive, da própria área técnica da Antaq, que expressou entendimento contrário à cobrança da SSE, com base no entendimento de que a THC deve comportar todas as atividades desenvolvidas pelo operador portuário, desde o recebimento da carga até sua entrega ao importador ou transportador, conforme noticia o TCU, no Relatório TC 014.624/2014-1[ xiii] e em manifestações específicas daquela área técnica sobre a matéria, a exemplo da Nota Técnica nº 48/2015/GRP, da Antaq, de 03 de dezembro de 2015. Destaque-se não se tratar de desconhecer a cobrança de custos inerentes às atividades do terminal portuário, mas tão somente de a exemplo dos demais países do mundo, alocá-lo nas rubricas específicas estabelecidas para tal finalidade, que no caso sob análise, é a THC, conceitualmente estabelecida para remunerar os custos envolvidos na movimentação da carga até a efetiva entrega ao usuário. Nesse contexto, de forma conceitual, a cobrança de forma apartada do SSE, pode ensejar cobrança em duplicidade, entre outros problemas competitivos relatados neste documento. De acordo com os entendimentos e posicionamentos do Tribunal do Cade, decorrente das análises dos casos submetidos àquele Conselho Administrativo, a cobrança de THC/SSE tem resultado no abuso de posição dominante por parte dos terminais molhados, aumentando artificialmente os custos e, por consequência, dificultando a atuação dos recintos alfandegados independentes, que, ainda que lhes sejam concorrentes nos serviços de alfandegamento e armazenagem, têm dependência dos "terminais molhados" para o recebimento da carga e prestação de ambos os serviços. Os terminais portuários, portanto, atuam com posição dominante relativamente às possibilidades de prestação de serviços dos recintos alfandegados independentes. Nesse contexto, a cobrança da THC2/SSE, constitui-se em criação de custo para rival, que pode resultar em barreira à entrada de novos prestadores de serviço e, consequentemente, redução do número de opções aos usuários, em contrariedade aos princípios de boa prática concorrencial preconizados pela OCDE.

Convém ainda destacar a possibilidade de o THC2/SSE constituir-se em ferramenta discriminatória, vez que não é cobrada dos usuários que utilizam os serviços de armazenagem do terminal portuário molhado. Outro aspecto relevante relacionado à THC2/SSE, diz respeito ao fato de a cobrança desta tarifa destacada da THC incidir, em última instância, sobre o usuário, a quem cabe arcar com todos os custos associados ao transporte, que não tem nenhuma gestão sobre o processo de escolha do terminal portuário, estando, portanto, sujeito a abusos de cobrança, por parte do terminal, sem deter nenhum poder de negociação com o terminal molhado. A circunstância comentada no parágrafo anterior, associada à posição dominante do terminal portuário, mencionada há pouco, bem como à possibilidade de criação de custo para rival, constituem fontes de incentivos adversos à concorrência e de abuso de poder econômico por parte dos terminais molhados, cujos efeitos podem ter se refletido na: i) heterogeneidade dos valores cobrados em terminais assemelhados, conforme já demonstrado neste Parecer – com alta variância relativamente aos valores médios e medianos; e ii) recorrência dos litígios nos âmbitos administrativos e judiciais descritos previamente.

Mais um aspecto para considerar é que ao apartar a cobrança do SSE do THC, conferindo uma interpretação mais restrita desse último e do que cobre o box rate, cria-se precedente e amparo para a instituição futura de novas taxas específicas apartadas do THC, com risco de incorrer nos problemas de concorrência e custos regulatórios comentados, em vista de mudanças técnicas e institucionais naturais da economia que podem ensejar serviços não abarcados na mencionada interpretação mais restrita. Finalmente, destaca-se que o conjunto de ativos utilizados para a movimentação das cargas sujeitas ao THC2/SSE é o mesmo utilizado para a movimentação das demais cargas pelo terminal, o que, ainda que se reconhecesse a necessidade de cobrança, traria enormes dificuldades para a apropriação equitativa/proportional dos custos correspondentes.

**7. RECOMENDAÇÕES** Ante os argumentos apresentados e com base na experiência internacional, não se identificaram fundamentos para justificar a cobrança, em formato separado, junto ao usuário da carga, de tarifa adicional (THC2/SSE) para a movimentação da carga, para entrega ao usuário, para posterior armazenamento em terminal retroportuário. Nesse contexto, entende-se recomendável e adequada a adoção das práticas internacionais, utilizando-se o box rate para remunerar todas as operações de movimentação das cargas do porão do navio até a efetiva entrega da carga ao usuário e a THC para remunerar toda a movimentação da carga do costado do navio até a efetiva entrega ao usuário, de forma que, a exemplo da prática corrente internacional, toda os custos relativos à movimentação da carga até a efetiva entrega ao usuário seja cobrada em uma única taxa - box rate e o terminal portuário seja remunerado integralmente pelos custos incorridos pela THC. Para isso, seria recomendável a alteração dos Incisos VI e VII do art. 2º do Anexo da Resolução Antaq nº 34/2019, no sentido de substituir o termo "e sua colocação na pilha do terminal portuário", por "portão do terminal portuário". Alternativamente, em caso de manutenção da regulamentação existente, a despeito do descolamento com as práticas internacionais, por meio da manutenção da cobrança da SSE/THC2, entende-se necessária a adoção de procedimentos de controle regulatório, com vistas a minorar os efeitos adversos de natureza concorrencial e de onerosidade

regulatória. O primeiro desses procedimentos, dada a heterogeneidade de condições existentes entre os terminais portuários, é a aplicação de tarifas-teto customizadas, em função das condições específicas de cada terminal, para os quais a Antaq deverá propor os "drivers" específicos de custo, representativos da atividade dos terminais portuários e das citadas especificidades que podem abranger fatores regionais e técnicos. Finalmente, avalia-se que eventual adoção de controle ex-post, por meio de arbitramento de casos concretos teria pouca efetividade. Primeiro porque são recorrentes os casos de litígios sobre o assunto nos âmbitos administrativos e judiciais. Segundo porque não se tratam de circunstâncias aleatórias, haja vista as falhas de mercado e incentivos adversos à concorrência já comentados. Terceiro porque a avaliação e controle ex-post pro postos pela Antaq tendem a acirrar conflitos institucionais com outros órgãos que já têm a atribuição regulatória de realizar avaliações ex-post de práticas anticompetitivas, como o Cade. Isso contribui para ocasionar insegurança jurídico-regulatória e aumento de custos para o usuário. Ante o exposto, recomenda-se que, na hipótese de manutenção da cobrança de SSE/THC2, a Antaq adote uma ação regulatória ex-ante, definindo a priori, bem como de forma customizada e regionalizada, o preço máximo para essa cobrança, de forma a minimizar os efeitos negativos de natureza concorrencial e de onerosidade regulatória indicados. 8. CONCLUSÃO 63. Com base nos elementos constante deste Parecer, e a partir da documentação disponibilizada e analisada pela SEAE-ME, observa-se a existência de posição dominante do Operador Portuário frente a outros atores da cadeia logística de importação. Ademais, a cobrança de SSE implica criação de custo para o rival. 64. Foi identificada a existência de inúmeros litígios administrativos e judiciais, que criam insegurança jurídica no mercado de importação utilizando contêineres. 65. De acordo com informações da própria ANTAQ existe uma heterogeneidade da cobrança do SSE, fato esse, que, indica problemas de concorrência decorrentes dos referidos incentivos e falhas de mercado. 66. Em face do exposto, das análises de concorrência e onerosidade regulatória, entre outras considerações realizadas neste documento, entende-se recomendável e adequada a adoção das práticas internacionais, utilizando-se o box rate para remunerar todas as operações de movimentação das cargas do porão do navio até a efetiva entrega da carga ao usuário e a THC para remunerar toda a movimentação da carga do costado do navio até a efetiva entrega ao usuário. 67. Na hipótese de que a ANTAQ fundamente a cobrança em separado do SSE, recomenda-se que o mecanismo de price cap seja adotado de forma a considerar especificidades de custos regionais e técnicas, apresentando a metodologia contendo os "drivers" de regionalização. 68. E que o valor do price cap seja definido em ação regulatória ex-ante, por tratar de situações reais, com grande assunção de litígios administrativos e jurídicos, bem como pelos comentados incentivos para imposição de barreiras à entrada e outras ações de natureza anticoncorrencial. Além dos problemas de efetividade e conflitos institucionais esperados da proposta de regulação ex-post que foram comentados neste documento. 69. A análise desenvolvida neste documento decorre das atribuições da Secretaria de Advocacia da Concorrência e Competitividade (SEAE) na promoção da concorrência e de outros incentivos à eficiência econômica dos mercados de bens e serviços, conforme Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011, e no Decreto n. 9.745, de 8 de abril de 2019 . Trata-se de posicionamento com base nas informações

	<p>disponíveis até a presente data. À consideração superior. Brasília, 14 de abril de 2021. Documento assinado eletronicamente ELIEZÉ BULHÕES DE CARVALHO Analista em Infraestrutura Documento assinado eletronicamente FÁBIO COELHO BARBOSA Coordenador De acordo. Documento assinado eletronicamente MAURICIO MARINS MACHADO Coordenador-Geral De acordo. Documento assinado eletronicamente ADRIANO DE CARVALHO PARANAÍBA Subsecretário de Competitividade e Melhorias Regulatórias – SUREG De acordo. Documento assinado eletronicamente GEANLUCA LORENZON Secretário de Advocacia da Concorrência e Competitividade [1] Este contrato pode ser de responsabilidade do importador ou do exportador, a depender do Incoterm utilizado. Incoterms são Termos Internacionais de Comércio, cláusulas contratuais que definem quando a responsabilidade sobre a mercadoria passa do vendedor para o comprador. [2] Como o armador transporta carga de vários clientes, não tem sentido que cada contratante escolha o TP, o que diminuiria a eficiência operacional do transportador, obrigando a realizar várias paradas no mesmo porto. [i] <a href="http://sophia.antaq.gov.br/terminal/acervo/detalhe/25024?guid=1599158599629&amp;returnUrl=%2Fterminal%2Fresultado%2Flistarlegislacao%3Fguid%3D1599158599629%26quantidad ePginas%3">http://sophia.antaq.gov.br/terminal/acervo/detalhe/25024?guid=1599158599629&amp;returnUrl=%2Fterminal%2Fresultado%2Flistarlegislacao%3Fguid%3D1599158599629%26quantidad ePginas%3</a></p>
<b>Análise Técnica</b>	Parcialmente acatada
<b>Justificativa da Análise</b>	<p>A contribuição da SEAE apresenta três recomendações:</p> <p>I - alterar a definição de THC e Box Rate da Resolução Normativa ANTAQ nº 34-ANTAQ para afastar a possibilidade de cobrança apartada do SSE;</p> <p>II - no caso da impossibilidade da adoção da primeira recomendação, recomenda a aplicação de tarifas-teto customizadas, em função das condições específicas de cada terminal, para os quais a Antaq deverá propor os "drivers" específicos de custo, representativos da atividade dos terminais portuários e das citadas especificidades que podem abranger fatores regionais e técnicos; e</p> <p>III - que, na hipótese de manutenção da cobrança de SSE, a Antaq adote uma ação regulatória ex-ante, definindo a priori, bem como de forma customizada e regionalizada, o preço máximo para essa cobrança, de forma a minimizar os efeitos negativos de natureza concorrencial e de onerosidade regulatória indicados.</p> <p>Nesse sentido, entende-se que a contribuição de alteração da definição de THC e Box Rate deve ser parcialmente indeferida pois está fora do escopo da presente consulta pública, que consiste especificamente na regulamentação do art. 9º da Resolução Normativa ANTAQ nº 34. Os demais elementos técnicos a respeito da regulamentação do parágrafo único do art. 9º devem ser acatados de modo a considerar as informações e posicionamentos na elaboração da AIR.</p>

ID 5	Razão Social (CPF/CNPJ)	Bandeirantes Deicmar Logística Integrada SA (58188756000196)
	Redação Proposta	<p>Somente a título de exercício, já que a cobrança do SSE/THC2 carece de legalidade sob todos os aspectos analisados, avaliamos a RN34 em busca da fórmula de preço teto para a cobrança que nunca deveria ter sido realizada. Avaliando sob o único aspecto possível de análise, a matemática pura, chegamos às seguintes hipóteses possíveis de valoração para cobrança do SSE, com base nas definições contidas na citada resolução: Já que, segundo a RN34, em abrangência: 1 - box rate cobrado na exportação = box rate cobrado na importação + SSE, e 2 - THC cobrado na exportação = THC cobrado na importação + SSE. Por puro amor à matemática podemos concluir que o preço teto "justo" para o SSE para que ele não pudesse mais ser chamado de THC2, poderia ser calculado por uma das fórmulas abaixo: 1 - valor do SSE = valor do box rate cobrado ao armador na exportação (-) valor do box rate cobrado ao armador na importação, ou 2 - valor do SSE = valor do THC cobrado pelo armador na exportação (-) valor do THC cobrado pelo armador na importação.</p>
	Justificativa para Alteração	<p>A Bandeirantes Deicmar reafirma que discorda de determinados dispositivos (Art. 2º, III, IX, X, art. 5º, art. 6º, §1º e art. 9º da Resolução Normativa nº 34/2019. Os referidos dispositivos autorizam a cobrança da THC2/SSE por Operadores Portuários, taxa abusiva e carente de previsão contratual e/ou legal para liberação de contêineres que serão armazenados em recintos de Instalações Portuárias Alfandegadas. A rigor, a resolução como um todo parece ter sido editada única e exclusivamente para dar um aspecto legal a uma excrescência. A Resolução viola conceitos estabelecidos em lei federal, assim como cria direitos e obrigações não previstas em lei, violando também a CF e o novo marco das agências reguladoras e a Declaração de Direitos da Liberdade Econômica. Ao editar essa resolução, portanto, a ANTAQ descumpriu sua atribuição legal prevista no art. 27, IV da Lei 10.233/2001, que lhe impõe o dever de garantir isonomia no acesso e uso da infra-estrutura aquaviária e portuária, assegurando os direitos dos usuários e fomentando a competição entre os operadores. Por fim, ao autorizar a cobrança da THC2, a Resolução violou as relações jurídicas estabelecidas em uma operação de importação pela via marítima e, com isso, cria um cenário que beneficia indevidamente Operadores Portuários em prejuízo de suas concorrentes diretas, Instalações Portuárias Alfandegadas e do mercado importador de forma geral que se vê obrigado a arcar com taxas criadas artificialmente sem contra partida de prestação de serviço. VIOLAÇÃO À LEI DE LIBERDADE ECONÔMICA A Resolução viola a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica (Lei 13.874/2019). Conforme aponta a EMI nº 83/2019/ME/AGU/MJSP, buscou-se "estabelecer garantias de livre mercado", "fator necessário e preponderante para o desenvolvimento e crescimento econômico de um país". Para combater o abuso de poder regulatório, a Secretaria de Concorrência e Competitividade do Ministério da Economia ("SEAE") publicou a Instrução Normativa nº 97/2020, cujo objetivo, sobretudo, é o de detalhar o rol contido no art. 4º da Lei de Liberdade Econômica, especificando as hipóteses de abuso de poder regulatório. O art. 5º, VII da referida Instrução Normativa estabelece que a edição de normas</p>

que autorizem condutas já reconhecidas como anticompetitivas pelo Plenário do CADE poderão ser tidas como abusivas, uma vez que tais regulamentos podem ter o efeito prático de obstar a entrada de novos players no mercado, em afronta ao art. 4º, II da Lei da Liberdade Econômica. O Tribunal do CADE já reconheceu que o principal efeito prático da cobrança da THC2 é justamente o aumento injustificado dos custos de concorrentes no mercado a jusante de armazenagem alfandegada, destacando, também, as dificuldades geradas à entrada de concorrentes por conta dessa conduta. O entendimento da autoridade antitruste acerca da natureza anticompetitiva dessa cobrança é pacífico. O CADE tem reiterada e consistentemente rechaçado tal conduta nas últimas duas décadas. A THC2 é uma sobretaxa carente de lastro contratual, criada pelos operadores portuários a pretexto de alegada remuneração por custos adicionais que incidiriam na movimentação lateral exclusivamente de contêineres de importação destinados a seus concorrentes. Nunca foi apontado qualquer custo adicional para a movimentação lateral de contêineres de exportação, de cabotagem, transbordo ou vazios. Somente uma pequena parcela de toda movimentação de um terminal de contêineres geraria custos adicionais. Podemos comparar essa cobrança a um resgate por um sequestro, visto que a mesma só é realizada em função da exploração de posição dominante dos terminais, que tem acesso à carga e a retém “a força” sujeitando seus concorrentes ao pagamento de algo indevido. Portanto, a cobrança tem o potencial de (i) excluir os recintos alfandegados retroportuários (como a Bandeirantes Deicmar) do mercado de armazenagem; (ii) reduzir as opções de prestadores de serviços aos importadores; (iii) desestimular o processo de modernização do porto; e (iv) ao final majorar os preços ao consumidor final. A própria Gerência de Regulação da ANTAQ se curvou a realidade ao elaborar a Nota Técnica nº 48/2015, nos autos do PA nº 50300.000381/2008-86, com rigorosa análise de 78 páginas em que encaminhou proposta de minuta de norma proibindo expressamente a cobrança da THC2/SSE. Como não poderia deixar de ser, a NT 48/15 também adota o posicionamento reiterado do CADE e conclui que a mera cobrança da THC2/SSE já é abusiva por si só, vez que detém o potencial de controlar o preço final dos serviços prestados pelas Instalações Portuárias Alfandegadas. OFENSA LEI À DAS AGÊNCIAS REGULADORAS A Lei 13.848/2019, em seus arts. 25 a 28, ao regular a interação entre agências reguladoras e órgãos de defesa da concorrência, esclarece que incumbe tão somente ao CADE “a aplicação da legislação de defesa da concorrência nos setores regulados”, inclusive “a instauração e a instrução de processos administrativos para apuração de infrações à ordem econômica”. Com isso, para que uma cobrança seja autorizada pela perspectiva regulatória, faz-se imprescindível que ela seja também autorizada sob a perspectiva concorrencial. Assim, se a THC2 é reconhecida como anticompetitiva pela autoridade antitruste (e ela é, conforme entendimento reiterado nas últimas duas décadas), ela é ilegal e a ANTAQ não pode editar regulação que pretenda afastar esse reconhecimento, sob pena de manifesta ilegalidade e violação às atribuições do CADE. A mesma situação foi vivenciada no setor aerooviário quando os aeroportos tentaram impor a cobrança do mesmo THC2 aos recintos alfandegados concorrentes. Como se poderia esperar de uma agência reguladora ciente de suas responsabilidades, a ANAC proibiu citada cobrança, assegurando assim o respeito aos contratos, ao papel das instituições e a livre concorrência. INCOMPETÊNCIA DA ANTAQ

**PARA CRIAR DIREITOS E OBRIGAÇÕES** Não há relação jurídica entre terminal portuário e recinto alfandegado que justifique qualquer "fato gerador". Afinal, em uma típica operação de importação de mercadorias, as relações jurídicas verificadas são entre o importador e o exportador (contrato de compra e venda); importador e armador (contrato de transporte); armador e operador portuário (contrato de descarga e de movimentação de contêiner para viabilizar a entrega da carga); e entre importador e recinto alfandegado (que pode ser uma instalação portuária alfandegada ou um recinto do próprio operador portuário - contrato de armazenagem). O terminal portuário, portanto, é um mero subcontratado do armador. Assim, o armador já remunera o terminal por todos os serviços prestados para a descarga, movimentação e eventual entrega dos contêineres no portão do terminal. O próprio corpo técnico da ANTAQ reconhece a inexistência de relação jurídica entre operador portuário e instalação portuária alfandegada no contexto da NT 48/2015, apresentada no processo de revisão da Resolução nº 2.389/2012 (processo nº 50300.000381/2008-86). Na mesma NT 48/15, o corpo técnico da ANTAQ também concluiu que, mesmo que houvesse qualquer serviço adicional na etapa de movimentação horizontal de mercadorias, tais cobranças deveriam ser dirimidas entre aqueles que de fato detêm relação jurídica: os operadores portuários e os armadores. A cobrança jamais poderia recair sobre as instalações portuárias alfandegadas. Por fim, o reconhecimento de inexistência de relação jurídica pelo corpo técnico da ANTAQ se deu também no Relatório de AIR referente à regulamentação do preço-teto de THC2. Portanto, não há qualquer causa jurídica tampouco fática que justifique a existência de um "fato gerador" para cobranças como THC2. E, como se sabe, somente a lei pode criar direitos ou obrigações. Constatada a ausência de relação jurídica ou de lei autorizando essa cobrança, a ANTAQ, que não tem competência para legislar direito civil, jamais poderia criar, em resolução, uma nova obrigação não pre

	<b>Análise Técnica</b>	Não acatada
	<b>Justificativa da Análise</b>	A contribuição não trata especificamente do objeto da consulta pública, qual seja: a regulamentação do art. 9º da Resolução Normativa ANTAQ nº 34. Nesse sentido, em consonância com o parágrafo 94 da Nota Técnica nº 18/2021/GRP/SRG, recomenda-se o indeferimento da contribuição, considerando se tratar de assunto já deliberado pela Diretoria Colegiada e que não compõe o objeto da consulta pública.
ID 6	<b>Razão Social (CPF/CNPJ)</b>	LOCALFRIO S.A. ARMAZENS GERAIS FRIGORIFICOS (58177751000116)
	<b>Redação Proposta</b>	N/A
	<b>Justificativa para Alteração</b>	A Localfrio esclarece que discorda de determinados dispositivos (Art. 2º, III, IX, X, art. 5º, art. 6º, §1º e art. 9º da Resolução Normativa nº 34/2019. Os referidos dispositivos autorizam a cobrança da THC2/SSE por Operadores Portuários, preço abusivo e carente de previsão contratual e/ou legal para liberação de

contêineres que serão armazenados em recintos de Instalações Portuárias Alfandegadas como as Autoras. A Resolução viola conceitos estabelecidos em lei federal (capatazia e contrato de transporte), assim como cria direitos e obrigações não previstas em lei, violando também a CF e o novo marco das agências reguladoras e a Declaração de Direitos da Liberdade Econômica. Ao editar essa resolução, portanto, a ANTAQ descumpriu sua atribuição legal prevista no art. 27, IV da Lei 10.233/2001, que lhe impõe o dever de "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". Por fim, ao autorizar a cobrança da THC2, a Resolução violou as relações jurídicas estabelecidas em uma operação de importação pela via marítima e, com isso, cria um cenário que beneficia indevidamente Operadores Portuários em prejuízo das Instalações Portuárias Alfandegadas, atores que competem diretamente no mercado de armazenagem alfandegada de mercadorias. **VIOLAÇÃO À LEI DE LIBERDADE ECONÔMICA** A Resolução viola a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica (Lei 13.874/2019), norma geral que baliza o grau de intervenção estatal nas relações econômicas. Conforme aponta a EMI nº 83/2019/ME/AGU/MJSP, buscou-se "estabelecer garantias de livre mercado", "fator necessário e preponderante para o desenvolvimento e crescimento econômico de um país". Frise-se que, justamente para combater o abuso de poder regulatório, a Secretaria de Concorrência e Competitividade do Ministério da Economia ("SEAE") publicou a Instrução Normativa nº 97/2020, cujo objetivo, sobretudo, é o de detalhar o rol contido no art. 4º da Lei de Liberdade Econômica, especificando as hipóteses de abuso de poder regulatório. O art. 5º, VII da referida Instrução Normativa estabelece que a edição de normas que autorizem condutas já reconhecidas como anticompetitivas pelo Plenário do CADE poderão ser tidas como abusivas, uma vez que tais regulamentos podem ter o efeito prático de obstar a entrada de novos players no mercado, em afronta ao art. 4º, II da Lei da Liberdade Econômica. O Tribunal do CADE já reconheceu que o principal efeito prático da cobrança da THC2 é justamente o aumento injustificado dos custos de concorrentes no mercado a jusante de armazenagem alfandegada, destacando, também, as dificuldades geradas à entrada de concorrentes por conta dessa conduta. Ademais, o entendimento da autoridade antitruste acerca da natureza anticompetitiva dessa cobrança é pacífico. O CADE tem reiterada e consistentemente rechaçado tal conduta nas últimas duas décadas. Aliás, em 03 de fevereiro de 2021, o CADE reiterou novamente seu entendimento e condenou o Tecon Suape S/A pela cobrança ilegal de THC2 (Processo Administrativo nº 08700.005499/2015-51). A THC2 é um preço carente de lastro contratual, criado pelos operadores portuários a pretexto de alegada remuneração por custos adicionais que incidiriam na movimentação lateral de contêineres, mas que já são cobertos pela THC/Capatazia. A possibilidade da cobrança advém tão somente do fato de que os operadores portuários se aproveitam da posse temporária dos contêineres para impor cobranças indevidas aos recintos alfandegados, que competem com aqueles no mercado de armazenagem alfandegada. Portanto, a cobrança tem o potencial de (i) excluir os recintos alfandegados retroportuários (como a Localfrio) do mercado de armazenagem; (ii) reduzir os serviços ofertados aos importadores; (iii) desestimular o processo de modernização do

porto; (iv) reduzir do fluxo de cargas; e, ainda, (iv) majorar os preços ao consumidor final. Em 2015, a Gerência de Regulação da ANTAQ elaborou a Nota Técnica nº 48/2015 ("NT 48/2015"), nos autos do PA nº 50300.000381/2008-86 (proc. de revisão da Resolução nº 2.389/2012), com rigorosa análise de 78 páginas em que encaminhou proposta de minuta de norma proibindo expressamente a cobrança da THC2/SSE. Inicialmente, a NT 48/2015 reconhece que os Operadores Portuários apenas efetuam as cobranças das Instalações Portuárias Alfandegadas como forma de baratear os serviços prestados aos Armadores (seus clientes) e encarecer os serviços prestados pelos seus concorrentes no mercado de armazenagem (as próprias Instalações Portuárias). Nesse cenário, as Instalações Portuárias Alfandegadas apenas suportariam a cobrança porque dependem da posição vantajosa dos Operadores Portuários para acessar os contêineres destinados aos seus clientes. A NT 48/15 também adota o posicionamento reiterado do CADE e conclui que a mera cobrança da THC2/SSE já é abusiva por si só, vez que detém o potencial de controlar o preço final dos serviços prestados pelas Instalações Portuárias Alfandegadas.

**OFENSA LEI À DAS AGÊNCIAS REGULADORAS** A Lei 13.848/2019, em seus arts. 25 a 28, ao regular a interação entre agências reguladoras e órgãos de defesa da concorrência, esclarece que incumbe tão somente ao CADE "a aplicação da legislação de defesa da concorrência nos setores regulados", inclusive "a instauração e a instrução de processos administrativos para apuração de infrações à ordem econômica". Com isso, para que uma cobrança seja autorizada pela perspectiva regulatória, faz-se imprescindível que ela seja também autorizada sob a perspectiva concorrencial. Assim, se a THC2 é reconhecida como anticompetitiva pela autoridade antitruste (e ela é, conforme entendimento reiterado nas últimas duas décadas), ela é ilegal e a ANTAQ não pode editar regulação que pretenda afastar esse reconhecimento, sob pena de manifesta ilegalidade e violação às atribuições do CADE.

**INCOMPETÊNCIA DA ANTAQ PARA CRIAR DIREITOS E OBRIGAÇÕES** Não há relação jurídica entre terminal portuário e recinto alfandegado que justifique qualquer "fato gerador". Afinal, em uma típica operação de importação de mercadorias, as relações jurídicas verificadas são entre o importador e o exportador (contrato de compra e venda); importador e armador (contrato de transporte); armador e operador portuário (contrato de descarga e de movimentação de contêiner para viabilizar a entrega da carga); e entre importador e recinto alfandegado (que pode ser uma instalação portuária alfandegada ou um recinto do próprio operador portuário - contrato de armazenagem). O terminal portuário, portanto, é um mero subcontratado do armador. Assim, o armador já remunera o terminal por todos os serviços prestados para a descarga, movimentação e eventual entrega dos contêineres no portão do terminal. Frise-se, nesse sentido, que o próprio corpo técnico da ANTAQ reconhece a inexistência de relação jurídica entre operador portuário e instalação portuária alfandegada. Inicialmente, esse reconhecimento se deu no contexto da NT 48/2015, apresentada no processo de revisão da Resolução nº 2.389/2012 (proc nº 50300.000381/2008-86). Na mesma NT 48/15, o corpo técnico da ANTAQ também concluiu que, mesmo que houvesse qualquer serviço adicional na etapa de movimentação horizontal de mercadorias, tais cobranças deveriam ser dirimidas entre aqueles que de fato detêm relação jurídica: os operadores portuários e os armadores. A cobrança jamais poderia recair sobre as instalações portuárias alfandegadas. Por fim, o reconhecimento

		de inexistência de relação jurídica pelo corpo técnico da ANTAQ se deu também no Relatório de AIR referente à regulamentação do preço-teto de THC2. Portanto, não há qualquer causa jurídica tampouco fática que justifique a existência de um “fato gerador” para cobranças como THC2.E, como se sabe, somente a lei pode criar di
	<b>Análise Técnica</b>	Não acatada
	<b>Justificativa da Análise</b>	A contribuição não trata especificamente do objeto da consulta pública, qual seja: a regulamentação do art. 9º da Resolução Normativa ANTAQ nº 34. O participante argumenta pela impossibilidade de cobrança apartada da SSE e pela necessidade de alteração da definição de THC e Box Rate da Resolução Normativa ANTAQ nº 34. Nesse sentido, em consonância com o parágrafo 94 da Nota Técnica nº 18/2021/GRP/SRG, recomenda-se o indeferimento da contribuição, considerando se tratar de assunto já deliberado pela Diretoria Colegiada e que não compõe o objeto da consulta pública.
ID 15	<b>Redação Original</b>	N/A
	<b>Razão Social (CPF/CNPJ)</b>	Associação Brasileira da Indústria Química - Abiquim (62429913000169)
	<b>Redação Proposta</b>	Exclusão integral do parágrafo único do artigo 9º.
	<b>Justificativa para Alteração</b>	Manter coerência com a resposta da Abiquim apresentada à esta ANTAQ no contexto da Audiência Pública ANTAQ 5/2019, visto que referido texto do parágrafo único artigo 9º difere dos conceitos de cesta de serviços (box rate) e de taxa de movimentação no Terminal (Terminal Handling Charge - THC) propostos, respectivamente, no artigo 2º incisos VI e VII, nas operações de exportação. Nossa sugestão é de exclusão do parágrafo único do artigo 9º permeia também o conceito que defendemos de que a taxa de movimentação no terminal (Terminal Handling Charge – THC) deve ser cobrada uma única vez nas operações de exportação e na de importação. A Abiquim considera que o THC-2 é uma dupla tributação que onera as indústrias químicas e sua cobrança deveria ser eliminada.
	<b>Análise Técnica</b>	Não acatada
	<b>Justificativa da Análise</b>	A contribuição não trata especificamente do objeto da consulta pública, qual seja: a regulamentação do art. 9º da Resolução Normativa ANTAQ nº 34. O participante argumenta pela impossibilidade de cobrança apartada da SSE e pela necessidade de exclusão do parágrafo único do art. 9º. Nesse sentido, em consonância com o parágrafo 94 da Nota Técnica nº 18/2021/GRP/SRG, recomenda-se o indeferimento da contribuição, considerando se tratar de assunto já deliberado pela Diretoria Colegiada e que não compõe o objeto da consulta pública.

ID 16	<b>Redação Original</b>	N/A
	<b>Razão Social (CPF/CNPJ)</b>	FEDERAÇÃO DAS INDÚSTRIAS DO ESTADO DE SÃO PAULO - FIESP (62259933000134)
	<b>Redação Proposta</b>	Notas
	<b>Justificativa para Alteração</b>	<p>O objetivo da AP é obter contribuições, subsídios e sugestões para a regulamentação do art. 9, parágrafo único da Resolução Normativa nº 34-ANTAQ, de 2019, que descreve: "No caso em que restar demonstrada a verossimilhança de que exista abuso ilegal na cobrança do SSE, a ANTAQ poderá estabelecer o preço máximo a ser cobrado a esse título, mediante prévio estabelecimento e publicidade dos critérios a serem utilizados para sua definição". Para caracterização da matéria a ser analisada, "de acordo com a Resolução Normativa nº 34-ANTAQ, a Taxa de Movimentação no Terminal (ou Terminal Handling Charge – THC) é o 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 o transportador marítimo, ou seu representante, e instalação portuária ou operador portuário, no caso de exportação, ou entre o costado da embarcação e sua colocação na pilha do terminal portuário no caso da importação". A Resolução citada regulamenta os parâmetros a serem observados na prestação dos serviços de movimentação e armazenagem de contêineres e volumes nas instalações portuárias. Em seu artigo terceiro, há a afirmação de que a THC pode ser cobrada pelo transportador marítimo, diretamente do exportador, importador ou consignatário, com objetivo de ressarcir as despesas assumidas com a movimentação das cargas e pagas à instalação portuária ou ao operador portuário. Assim, a presente nota busca estabelecer uma política de preço máximo, promovido pela ANTAQ, com a devida transparência dos critérios estabelecidos para a formação desses preços. Nesse sentido, visa delimitar o problema regulatório relacionado à abusividade nessa cobrança. Tanto o Tribunal de Contas da União (TCU), quanto o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) receberam denúncias envolvendo cobrança de THC consideradas excessivas, sem a devida comprovação do caráter resarcitório previsto neste tipo de cobrança. Ambas instituições, à sua maneira, apresentaram posicionamentos seja por meio de solicitação da devida comprovação dos custos efetivamente incorridos pelo operador portuário, seja por meio da condenação de terminais de contêineres (tecons) pela prática da conduta anticompetitiva. Nesse sentido, a ANTAQ considerou a possibilidade de instituição de mecanismos de controle de preços, por meio de uma política de preços máximos, com plena divulgação das informações necessárias à formação desse preço, prezando pela transparência e forma a minimizar ou mitigar eventuais cobranças em duplicidade e/ou abusivas por meio de alguns tecons. A FIESP acredita na importância de melhorar a transparência dos processos de análise, estudos, revisões, solicitações de reequilíbrio-financeiro e evoca, sempre que necessário, o princípio da modicidade tarifária. Além disso, é totalmente favorável à atualização e modernização de processos, redução de burocracias desnecessárias</p>

		<p>e entraves burocráticos, considerando ser de fundamental a redução de custos e aumento de eficiência. A intenção da ANTAQ é positiva no que se refere a ampliar a transparência da formação de preços de maneira a evitar abusos. No entanto, a instituição de uma política de preço máximo (ou “teto” de preços) pode ter como resultados aumento da ineficiência na movimentação dos contêineres e, por consequência, aumento de custos. Isso se justifica, pois em teoria econômica, a intervenção do Governo por meio de uma política de preços ocorre no sentido de alterar as quantidades ofertadas e demandadas de determinados bens ou serviços, de tal forma a estimular ou desestimular seu consumo. Dessa forma, a instituição de uma política de preço máximo pode levar a um excesso de demanda pelo serviço, uma vez que os tecons poderão se desestimular em ofertar o serviço, por considerar o preço baixo. Esse eventual excesso de demanda pode provocar atrasos na movimentação de contêineres, o que pressionará os custos de movimentação e, por consequência, o preço dos produtos finais. A FIESP acredita ser, de fundamental importância a plena participação da Agência Reguladora na coibição de eventuais práticas abusivas de preços, que servem apenas para lesar os consumidores que pagarão um preço mais alto pelos produtos. A NT, da forma como apresentada, sugere a implantação da política de preços quando deveria exigir a divulgação dos preços cobrados, bem como sua composição, no próprio site da ANTAQ e em outros, abertos ao público, de modo a garantir a transparência. A FIESP entende que a plena divulgação dessa informação como algo fundamental para a coibição de cobrança de preços abusivos e não isonômicos, de maneira a atender ao mercado sem o risco que a instituição de uma política de preço máximo pode gerar. Desse modo, é preciso que a ANTAQ busque soluções práticas e eficientes, ainda que possam sofrer resistências, como a divulgação da formação de preços, de maneira que sejam coibidas a cobrança de preços abusivas e de práticas anticompetitivas. Porém, sem aumento da burocracia e de eventuais entraves para a realização de serviços, de tal maneira que sejam forçados rompimentos nesse teto. A redução da assimetria de informações que a ANTAQ pode promover poderá manter a competitividade nos terminais portuários de forma a não aumentar ainda mais o “Custo Brasil”.</p>
	<b>Análise Técnica</b>	Acatada
	<b>Justificativa da Análise</b>	A contribuição apresenta o que considera como desvantagens e impactos negativos da implantação de política de preço máximo e opina alternativamente pelo aumento da transparência e divulgação de preços.
ID 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25	<b>Redação Original</b>	N/A
	<b>Razão Social (CPF/CNPJ)</b>	Associação de Terminais Portuários Privados (19729925000191)
	<b>Redação Proposta</b>	sem redação

**Justificativa para Alteração**

QUESTÃO FORMAL: INCONSTÂNCIAS NO ESCOPO DA AUDIÊNCIA PÚBLICA Nº 08/2021 3. Em atenção às peças que instruem a presente Audiência Pública, tem-se um ponto de atenção quanto ao escopo das contribuições a serem apresentados considerando expressa rejeição de regulação de (i.) preços ex ante, referencial, nacional e/ou com base em custos, e (ii.) franquia, conforme decisão de Diretoria Colegiada consubstanciada no Acórdão Antaq nº 232/2020. 4. Ocorre que na Nota Técnica 18, que instrui a presente Audiência, elaborada após a decisão mencionada, traz os modelos de regulação rejeitados pela Diretoria, além de reiterar a validade do AIR, que a Diretoria decidiu ser inadequada para atender aos comandos do art. 9º, parágrafo único, da Resolução nº 34-Antaq. 5. Dessa forma, frente a forte dúvida formada entre a decisão da Diretoria Colegiada e a Nota Técnica que instrui a presente Audiência, a ATP entende que essa matéria deve ser objeto de esclarecimento e, em caso de reconhecimento da incompatibilidade entre o escopo da Audiência Pública nº 08/2021 e as deliberações da Diretoria Colegiada, que se reconheça a necessidade de nova audiência pública, prévia à elaboração da nova Análise de Impacto Regulatório, com vistas a garantir regularidade processual e participação social efetiva. 6. Registra-se, por oportuno, que a presente manifestação não elide as irregularidades apontadas, que precisam ser definitivamente enfrentadas e saneadas para que se tenha a efetiva participação em tema de tamanho relevo. Ademais, os elementos trazidos não demonstraram qualquer fato ou elemento que justifique a intervenção regulatória, transferindo essa responsabilidade (ou ônus probatório) aos terminais portuários. Ainda assim, a ATP traz à Agência dados e fatos que rechaçam a intenção de se estabelecer preço-teto ou determinar a criação de franquias, sob pena de violação de direitos cristalinos previstos na Lei dos Portos e na Lei de Liberdade Econômica, dentre outros dispositivos.

I. LIBERDADE DE PREÇOS APLICADA AOS TUPS 7. Os Terminais de Uso Privado são investidores privados que em área própria, exploram a atividade portuária. Essa exploração é feita mediante autorização e segue fundamentos como a liberdade de preços e a livre competição. Tais características são resguardadas pela Lei nº 10.233/01: Art. 43. A autorização, ressalvado o disposto em legislação específica, será outorgada segundo as diretrizes estabelecidas nos arts. 13 e 14 e apresenta as seguintes características: II – é exercida em liberdade de preços dos serviços, tarifas e fretes, e em ambiente de livre e aberta competição; Art. 45. Os preços dos serviços autorizados serão livres, reprimindo-se toda prática prejudicial à competição, bem como o abuso do poder econômico, adotando-se nestes casos as providências previstas no art. 31. (Grifos nossos) 8. Por serem agentes privados que exploram bem privado, a liberdade para estabelecer os preços de seus serviços é essencial, devido a sua atuação no mercado. O art. 35-A, do Decreto 8.033/13, novamente enuncia a liberdade de preços das atividades realizadas pelos autorizatários: Art. 35-A O contrato de adesão conterá cláusulas que preservem I - a liberdade de preços das atividades, nos termos do art. 45 da Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001 (Grifos nossos) 9. Em reforço, a Lei de Portos firma a livre precificação como diretriz para todo o setor portuário, com o objetivo de aumentar competitividade e impulsionar o desenvolvimento do país, e reforça a liberdade de disciplinar as próprias operações garantida aos TUPs: Art. 3º A exploração dos portos

organizados e instalações portuárias, com o objetivo de aumentar a competitividade e o desenvolvimento do País, deve seguir as seguintes diretrizes: VI - Liberdade de preços nas operações portuárias, reprimidos qualquer prática prejudicial à competição e o abuso do poder econômico. Art. 30. A operação portuária em instalações localizadas fora da área do porto organizado será disciplinada pelo titular da respectiva autorização, observadas as normas estabelecidas pelas autoridades marítima, aduaneira, sanitária, de saúde e de polícia marítima. (Grifos nossos) 10. Em reforço, a Lei de Liberdade Econômica estabelece proteção à autonomia privada ao estabelecer princípios pela liberdade e pela subsidiariedade/excepcionalidade da intervenção estatal sobre o exercício das atividades econômicas. Art. 2º São princípios que norteiam o disposto nesta Lei: I - a liberdade como uma garantia no exercício de atividades econômicas; III - a intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas; (Grifos nossos) 11. Dessa forma, está amplamente normatizado que os Terminais de Uso Privado, podem realizar seus serviços em regime de ampla liberdade de preços e liberdade para organização de suas operações. 12. Vê-se que o arcabouço normativo é incompatível com o modelo de regulação até então tratado nos autos, que envolve (i.) controle ex ante de preços com base em custos, (ii.) controle de preços em nível nacional, e (iii.) regulação de franquia. Em que pese se tratar de modelo já rejeitado pela Diretoria Colegiada, conforme Acórdão nº 232-2020-Antaq , os prejuízos dessa e outras intervenções excessivas serão tratados na presente contribuição. II. MERCADO PORTUÁRIO II. 1. Ausência de falhas de mercado 13. De início, cabe frisar que benchmarking internacional demonstra que o SSE é prática em qualquer localidade que exista regime de trânsito que obrigue o terminal a prestar esse serviço. Isso foi constatado em um estudo realizado pela consultoria TerraFirma, em que se identificou a similitude dessa cobrança em outras localidades que não no Brasil. 14. É o exemplo do Chile, no Porto de Valparaíso, principal porto de contêineres do país, que presta o serviço denominado stacking separado o pronto despacho. Esse serviço consiste na segregação em área exclusiva e entrega prioritária, assim como ocorre no Brasil. É o que se observa na descrição constante da tabela de preços do Terminal Pacífico Sur Valparaíso S.A . O valor cobrado pelo serviço equivale a aproximadamente R\$ 1.245,00 (mil duzentos e quarenta e cinco reais) em 2019 (U\$ 1/ R\$4,15). 15. Tem-se também o exemplo do Uruguai , no Terminal Cuenca de Plata localizado no Porto de Montevideo, que presta o serviço denominado despacho directo. Esse serviço é descrito como aplicável às mercadorias que não serão armazenadas nos terminais portuários, sendo destinadas à instalação localizada fora do porto. O valor cobrado a esse título equivale a aproximadamente R\$ 1.286,50 (mil duzentos e oitenta e seis reais e cinquenta centavos). 16. Além do Chile e Uruguai, os Estados Unidos também possuem serviço semelhante ao SSE. No porto localizado em Los Angeles, os terminais de contêineres fornecem free-flow/peel-off, que consiste na logística especial para os consignatários que contratam a entrega prioritária após a segregação da carga. Também foram identificadas cobranças semelhantes ao SSE em Montreal, Buenos Aires, Panamá, Sines e Callao. Não foram identificadas práticas de controle de preços ou imposição de gratuidades desse serviço. 17. Partindo das premissas de livre precificação desse serviço, que se verifica inclusive em outros países, cabe registrar a necessidade de correções em premissas que estão sendo utilizadas para justificar a regulação

de preços portuários. A Nota Técnica 18 presente nos autos do processo em tela afirma que há as seguintes falhas de mercado: No caso geral em estudo, estamos lidando com as seguintes falhas de mercado: a) Assimetrias de informação entre os consumidores (usuários) e os fornecedores (terminais portuários), aumentando os custos de transação; b) Presença de competição imperfeita (monopólio estrutural), poder de mercado e externalidades da produção numa indústria de rede; c) Existência de bens e atividades caracterizadas como “essential facility”, com eventual imposição de barreiras à entrada via a discriminação imprópria de preços; d) Comportamento “free rider” dos demandantes por SSE, por pouco investirem em infraestrutura de desembarque de contêineres e muito usufruírem dela; e” e) Possibilidade de “Price Squeeze” por parte das instalações portuárias a montante. NT (Grifos nossos) 18. Porém, com as devidas vênias, tais falhas (exceto a “d”) não se verificam no setor, conforme boas práticas regulatórias internacionais consolidadas pela OCDE no estudo “Policy Roundtables – Competition in Ports and Ports Services”, o qual, desde logo, a Associação indica como padrão de análise da competição portuária. II.1.1. Definição de mercado com base no estudo da OCDE 19. Antes de adentrar propriamente na ausência de falhas de mercado, cumpre fazer a definição do mercado com base em boas práticas internacionais. De acordo com a OCDE, o mercado relevante pela análise de duas dimensões: mercado do produto e mercado geográfico, considerando a possibilidade de substituição de fornecedor. 20. A definição do mercado pelo produto não parte de uma divisão entre os as atividades de “movimentação de cargas” e “armazenagem”, ou ainda de uma visão “terminal seco vs terminal molhado”, tendo em vista que a oferta do serviço de SSE pressupõe uma análise da competição sob a perspectiva dos terminais molhados. 21. A dimensão do produto considera que a demanda por serviços portuários é uma “demanda derivada”, na medida que depende do transporte como um todo, que conta com diferentes ofertas de modais (marítimo, fluvial, rodoviário, ferroviário ou aéreo), o que reflete a primeira camada de substituição: os modais competem entre si pela carga, a depender da viabilidade econômica. 22. Portanto, não procede uma avaliação, sob a perspectiva do produto, avaliando isoladamente armazenagem e movimentação de cargas e sim uma análise de alternativas de transportes. A seguir, são ilustradas alternativas de trânsito de carga, que permite permite inclusive a combinação entre m

23. Sob esse ponto de vista do mercado geográfico, a análise se volta para as restrições competitivas entre os portos, cujo grau de substituição entre fornecedores que é determinante para o mercado geográfico (e não simplesmente o estado federativo de localização do porto ou definições de hinterlândia com base em distância pré-definidas). A OCDE esclarece que essa é a definição mais adequada, uma vez que origem e destino final não tendem a ser os próprios terminais, o que os torna substituíveis, considerando a competição intraportos (portos modernos contém vários cais e terminais operados de forma independente) e a capacidade de servir a mesma hinterlândia. 24. Nos termos do estudo, a capacidade de servir a mesma hinterlândia deve ser avaliada caso a caso, sendo possível uma distinção entre hinterlândia cativa e hinterlândia contestável. A OCDE esclarece que a hinterlândia cativa considera todas as regiões para a qual o porto tem uma vantagem competitiva substancial devido a custos menores de transporte, considerando o destino final de seus clientes. Já a hinterlândia competitiva é a zona de

influência do terminal. 25. Para exemplificar, o estudo apresenta o caso da Áustria, um país sem litoral com importantes atividades de importação/exportação, cujos maiores volumes de movimentação de carga advém de Hamburgo, Rotterdam e Antuérpia (distância superior a 1.000 km de distância), em até 4 vezes mais do que por Trieste (distância de cerca de 382 km de distância), de modo que, mesmo próximo, Trieste não tem a Áustria como hinterlândia cativa. Portanto, a definição da hinterlândia depende da verificação, no caso concreto, do atendimento dos usuários. 26. O Brasil dispõe de milhares de importadores distribuídos em todas as unidades federativas , o que resulta em hinterlândias ultrapassam a unidade federativa em que o terminal portuário se encontra instalado: 27. Ainda, o mercado relevante deve considerar, ainda, os investimentos contínuos na malha ferroviária e rodoviária, a queda dos preços dos fretes, benefícios fiscais e o estímulo à navegação de cabotagem. São exemplos dessas iniciativas as assinaturas de novos/prorrogações de contratos de concessões rodoviárias e ferroviárias com a Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT (a ex., Malha Paulista) e o projeto de incentivos à cabotagem (BR do Mar) . 28. Essa combinação de investimentos e iniciativas são esforços que contribuem para reduzir os custos de transporte entre as regiões do país. Como consequência, há o aumento da disputa pelas cargas entre os terminais e o alargamento da hinterlândia, o que faz com que o mercado relevante dos terminais ultrapasse e a sua própria região, inclusive na interiorização da carga. 29. O alargamento das hinterlândias provocam o acirramento da competição entre os terminais impacta diretamente as conclusões de suposto poder de mercado por parte dos terminais. Segundo a OCDE , poder de mercado se verifica quando o terminal tem espaço para “se comportar independente dos seus usuários e competidores”, cuja demonstração depende da análise de (i.) competição existente, (ii.) crescimento de competição, com entrada de novos agentes, e (iii.) poder de barganha do usuário. Ou seja, há poder de mercado quando um agente pode se comportar arbitrariamente e, mesmo assim, não perder clientes. 30. Sobre competição existente, a análise das hinterlândias demonstra que os terminais não podem ser considerados monopolistas, nem há que se falar em pouca competição. Como visto, a definição da hinterlândia depende principalmente do destino final da carga e o país possui importadores em todas as unidades federativas, de modo que a área de influência dos terminais portuários excede a unidade federativa de localização do terminal e abrange todas as rotas alternativas para atendimento daquele consumidor final, inclusive por meio de outros modais, combinados ou não entre si. 31. Sobre o crescimento da competição, dados comprovam a constante expansão de competidores. O que vemos é um mercado que está cada vez mais aberto, contestável e competitivo: segundo informações da Antaq , o mercado de movimentação de carga conteinerizada conta com 25 players, e é cada vez mais contestável, principalmente a partir da entrada crescente de Terminais de Uso Privado. Dados fornecidos pelo Governo Federal informam a realização de 13 leilões de arrendamentos portuários e 29 contratos de adesão firmados com terminais portuários privados no ano de 2019. Ainda, o mercado de movimentação de contêineres cresceu 56,8% entre os anos de 2010 e 2019, conforme informações disponibilizadas nos meios de comunicação . 32. Em relação ao poder do consumidor, o importador tem poder de escolha para definir todo o processo de importação da carga: desde a definição do terminal de desembarque até as

alternativas de desembarque. Dessa forma, ele pode considerar as melhores condições e optar pela mais adequada segundo seus critérios de escolha (preço, localização, qualidade, entre outros), uma vez que tem ciência de todas as etapas e custos envolvidos no processo de importação desde o seu marco “zero”. Havendo qualquer insatisfação, não existem óbices na alteração dos agentes por parte do dono da carga, ou para opção pela contratação na modalidade Incoterm que melhor convir à operação de comércio exterior: IMAGEM (EMAIL) II.1.2. Teste de dominância 40. Antes de passar propriamente à análise, cabe destacar recente publicação do Departamento de Estudos Econômicos – DEE do CADE: “The problematic binary approach to the concept of dominance”. Para o DEE, uma visão binária do conceito de dominância e poder de mercado (“o agente X é/ não é dominante” ou “o Agente Y possui/não possui poder de mercado”) traz extrema simplificação à análise concorrencial, o que prejudica a correta avaliação do caso . Nessa seara, o estudo aponta que a definição da dominância não se restringe a uma avaliação de market share, abarcando ainda o tipo e as circunstâncias da conduta, os efeitos negativos e os agentes envolvidos . Alinhado à crítica do DEE, a OCDE propõe robusta análise para averiguação de posição dominante a partir da avaliação de (i.) teste de “Essential Facility”, e (ii.) teste de dominância: 41. Em suma, para verificar se há essencialidade essencial, a OCDE orienta que a caracterização de um insumo essencial depende do atendimento de duas condições: (a.) o acesso ao porto ser indispensável à operação; e (b.) inviabilidade econômica e física de reprodução do terminal. Sobre esse ponto, deve ser demonstrada a essencialidade real da infraestrutura, não se configurando insumo essencial quando há mera conveniência/oportunidade menos dispendiosa para essa infraestrutura. Sobre esses pontos, evidencia-se a ausência de condições necessárias à caracterização da infraestrutura como insumo essencial: (i.) não existe “essencialidade real”: trata-se de mera conveniência/oportunidade menos dispendiosa, vez que a entrada de novos terminais portuários molhados é livre e os TRAs optam por não explorar esse tipo de infraestrutura por mera liberalidade (menor custo). A exemplo, durante anos houve um terminal de contêiner disponível para exploração em Santos (anteriormente explorado pela Libra Santos), porém nenhum TRA se manifestou interessado em explorar a infraestrutura, que acabou sendo convertida em terminal para movimentação de celulose; (ii.) é economicamente viável/possível/eficiente duplicar a infraestrutura indispensável (tanto que é a escolha que diversos agentes privados estão tomando); (iii.) não há controle sobre a infraestrutura que gere potencial de eliminar a concorrência, considerando que o mercado é amplo, aberto e fortemente competitivo, isto é, o importador pode qualquer um de mais de duas dezenas de terminais de contêiner (não há monopólio) e o terminal seco pode pegar carga de qualquer terminal, de norte a sul do país;

não há recusa de disponibilização da essencialidade, tendo em vista que (a) o serviço de entrega da carga é efetivamente prestado, e (b) o cais público está disponível para qualquer operador que tenha interesse em fazer movimentação de carga proveniente/destinada ao modal aquaviário. 42. Não se comprovando o insumo essencial, passa-se ao Teste de Dominância, no qual a OCDE considera (i) hinterlândia e (ii) market share, classificando como posição dominante somente aqueles terminais que possuírem market share superior a 50%. A situação do market share no Brasil está representada a seguir: Total Movimentação

Contêineres (Imp. + Exportação) Fonte: Datamar Consulting 2017 43. Como visto, o teste de dominância da OCDE aponta que, por não haver terminal com market share de mais de 50%, é muito improvável a existência de posição dominante ou insumo essencial, razão pela qual a metodologia não indica para a realização de restrições comerciais. II.1.3. Inaplicabilidade da tese de price squeeze 44. A Nota Técnica nº 18 afirma ainda a existência de falha de mercado de price squeeze. Sobre o assunto, a literatura econômica informa que essa falha pressupõe a existência de (i.) insumo essencial; (ii.) elevado poder de mercado; (iii.) elevado preço para o insumo essencial; (iv.) aplicação do preço elevado por tempo suficientemente longo, de modo a retirar as condições de manutenção da empresa de downstream, forçando sua saída do mercado. Sobre o assunto, Conselheira do CADE Cristiane Alkmin afirmou que: 45. Em complemento, as boas práticas consolidadas pela OCDE indicam pela avaliação de (i.) existência de poder de mercado, e (ii.) verificação de danos aos agentes espremidos. 46. Ao longo da presente manifestação, já se demonstrou a inaplicabilidade de constatações de poder de mercado e insumo essencial, o que por si só já afasta os requisitos necessários para price squeeze. Não se tratando de mercado concentrado ou monopolista, tem-se que os terminais não tem condições de unilateralmente modificar as condições de mercado e forçar a saída de recintos retroalfandegados. 47. Isso foi comprovado no PA 08012.001518/2006-37 (vide Voto da Conselheira Cristiane Alkmin), os terminais portuários não geram entraves à entrada de novos agentes nem incentivam a saída de empresas de forma anticoncorrencial. Pelo contrário, nos últimos anos, os portos molhados perderam força no mercado de armazenagem e houve a entrada de diversos novos players. Ainda, estudos carreados pela propria Antaq demonstram crescimento crescent dos terminais retroportuários: 62. Ressalto, contudo, que nenhum estudo carreado a esta Agência logrou êxito em comprovar a inviabilidade da competição entre os citados players. Verifica-se, em sentido inverso, que as estatísticas de movimentação dão conta de crescimentos mútuos dentre os segmentos, deitando por terra a tese de que uns estariam por inviabilizar a atividade de outros." (ANTAQ, Voto do Diretor Mário Povia, PA 50300.000381/2008-86, SEI nº 0714784) 48. Não só há crescimento dos TRAs, como há ainda ampla vantagem competitiva por parte desses terminais. Dados da Receita Federal dão conta dos baixos custos afundados para a instalação de um porto seco, que se toma a decisão comercial de não investir em infraestrutura de cais, com investimentos iniciais a partir de R\$ 35 milhões: 49. Esses baixos valores de investimentos conferem clara vantagem competitiva a esses agentes, que são bem inferiores aos investimentos de terminais portuários privados, na casa de bilhões de dólares. Não por outra razão, dados setoriais confirmam amplo crescimento de recintos retroalfandegados (e não a expulsão desses agentes do mercado por "margens esprimidas"). 50. Os TRAs também demonstraram alto crescimento em outras regiões do país. Na região sul, a entrada de novos TRAs e TUPs/TRAs é um forte indicativo de que o ambiente tem sido favorável à concorrência, com o aumento de 80% na quantidade de players de 2014 a 2019 : 51. Ainda, o crescimento tem ocorrido não só em quantidade de recintos retroalfandegados, como ainda em nível de receita e market share para esses empreendimentos, conforme dados de receita de TRA localizado em Santa Catarina e notícia publicada no Diário Oficial de São Paulo, que traz informações sobre TRA localizado em Suape : Localização: Santa Catarina Localização:

Pernambuco 52. Aos baixos investimentos e crescimento contínua, verifica-se ainda mais uma vantagem competitiva: o patamar das cobranças dos terminais retroportuários assemelha-se ao das cobranças dos terminais portuários, o que lhes confere extraordinária margem. Nesse quadro, um aumento do excessivo do SSE não captura/supera essas margens, a ponto de gerar a expulsão do TRA do mercado. Nem mesmo há incentivo para que esse aumento excessivo do SSE, que tem como consequência imediata a migração da carga do terminal para os outros terminais disponíveis, Comparativo de preços de tabelas públicas de terminais retroportuários e TUPs na região de Itajaí/SC Fonte: Tendências Consultoria Integrada 53.

Portanto, não há que se falar em price squeeze por (i.) ausência dos requisitos necessários de insumo essencial e poder de mercado, (ii.) crescimento contínuo dos agentes retroportuários, dotados de expressivas vantagens competitivas, e (iii.) mercado marcadamente aberto e competitivo, que inviabiliza o aumento arbitrário de preços. II.1.4. Repressão de abuso: SSE pela regra da razão 54. A legislação setorial é clara ao estabelecer a liberdade de preços aos terminais privados, prevendo a possibilidade de controle tão somente em casos de prática prejudicial à concorrência e constatação de abuso do poder econômico (art. 3º, inc. VI, da Lei 12.815/13, arts. 43, inc. II c/c 45 da Lei 10.233/01 e art. 35-A do Decreto 8.033/13).

Em complemento, a Lei de Liberdade Econômica prevê intervenção subsidiária e excepcional do Estado, estabelecendo a liberdade como garantia no exercício das atividades econômicas (art. 2º, inc. I e III). 55. Entende-se, portanto, que a intervenção estatal está condicionada aos casos em que houver prévia comprovação de abuso na cobrança portuária. Na mesma linha, cabe trazer os votos dos Conselheiros do CADE, nos pontos que afirmam que a cobrança deve ser analisada à luz da regra da razão, observando seus efeitos no mercado:

- Luiz Hoffmann: Isto posto, cumpre dotar não se tratar de uma conduta que seja ilícita pelo seu objeto, todavia, cabe esse Conselho verificar que no caso em tela a cobrança praticada, ainda que não configure um ilícito per se, caracterizou infração à ordem econômica em virtude de sua possibilidade de produzir, ainda que não alcançados os efeitos anticompetitivos. (...) A conduta não configura uma infração em virtude de seu objeto, mas que pode se mostrar abusiva (Grifos próprios)

- Maurício Maia: Por isso, elogio o esforço do Conselheiro Relator ao reafirmar diversas vezes se tratar de um caso analisado sob a regra da razão. Assim, mesmo que a cobrança do SSE por si só não possa ser tida como ilícito por objeto, verificou-se que a Representada cobrou por serviços já contemplados pela box rate. (Grifos próprios)

- Lenisa Prado: Após esta análise não exauriente de pontos afetos à regra da razão e à regra per se, entendo que na hipótese do caso concreto sob exame não é possível admitir que a conduta investigada seja um ilícito por sua própria essência, eis que a conduta está delineada em regramento próprio, emanado da Agência Reguladora competente e que está revestido pelo manto da presunção de legalidade. Portanto, as imputações apresentadas pelas Representantes deverão ser examinadas como ilícitas pelos seus resultados. Como já demonstrado nos capítulos anteriores, não há comprovação que os resultados da cobrança de SSE pelo Representado tenham, efetivamente, prejudicado a livre concorrência, sequer ficou demonstrado quais prejuízos teriam os próprios Representantes sofrido pela prá

- Luis Braido: Se conclui que se trata de um ilícito por efeitos e que, portanto, cabe ao Cade analisar se a cobrança possui efeitos anticompetitivos, ainda que potenciais. (...) A Antaq aprovou duas resoluções em

que discorre sobre os protocolos a serem adotados por portos, lícitos e ilícitos, à luz da Lei 12.815 e 10.233. Eu concordo que a SSE não é um ilícito de acordo com essas leis e a Resolução da Antaq (...) Passando à conclusão, identifico, portanto, todos os elementos que caracterizam a cobrança de SSE pelo operador portuário ao terminal retroportuário como um ilícito por efeito (Grifos próprios) • Sérgio Ravagnani: Da leitura dos mencionados dispositivos da Resolução da ANTAQ, tem-se que a regulação do setor portuário reconhece expressamente que o serviço de segregação e entrega de contêineres não está abrangido pela box rate, afastando, portanto, a classificação de que todas as práticas envolvendo SSE são per se anticoncorrenciais e possuem efeitos danosos ao mercado. (Grifos próprios) 56. Uma vez que efeitos no mercado não podem ser presumidos, a Associação defende que não é cabível uma intervenção ex ante, em nível nacional, ainda que em formato “referencial”, por ser incompatível com os comandos legais exigem uma análise do caso concreto: demonstração do abuso e/ou da prática anticoncorrente. 57. Além disso, a mera comparação de preços entre terminais não avalia efeitos da conduta no mercado e não considera a heterogeneidade entre os empreendimentos, nem mesmo uma análise de custos dos terminais mostra-se adequada, como já muito bem consolidado pela Diretoria Colegiada nos presentes autos, e pelo CADE: é preciso avaliar os efeitos no mercado. II.2. Conclusão parcial: Ausência de falha de mercado/justificativa para intervenção regulatória 58. Dada a inadequação das premissas (supostas falhas de mercado), não nos parece ser o caso de instituir uma regulação de preços portuários, principalmente um modelo de regulação ex ante, referencial, nacional e/ou com base em custos. Em suma, as boas práticas regulatórias indicam que: a) A definição de mercado relevante revelou que as hinterlândias dos terminais são alargadas pela competição/combinações entre modais e entre terminais de diversas unidades federativas, considerando que a análise se dá sob a perspectiva da localização do importador (e não de uma competição entre terminais molhados e secos); b) A conformação do setor portuário brasileiro (mercado aberto, contestável e competitivo) não permite uma constatação de poder de mercado e posição dominante; c) Não se verificam as características necessárias para configuração de price squeeze e dados setoriais dão conta de amplo, expressivo e contínuo crescimento dos terminais retroportuários, que possuem diversas vantagens competitivas que impedem uma expulsão do mercado por preço excessivo do SSE; e d) A legislação setorial prevê a intervenção no domínio econômico, justificadamente, em caso de demonstração de prática anticoncorrente ou abuso, devendo o SSE ser avaliado sob a regra da razão e não ilícito per se; III. OBSERVAÇÕES SOBRE PREÇO TETO 59. A regulação quanto à abusividade e eventual imposição de preço-teto aparenta ser o cerne da presente Audiência Pública, conforme trazido pelo Aviso de Audiência Pública, que traz menção ao parágrafo único do art. 9º da RN nº 34/2019. Em relação a esse tema, a ATP entende ser cabível de antemão pontuar algumas observações. São elas: (i.) o objetivo da atuação estatal e (ii.) o caminho e hipóteses de aplicação do dispositivo ora em questão. 60. Sobre o primeiro ponto, o art. 4º da Lei nº 13.848/19 afirma a necessidade de (i.) adequação da regulação setorial, em atenção ao princípio da motivação Nessa linha, o art. 2º, III, da Lei de Liberdade Econômica aponta que a intervenção estatal deve ser subsidiária e excepcional. Ou seja, a legislação busca adequar o conteúdo regulatório à sua real necessidade e

amplitude. Nessa seara, entende-se que a Antaq deveria buscar alternativas que mais se aproximem à liberdade de preços para equilibrar um mercado que não opere de forma saudável. Não se vê como primeira alternativa e, sim como última, a imposição de controle tão incisivo como o preço-teto. 61. Considerando, então, esse caráter excepcional da intervenção estatal, bem como a necessidade de adequar a intervenção à real amplitude dos problemas regulatórios, essa Associação propõe (ii.) um caminho a ser percorrido se demonstrada a necessidade de regulação. Esse caminho perpassa a metodologia de análise de abusividade e tentativas regulatórias mais brandas, antes de uma imposição de preços. 62. Ora, Resolução Normativa 34 afirma que, caso demonstrada verossimilhança de abusividade de cobrança do SSE, a ANTAQ poderá impor preço teto. Ou seja, a estipulação de preço teto é uma solução apenas quando está comprovada abusividade, incide em um caso concreto e, no entender da ATP, deve ser utilizada como ultima ratio. 63. Conforme exposto, entende-se que não há como prever a imposição de um preço-teto nacional antes mesmo de comprovação (ex ante), com metodologia rígida com base em custos. Esse entendimento pode ser observado no voto no presente processo do ex-Diretor Francisval Mendes: Não há qualquer comando para se estabelecer um preço teto, salvo da própria instrução técnica. O trecho do voto condutor transrito mais acima deixa evidente que o mens legis atribuído pela Diretoria não foi no sentido de se estabelecer preço teto. A norma e a fundamentação que a gerou são categóricas em criar um racional evidente no sentido de que, em casos concretos, poderá ser estabelecido preço máximo a ser cobrado, sendo que há de ser criada a metodologia (critérios) para o estabelecimento do preço teto ao caso concreto, desde que previamente constatada verossimilhança de uma abusividade." "A decisão da Diretoria Colegiada, a quem compete decidir sobre o tema, foi expressa ao estabelecer que a área técnica haveria de se debruçar sobre os critérios possíveis e viáveis para o estabelecimento de um possível preço teto visando a sua aplicabilidade a casos concretos e onde se verificasse a abusividade. Veja-se que os fundamentos da decisão tomada e seu conteúdo ipsis litteris, em meu entendimento, não encontram guarida ou consequência lógica que possa ter conduzido ao texto da norma ora proposta pela Superintendência de Regulação, tampouco apontam para o estabelecimento precoce de valores nacionais padronizados, baseados em somas fortemente atreladas simplesmente a custos, gerando efeitos indesejados e combatidos pelo próprio processo de origem da RN 34, a chegar ao ponto de uma possível "sensação de tabelamento de preço nacional" advinda da forma proposta pela área técnica. (Grifos nossos) 64. Do normativo, bem como do voto condutor do presente processo, infere-se que é o preço-teto ex ante e nacional não é o mais adequado e já foi rejeitado pela Diretoria Colegiada, apesar de ainda constar como alternativas na Nota Técnica nº 18. Uma regulação ex ante acaba por (i.) considerar todas as cobranças de SSE como abusivas, e (ii.) estabelecer controle estatal de preços ainda que a cobrança esteja em patamar de mercado, isso demonstra que esse modelo, além de injustificado e contrário ao ordenamento jurídico (liberdade de preços como regra), impõe medida extremamente invasiva, capaz de desequilibrar o mercado. 65. Apenas como forma de ilustrar o quanto sério e intervintivo que esse tipo de medida é (determinações sobre o quanto cobrar, ainda que ausente qualquer abuso/falha de mercado), traz-se os casos da Varig, VASP e Transbrasil: as empresas eram consideradas

sólidas e foram a falência devido ao congelamento tarifário. Houve mais de 20 mil demissões, gerando um prejuízo de mais de R\$10 bilhões aos cofres públicos e trazendo a discussão sobre a responsabilidade do Estado com base no risco administrativo, mesmo que o controle de preços tenha se dado por meio de intervenção estatal lícita.

66. Note-se que, ao tentar solucionar um problema de cunho econômico e concorrencial com uma medida desproporcional e invasiva, criou-se problemas no setor aéreo, na economia, na seara trabalhista e civil e nos cofres do Estado, impactando negativamente a sociedade brasileira como um todo. 67. Dessa forma, a ATP entende que o mercado é saudável e amplamente competitivo, capaz de equilibrar por si só eventuais distorções. Caso assim não se entenda, tem-se que medidas tão interventivas como é o preço-teto, devem ser usadas apenas em último caso, desde que esteja previamente comprovado (e não pressuposto) o abuso por meio do agente no caso concreto. Frisa-se que o recurso de controle de preços deve ser utilizado como último recurso, quando esgotados os demais meios de regulação corretiva menos interventivos. 68. Sendo assim, cabe detalhar as outras medidas regulatórias eficientes, não tão invasivas e com riscos de grandes danos, que são capazes de lidar com as falhas de mercado de maneira eficiente e segura, como exemplo, tentativa de mediação entre as partes, aplicação de multa, arbitragem e celebração de TAC. 69. Dessa maneira, entende-se a necessidade de (a.) comprovar a existência de abuso na cobrança de SSE, por meio de metodologia adequada, (b.) buscar alternativas menos interventivas e, se frustradas essas tentativas de equilíbrio da abusividade, (c.) impor preço-teto temporário e adequado às condições do terminal (e não baseado em custos). 70. Por todo o exposto, a ATP entende que a imposição de preço-teto no SSE deve ser avaliada de forma subsidiária, como último recurso a casos de comprovada abusividade. Antes de alcançar essa medida, é necessário comprovar o abuso – por meio de metodologia aprovada – bem como tentar todas as formas mais brandas de regulação. 71. E ainda que seja necessário fazer uso do price cap, esse controle não deve seguir os modelos já rejeitados pela Diretoria Colegiada da Antaq: (i.) preço-teto ex ante, (ii.) preço-teto em nível nacional, ainda que “referencial”, e (iii.) preço-teto com base em custos, os quais já se mostraram inadequados, conforme voto dos Diretores Francisval Mendes e Adalberto Tokarski, nos autos do presente processo. III.1. Proposta de metodologia para identificação de abusividade 72. Conforme foi exposto, a metodologia para se identificar abusividade deve ser avaliada conforme os seguintes pontos: (i). Conduta tipificada: caracterizar a natureza da conduta tipificada, deixando claro os mercados envolvidos, a racionalidade da conduta e seu enquadramento legal. (ii). Condições do mercado: conforme metodologia da OCDE, definir corretamente o mercado relevante além de mensurar o market share da posição dominante, caso haja, e avaliar a concorrência. Só com a definição do mercado relevante é possível avaliar o market share e averiguar se há posição dominante, seguindo as boas práticas regulatórias e metodologias do “Policy Roundtables – Competition in Ports and Ports Services”, da OCDE. (iii). Presença de abuso de poder de mercado: investigar minuciosamente, conforme metodologia da OCDE, se é possível abuso de poder de mercado, uma vez que a detenção de alto market share não implica em abuso de poder de mercado. (iv). Abusividade: considerando as boas práticas da OCDE, comprovar a existência de preço abusivo excludente

(e não meramente preço excessivo), avaliando se há competição entre os agentes ou de barreiras à entrada de novos players no mercado. (v). Imposição de meios alternativos de saneamento da abusividade: fundamentar, no caso de conduta abusiva constatada após minuciosa análise e pautada pela regra da razão, a medida escolhida para regulação da conduta abusiva, menos invasivas que o preço-teto. Em última análise, se frustradas as medidas alternativas após tempo idôneo de reequilíbrio do mercado, avaliar e justificar eventual imposição de preço-teto temporário, estipulado em patamar suficiente para equilibrar o mercado (e não com base em custos). 73. Logo, buscamos apresentar uma metodologia confiável e bem fundamentada para evitar uma regulação contraproducente e danosa ao interesse público: para que não afete a saúde econômica das empresas nem a qualidade dos serviços prestados ao consumidor. A metodologia pode ser dividida nas seguintes etapas: 74. Etapa 1: Caracterizar o problema regulatório (i). Enquadrar legalmente a conduta e sua natureza. (ii). Verificar se existem evidências suficientes da conduta supostamente abusiva no caso concreto. 75. Nessa etapa, cabe mostrar os dados que demonstram a conduta como abusiva e os fatos/dados que mostram o price/margin squeeze, conforme metodologia de análise da OCDE, já amplamente utilizada na presente contribuição. 76. Etapa 2: Definir mercado relevante e posição dominante. (i). Apontar o mercado relevante de produto e geográfico. a. Delimitar o mercado relevante é identificar o conjunto de agentes econômicos que estão envolvidos nas estratégias de preços. b. Com a definição do mercado relevante é possível mensurar o market share e averiguar a existência de posição dominante. (ii). Analisar se há posição dominante da empresa: a. Demonstrar se a empresa tem posição dominante, por ser capaz de alterar de forma unilateral as condições de mercado. (iii) Analisar as condições concorrenceis do mercado, uma vez que ter posição dominante não é suficiente para se configurar abuso de poder de mercado. a. É necessário avaliar as condições de entrada, rivalidade, alternativas de oferta do serviço. 77. Etapa 3: Análise de abuso de poder de mercado na conduta específica: uma vez confirmada a posição dominante, deve-se avaliar a possibilidade de abuso de poder econômico. Vale ressaltar que a legislação não criminaliza a posição dominante, e sim o abuso da posição dominante. (i). Comprovar abuso de poder de mercado: a. Definir em qual mercado relevante se alega poder de mercado. b. Antes de falar em poder de mercado, deve-se definir o mercado relevante para depois avaliar a eventual posição dominante. c. Em caso de posição dominante no mercado relevante, deve-se analisar a probabilidade de exercício abusivo de poder de mercado. d. Para caracterizar abuso de poder de mercado, deve haver uma análise complexa da dinâmica do mercado. (ii). Comprovar verossimilhança da abusividade na conduta: avaliar possíveis efeitos anticompetitivos derivados da conduta, à luz do princípio da proporcionalidade. a. Avaliar evidências de efeitos e danos decorrentes da conduta tipificada b. Examinar as justificativas da conduta analisada. c. Ponderar entre os danos e as eficiências. 78. Sobre esse ponto, é preciso frisar que se entende possível a repressão de abusividade e não um amplo controle de preços, passando a Agência a assumir o papel do investidor privado na tomada de decisões (formação de preços). Essa diferença é muito bem pontuada pelo E. CADE, que prevê repressão aos preços abusivos excludentes (e não aos preços meramente excessivos):

O preço ou aumento excessivo por si só não pode ser considerado uma prática lesiva à concorrência; ele o será apenas na medida em que for decorrente de infração, ou se for apto a causar efeito anticompetitivo. A interpretação do Cade converge com a tese doutrinária que distingue entre duas modalidades diferentes de imposição de preços excessivos: (i) os preços meramente excessivos, ou “exploratórios” (exploitative prices), decorrentes do poder de mercado; e (ii) os preços abusivos ditos “excludentes” (exclusionary abuse), praticados com o intuito de excluir competidor do mercado (praticado por empresas verticalmente integradas). Defende-se a atuação da autoridade antitruste no combate aos preços abusivos excludentes, de modo a propiciar as condições necessárias ao funcionamento do mercado, corrigindo suas eventuais falhas, não lhe cabendo substituir os mecanismos de mercado ou interferir no papel do agente privado no processo de tomada de decisões, dentre as quais destaca-se a formação de preços. Isto é, entende-se que a atuação das autoridades antitruste deve se dar sobre o processo competitivo, de forma a garantir que a disputa por fatias de mercado seja uma disputa lícita, e que o eventual poder de mercado dela resultante seja legítimo. Admitir a competência da autoridade da concorrência para analisar a prática de preços excessivos ou de aumentos arbitrários de lucros por si só significaria atribuir à autoridade a dicção do preço justo, não abusivo. Isso significa supor que tem o administrador conhecimento do funcionamento do mercado, da estrutura de custos da empresa, dos investimentos realizados pelo agente, o que não é razoável, dada a natural assimetria que existe entre o agente econômico e a autoridade antitruste.” 79. Na Etapa 3, deve-se analisar os efeitos benéficos e danosos decorrentes da cobrança do SSE no mercado (e não avaliar os custos do terminal), a entrada ou saída de competidores nos mercados nos últimos 5 anos e seu nexo de causalidade com a cobrança do SSE. Além disso, a análise pode ser aperfeiçoada com a verificação de aumento ou diminuição, nos últimos 5 anos, do market share e, em caso de diminuição, a relação ou não dessa diminuição com o SSE e a existência de operadores molhados capazes de contestar os preços praticados. Ressalta-se que é preciso demonstrar o nexo causal entre a cobrança de SSE e os danos ao mercado, uma vez a mera perda de participação de companhia pode ocorrer por outros fatores, tais como crises econômicas ou falhas na condução dos negócios. 80. Etapa 4: Conclusão sobre imposição de medida regulatória: (i). Analisar o custo-benefício das alternativas regulatórias. (ii). Analisar a existência de base legal para a opção de intervir. 81. Na última etapa, tratamos da medida regulatória. Essa etapa deve existir somente se as respostas de todos os itens anteriores concluírem que a conduta provocou ou provoca danos ao mercado, havendo nexo de causalidade com a exclusão de agentes econômicos. 82. Nessa etapa, cabe analisar as opções de intervir ou não intervir. Para isso, deve-se inicialmente levar em consideração todas as outras medidas regulatórias mais brandas capazes de remediar o abuso, inclusive a de não intervir, pois o regulador pode optar por supervisionar o mercado ao longo de um ano. 83. Na opção de intervir, é preciso analisar e aplicar medidas menos interventivas para remedir o abuso, tais como mediação entre as partes, aplicação de penalidades (ex. multa) e negociação de um termo de ajustamento de conduta. 84. Se frustradas essas medidas alternativas, após período idôneo para a produção de seus efeitos, pode-se avaliar se é o caso de aplicar preço-teto temporário, em patamar necessário para equilibrar o mercado (e

não com base em custos). Nesse ponto, é preciso buscar estabelecer esse preço teto, sob ótica do mercado (e não dos custos do terminal). IV. IMPOSSIBILIDADE DE ESTIPULAÇÃO DE FRANQUIA 85. Em que pese se tratar de processo vocacionado à regulamentação do art. 9º, parágrafo único, RN 34-ANTAQ, que não possui qualquer menção a franquias, cabe enfatizar a impossibilidade de regulamentação de franquias pela Agência, vez que, no entender da ATP: (i.) a criação de franquia foi excluída da Resolução Normativa nº 34-Antaq (“RN 34”), não cabendo à norma regulamentadora extrapolar o conteúdo da RN 34 e inovar com a criação de franquias, e rejeitada novamente pela Diretoria no presente processo; (ii.) não existe falha de mercado a justificar tamanha intervenção (estipulação de gratuidades), o que configura vício de motivação e vai contra as boas práticas de regulação; (iii.) a previsão de subsídios pelo particular a outro por imposição do Estado configura enriquecimento ilícito e violação aos contratos; (iv.) contraria a liberdade de preços prevista na Lei de Portos e no Decreto 8.033/2013; e (v.) contraria a Lei de Liberdade Econômica. IV.1. A rejeição da franquia pela Diretoria Colegiada 86. A criação de franquias foi excluída da Resolução Normativa nº 34-ANTAQ e voltou a ser discutida no presente processo, o que culminou em nova rejeição do instituto pela Diretoria Colegiada. 87. Em seu voto nos autos do presente processo, o ex-Diretor Francisval Mendes firmou entendimento no sentido de que a previsão de franquia é invasiva à liberdade contratual dos agentes e caracteriza apenas criação de mais um conceito inefetivo sem problema regulatório, sendo caracterizada como uma sobreregulação : 88. Já o Diretor Adalberto Tokarski destacou a ausência de benefícios regulatórios decorrentes da franquia, instituto localizado no plano de negociação comercial : 89. Os votos formaram o Acórdão 232/2020 , pacificando o entendimento de que a franquia é uma regulação inadequada. Ressalta-se que a época da prolação do acórdão, a Diretoria era composta apenas pelos Diretores mencionados. 90. Além do entendimento pacífico da Diretoria, a rejeição da franquia é cabível ainda por não se tratar de matéria abordada pelo dispositivo submetido à presente Audiência, extrapolando os conteúdos da Resolução Normativa nº 34-ANTAQ, conforme voto do ex-Diretor Francisval Mendes, no processo dessa Audiência Pública : Inexiste comando para alteração do parágrafo único do art. 9º da RN 34, muito menos estender um pretenso problema com o SSE aos demais preços praticados no setor. À área técnica cabia estudar e propor tão somente uma metodologia, e não buscar prevalecer sua visão idearia. (Grifos nossos) 91. Em suma, uma terceira discussão de franquia acaba por inovar no conteúdo regulatório que se está regulamentando, indo contra o entendimento pacífico dessa Diretoria Colegiada, que já rejeitou a regulação de franquia em duas oportunidades (na edição da RN 34-Antaq e por meio do Acórdão nº 232-Antaq-2020). IV.2. Ausência de falha de mercado que justifique intervenção 92. Como amplamente demonstrado, não há posição dominante pelos terminais portuários, na medida em que, para sua configuração, é necessário demonstrar que a empresa detém parcela significativa de mercado com capacidade de, deliberada e unilateralmente, alterar as condições de mercado. Também não foi demonstrado o poder de mercado pelos terminais e, como será reforçado a seguir, compreendemos que ele não existe. 93. Inicialmente, há poder de escolha por parte do importador, que adota critérios diversos (preço, qualidade, experiência,

localização, entre outros) para determinar o destino da carga. Se algum critério não o agradar, ele poderá alterar optar por outro prestador desse serviço conforme desejar.

95. Por fim, o conceito de price squeeze não cabe, pois não há os requisitos mínimos para aplicação dessa tese, de modo que os terminais não conseguem gerar os efeitos anticompetitivos caracterizados dessa falha de mercado. Como visto, o SSE não é capaz de capturar/superar as margens do porto seco, que possui vantagens econômicas extraordinárias. 96. Ao abordar mais especificamente o formato da regulação, percebemos que tamanha intervenção vai contra as boas práticas de regulação. O Guia da Presidência sobre AIR e ARR aponta que a regulação é adequada quando seus benefícios são maiores que os custos impostos aos envolvidos . 97. Conforme estamos buscando demonstrar, os custos aos envolvidos no estabelecimento da franquia gratuita se sobressaem a quaisquer benefícios. A franquia opcional/obrigatória prejudica a arrecadação dos terminais, privando-os de gerir seus negócios. 98. Uma vez que o foco dessa Agência é por coibir/fiscalizar eventuais abusos, não há justificativas para a regulação de uma prática de descontos, intervenção regulatória que não visa enfrentar qualquer falha de mercado. E mais, não se extrai das competências da Agência qualquer menção à regulação para garantir gratuitades. 99. Até mesmo o conceito de “modicidade”, usualmente utilizado para fundamentar intervenções, não se confunde com “gratuidade”, conforme Nota Técnica (SEI 464806): “Relativamente a esse último atributo legal que interessa a análise, a lei não criou qualquer conceito que definisse a modicidade tarifária. Por outro lado, a doutrina é pacífica no sentido de que modicidade não significa gratuidade. Enquanto a modicidade é um princípio, um balizamento, a gratuidade é uma opção política. A modicidade existe quando remunera adequadamente, considerando os riscos do empreendimento e os investimentos realizados para prestar o serviço em regime de eficiência, sendo suficiente também para viabilizar o repasse aos usuários de pelo menos parte dos ganhos da produtividade auferidos pelas empresas”. 100. Essa conclusão se dá com base na constatação de que gratuidade é uma opção política prevista em Constituição ou lei [em sentido estrito] para determinados serviços . Tem-se ainda mais evidente que a liberdade decisória/normativa da Agência sobre a matéria não é irrestrita e sim condicionada às previsões legais, que não trazem qualquer referência a gratuitades, de modo que não há espaço para regular tal matéria , por ausência de competência. Desse modo, por ausência de competência legal e fundamentação técnica (falha de mercado), não existe razão para a regulação de franquias. IV.3. Bem jurídico tutelado 101. A Nota Técnica 18 presente nos documentos da Audiência Pública em tela afirma que “O bem jurídico a ser tutelado é a liberdade de realizar transações econômicas em um ambiente de livre concorrência” (Grifos nossos). 102. O mesmo bem jurídico é tutelado pela Lei de Liberdade Econômica , pela Lei de Criação da ANTAQ , pela Lei de Portos e pelo Decreto nº 8.033/2013 . Os dispositivos legais são harmônicos entre si e com a Constituição , trazendo a liberdade de atuação dos portos como agentes econômicos e compatível com o funcionamento saudável do mercado e, apenas em casos nos quais forem constatadas falhas de mercado, o Estado como agente regulador a fim de manter esse funcionamento saudável. 103. É cabível ressaltar que os terminais privados possuem a liberdade para decidir quanto a concessão de descontos, sendo essa uma maneira estratégica de atrair e fidelizar

clientes, ou de consolidar volume, por exemplo. 104. Esse tipo de concessão, além de possuir um caráter confidencial e estratégico, afeta diretamente um ponto sensível de qualquer empreendimento, independente do ramo: as finanças. Isso porque ao conceder qualquer desconto, a empresa assume para si a redução da entrada dos valores em caixa e, por muitas vezes, os custos da operação, parcialmente ou em sua totalidade. 105. Sendo assim, tem-se que essa matéria não deve ser objeto de regulação, nem de maneira opcional, tão pouco de maneira obrigatória, conforme os prejuízos reconhecidos pela Diretoria dessa Agência nos presentes autos. É possível prever ainda um desestímulo aos investimentos, uma vez que traz uma grande limitação na negociação entre entes privados e traz impactos diretos ao caixa da empresa. 106. Como bem pontuado pelo Diretor Adalberto Tokarski , “a intervenção regulatória deve ser residual, de forma a harmonizar nas situações concretas a livre competição, a liberdade negocial, com vistas a impedir situações abusivas de qualquer natureza”. Não cabe à intervenção gerar/garantir um subsídio a outro particular em prejuízo ao terminal portuário. Além de gerar um grande desequilíbrio no mercado, agir de tal maneira pode configurar o incentivo do próprio Estado ao enriquecimento ilícito, conforme consta no art. 884 do Código Civil . 107. Ademais, agir assim é uma clara violação aos contratos de adesão estabelecidos no início da autorização. Como já foi discorrido na presente contribuição, a autorização pressupõe liberdade de preços, de negociação e de organização das atividades. Os autorizatários, como os TUPs, são agentes privados que detém bem privado, o que é explorado para realização de atividades econômicas em atenção aos preceitos da livre concorrência. A própria Lei de Liberdade Econômica estabelece que as normas devem ser interpretadas em favor da liberdade econômica, do respeito aos contratos, aos investimentos e à propriedade privada. 108. Uma atuação invasiva do Estado vai contra o que está nos contratos firmados e a legislação setorial. Além disso, a regulação da franquia vai contra as políticas públicas de liberdade de preços e provocará a drástica redução de atratividade de investimentos em infraestrutura portuária. IV.4. Conclusão parcial: Impossibilidade da previsão de franquia 109. Não houve demonstração de falha de mercado que justifique a regulação da franquia, matéria expressamente rejeitada em duas oportunidades pela Diretoria Colegiada. Entende-se que não é cabível intervenção sobre essa matéria, por incompatibilidade com as deliberações do colegiado, a legislação setorial e as boas práticas regulatórias. 110. A regulação de franquias simboliza uma brusca expropriação de receitas do investidor que assume a exploração desse ativo com encargos altos (assunção de obrigação de pesados investimentos e compromisso com a manutenção de níveis de movimentação/eficiência altos) em favor de outro ente privado, sem demonstração de que tal medida é legal, garante qualquer benefício ao usuário/cliente ou é necessária frente a falha de mercado. 111. Viola-se, portanto, a Lei de Liberdade Econômica que veda expressamente que o poder regulatório seja exercido de maneira a “aumentar os custos de transação sem demonstração de benefícios” (art. 4º, inc V) e “criar reserva de mercado” (art. 4º, inc. I) ao favorecer usuários de um serviço, que será tomado em gratuidade. 112. A inclusão de franquia fere diretamente a Lei de Portos, pois impede a liberdade de preços nas operações portuárias e prevê a atuação do Estado como agente promotor de obrigações prejudiciais à competição, além de ir de encontro ao pacto contratual de

liberdade de preços, presente no Decreto nº 8.033/13, e da Lei de Liberdade Econômica, que tem como objetivo a proteção à livre iniciativa e ao livre exercício de atividade econômica, e prevê a atuação do Estado voltada para a proteção dessas liberdades:

Art. 1º Fica instituída a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, que estabelece normas de proteção à livre iniciativa e ao livre exercício de atividade econômica e disposições sobre a atuação do Estado como agente normativo e regulador, nos termos do inciso IV do caput do art. 1º, do parágrafo único do art. 170 e do caput do art. 174 da Constituição Federal. § 2º Interpretam-se em favor da liberdade econômica, da boa-fé e do respeito aos contratos, aos investimentos e à propriedade todas as normas de ordenação pública sobre atividades econômicas privadas. Art. 2º São princípios que norteiam o disposto nesta Lei: I - a liberdade como uma garantia no exercício de atividades econômicas; (Grifos próprios) 113. Vale frisar os termos do ex-Diretor Francisval Mendes, que afirma em seu voto no presente processo : Em relação à franquia, do mesmo modo incorreu em erro o AIR, posto que também não atentou ao comando da Diretoria Colegiada, ao não buscar a realidade dos contratos dos terminais portuários, tampouco apontou as razões pelas quais se justifica a intervenção regulatória, não tendo respondido a primeira pergunta que se deve fazer para ser iniciado o estudo: qual o problema regulatório? De fato, não se encontra respondido em que a inserção da franquia proposta pela SRG irá modificar, criar ou estabilizar algum problema regulatório claramente encontrado. Ao meu ver, a inserção de franquia proposta se trata de uma letra morta, invasiva à liberdade contratual dos agentes e caracteriza apenas criação de mais um conceito inefetivo e sem problema regulatório, trazendo de volta a questão da sobreregulação e do excesso de instrumentos regulatórios intervencionistas, afastando-se novamente do voto condutor da RN 34 e, ainda mais, da política pública, dos decretos de desregulamentação dos mercados e da economia, bem como da política pública do Governo Federal. Se o SSE é controvertido, o tema franquia tem passado ao largo das discussões do mercado e, essencialmente, são regras de contratos que não podem ser alteradas por resolução reguladora. (Grifos nossos) 114. Consoante a isso, o Diretor Adalberto Tokarski em seu voto , no mesmo processo, afirma: Muito embora o Voto proferido por este Diretor nos autos do processo nº 50300.000381/2008-86, contido no documento Voto AST-DR nº 0815390, tenha proposto a exclusão dos dispositivos referente ao instituto da franquia, por questões de natureza formal, uma vez que, naquela ocasião, a proposição de criação da franquia constituiu inovação em relação ao que foi levado à Audiência Pública nº 04, sendo produto decorrente das contribuições recebidas pela Agência e acatadas pela área técnica, tenho o entendimento de que, a criação de mecanismos de franquia, no plano normativo, não agrupa benefícios regulatórios ao mercado de SSE, com as devidas vêniás aos que entende em sentido contrário, posto que, a juízo deste Diretor, a lógica basilar na prestação de serviços portuários é caracterizado pelo fato de que ocorrendo a efetiva prestação de serviços, deve existir a correspondente contraprestação remuneratória. Ademais, num mercado caracterizado pela livre negociação eventuais concessão de franquias, salvo melhor juízo, devem estar inseridos no plano da liberdade negocial dos agentes econômicos, e alocados na regulação que decorrente dos próprios contratos de prestação de serviços de SSE. (Grifos nossos) 115. Diante dos pontos

expostos, podemos concluir que não existe motivação para prever franquia no processo de regulamentação, não devendo ser incluída tal previsão, tendo sido a previsão retirada em momento anterior. 116. Ademais, a (re) inserção de franquia não se encontra dentro do objetivo da presente Audiência Pública, que busca a discussão de um artigo específico, não havendo motivos para abordar um tópico além daquele delimitado. IV.CONCLUSÃO 117. Com base no exposto, conclui-se que a franquia é um recurso que deve ser utilizado livremente pelos Terminais de Uso Privado por (i.) ausência de falha de mercado; (ii.) falta de motivação; e (iii.) ser uma escolha estratégica lícita estabelecida sobre o contexto de proteção à liberdade econômica na Lei de Liberdade Econômica, Decreto nº 8.033/13 e Lei de Portos. 118. Ademais, entendemos que não se deve extrapolar os conteúdos da Resolução Normativa 34-ANTAQ para adicionar franquia. O artigo em tela na presente Audiência Pública não menciona franquia, não cabendo inovar ao ir além do que foi proposto. 119. Por fim, acreditamos que estabelecer preço teto deve ser o último recurso dessa Agência, tendo em vista que há outros mecanismos para remediar abusos disponíveis para uso pela Agência, que são menos interventivos e alcançam resultados positivos superiores ao controle de preços: TAC com aplicação de penalidade a exemplo. No caso de imposição de preço teto, esse controle deve ser utilizado como ultima ratio em patamar suficiente para equilibrar o mercado, por período limitado e aplicável excepcionalmente às situações concretas em que restarem configurados abusos que não estejam condicionados a Market share ou custos do serviço, mas sim às boas práticas da OCDE, mediante comprovação da existência de preço abusivo excludente (e não meramente preço excessivo), e avaliação da competição entre os agentes ou barreiras à entrada de novos players no mercado.

<b>Análise Técnica</b>	Parcialmente acatada
<b>Justificativa da Análise</b>	<p>O participante apresenta inicialmente questão formal alegando inconsistências no escopo da audiência pública, apontando que a Nota Técnica traz os modelos de regulação rejeitados pela Diretoria em deliberação anterior. De acordo com a contribuição, essa matéria deve ser objeto de esclarecimento e, em caso de reconhecimento da incompatibilidade entre o escopo da Audiência Pública nº 08/2021 e as deliberações da Diretoria Colegiada, que se reconheça a necessidade de nova audiência pública, prévia à elaboração da nova Análise de Impacto Regulatório, com vistas a garantir regularidade processual e participação social efetiva.</p>

Em seguida, apresenta contribuições para regulamentação do art. 9º parágrafo único da Resolução Normativa nº 34 em que expõe sobre a liberdade de preços aplicada aos terminais de uso privado e debate elementos técnicos da análise defendendo a ausência de falhas de mercado, a inaplicabilidade da tese de "price squeeze" e ausência de justificativa para intervenção regulatória. Por fim, são feitos apontamentos sobre o preço-teto e proposta de metodologia para identificação de abusividade (embora a ANTAQ não tenha proposto qualquer metodologia por enquanto).

Passando à análise da área técnica sobre as contribuições supra, entende-se que a alegação de inconsistência e irregularidade formal deve ser indeferida. A tese da contribuinte já foi inclusive negada pela Diretoria da ANTAQ.

**(ACÓRDÃO Nº 451-2021-ANTAQ).** A consulta pública foi baseada em documento preliminar a respeito das alternativas que devem ser aprofundadas e comparadas em sede de Análise de Impacto Regulatório. Não existe irregularidade no procedimento uma vez que compete à área técnica evidenciar, de forma comparativa, as diversas alternativas possíveis para a solução do problema regulatório, inclusive com a alternativa de não fazer nada. O procedimento é amparado nas melhores práticas para a elaboração de Análise de Impacto Regulatório divulgadas pela OCDE. Registre-se que haverá nova oportunidade de participação social com o encaminhamento da proposta à deliberação da Diretoria Colegiada.

Em relação aos elementos técnicos a respeito da regulamentação do parágrafo único do art. 9º, a contribuição deve ser acatada de modo a considerar as informações e posicionamentos na elaboração da AIR.

ID 26	<b>Redação Original</b>	N/A
	<b>Razão Social (CPF/CNPJ)</b>	MARIMEX DESPACHOS, TRANSPORTES E SERVIÇOS LTDA. (45506663000159)
	<b>Redação Proposta</b>	A única regulamentação juridicamente possível acerca do tema da THC2 é a própria proibição da cobrança. Nesse sentido, a presente contribuição reitera manifestações anteriores da Marimex perante esta agência no sentido da rejeição da validade da Resolução nº 34/2019, uma vez que tal diploma viola a Lei dos Portos, a Lei da Concorrência, a Lei das Agências Reguladoras e a Lei de Liberdade Econômica.
	<b>Justificativa para Alteração</b>	I – INTRODUÇÃO O estabelecimento de um preço teto, conforme propõe o art. 9º, parágrafo único, da Resolução nº 34/2019 da ANTAQ não basta para afastar os danos à concorrência resultantes da cobrança de THC2 – ao contrário, os consagra. Por constituir cobrança ilegítima, desprovida de qualquer lastro contratual e que visa à remuneração em duplicidade dos custos associados à movimentação de carga, não há limite que seja “razoável” para a cobrança da THC2, constituindo apenas um ônus indevido à cadeia logística. A abusividade decorre, portanto, do próprio caráter ilegítimo da cobrança, que a ANTAQ injustificadamente ignorou ao editar a Resolução nº 34/2019. II – VIOLAÇÃO À LEI DOS PORTOS Nos termos da Lei 12.815/2013, a Capatazia refere-se ao serviço de: “[m]ovimentação de mercadorias nas instalações dentro do porto, compreendendo o recebimento, conferência, transporte interno, abertura de volumes para a conferência aduaneira, manipulação, arrumação e entrega, bem como o carregamento e descarga de embarcações, quando efetuados por aparelhamento portuário” (Art. 40, § 1º, inciso I). À revelia da lei, a Resolução nº 34/2019 “encurtou” o conceito legal de THC/Capatazia, na esteira da Resolução que a precedeu (isto é, a Res. 2389/2012), viabilizando a instituição da espúria “SSE”/THC2. Esse encurtamento da THC/Capatazia é ilegal e já foi extensivamente criticado pelo Tribunal de Contas da União, pelo CADE e pela SEAE. III – VIOLAÇÃO À LEI DA CONCORRÊNCIA É entendimento pacífico da autoridade concorrencial que a cobrança de THC2 possui caráter anticompetitivo. O CADE tem consistentemente rechaçado tal prática há mais de uma década, e tal entendimento foi recentemente

reiterado no último dia 03/02/2021, quando o CADE condenou o operador portuário Tecon Suape S/A/ (PA nº 08700.005499/2015-51) pela cobrança de THC2. Registre-se, ademais, que o CADE jamais considerou a possibilidade de cobrança de THC2 em “patamares módicos ou razoáveis”, visto que as decisões do CADE consideram a cobrança em si um abuso. De fato, a THC2 é um preço sem qualquer lastro contratual, criado pelos operadores portuários a título de pretensa remuneração por custos de movimentação lateral de contêineres, já cobertos pela chamada THC/Capatazia. A cobrança se faz possível unicamente porque os operadores portuários se aproveitam da posse temporária dos contêineres de propriedade dos importadores – cuja natureza infungível lhes confere um monopólio temporário – para extrair valores indevidos dos próximos elos da cadeia. A cobrança resulta potencialmente na exclusão dos recintos do mercado de armazenagem, redução de serviços ofertados aos importadores, desestímulo ao processo de modernização do porto, redução do fluxo de cargas e aumento de preços ao consumidor final. Por meio de Resolução nº 34/2019, a ANTAQ regulou a questão da cobrança com base em premissas diametralmente opostas ao entendimento adotado pela autoridade concorrencial quanto ao caráter anticompetitivo da cobrança de THC2.

**IV – OFENSA À LEI DAS AGÊNCIAS REGULADORAS**

A Lei 13.848/2019 regula a interação entre as agências reguladoras e os órgãos de defesa da concorrência (Arts. 25 a 28), e estabelece os limites de atuação das agências, deixando claro que incumbe unicamente ao CADE “a aplicação da legislação de defesa da concorrência nos setores regulados”, inclusive “a instauração e a instrução de processos administrativos para apuração de infrações à ordem econômica”. Nesse sentido, cabe ressaltar que o Superior Tribunal de Justiça recentemente reiterou a competência do CADE para analisar a questão da THC2 sob a ótica concorrencial (Suspensão de Liminar de Sentença nº 2.900). O Presidente do STJ destacou em sua decisão que “[n]o caso em tela, está caracterizada a lesão à ordem e à economia públicas, porquanto o Poder Judiciário, imiscuindo-se na seara administrativa, substitui o poder do ora requerente [o CADE] de exercer sua própria atividade de regulação dos ambientes de negócio sob o enfoque concorrencial”. Desse modo, para que uma cobrança no setor portuário seja legítima, é necessário que ela seja permitida pela perspectiva concorrencial. Considerando-se que a THC2 é considerada anticompetitiva pela perspectiva antitruste, ela é ilegal e a ANTAQ não pode, sob pena de ilegalidade, editar regulação que negue essa premissa. A Resolução nº 34/2019 representa, portanto, patente violação da Lei das Agências Reguladoras.

**V – VIOLAÇÃO À LEI DE LIBERDADE ECONÔMICA**

Editar regulação contrária ao princípio da livre concorrência, aliás, constitui abuso de poder regulatório, violando assim o Art. 4º da Lei nº 13.874 (“Lei de Liberdade Econômica”). Visando combater o abuso ao poder regulatório, a Secretaria de Concorrência e Competitividade do Ministério da Economia (“SEAE”) editou a Instrução Normativa nº 97/2020 (“Instrução Normativa”), estabelecendo a Frente Intensiva de Avaliação Regulatória e Concorrencial. A Instrução Normativa detalha o rol contido no Art. 4º da Lei de Liberdade Econômica, especificando as hipóteses de abuso previstas na lei. Em seu Art. 5º, inciso VII, a Instrução Normativa preceitua que poderá haver abuso na edição de normas que permitam condutas já caracterizadas como infração à ordem econômica pelo Plenário do CADE em sede de processo administrativo, na medida em que tais regulamentos possam impedir a entrada de novos agentes do

mercado, em desconformidade com o art. 4º, inciso II da Lei da Liberdade Econômica. Já o Art. 8º, inciso VII, da Instrução Normativa dispõe que também pode ser abusiva a permissão de conduta que o CADE já tenha entendido, em sede de processo administrativo, causar um aumento nos custos de transação de concorrentes sem demonstração de benefícios (efeito vedado pelo Art. 4º, inciso V da Lei da Liberdade Econômica. Trata-se exatamente da situação em apreço. Em suas decisões o Tribunal do CADE tem decidido que o principal efeito da cobrança da THC2 é o aumento injustificado dos custos de rivais no mercado a jusante de armazenagem alfandegada (quais sejam, os recintos alfandegados), destacando inclusive as dificuldades impostas à entrada de concorrentes por meio dessa conduta. VI – INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA Não há relação jurídica entre terminal portuário e recinto alfandegado que dê causa a qualquer “fato gerador”, conforme defendido pela Marimex há mais de uma década. A relação jurídica é estabelecida entre o terminal portuário e o armador (e entre este diretamente com o importador ou exportador). Sendo o terminal portuário um mero subcontratado do armador, o terminal já cobra do armador por todos os serviços eventualmente realizados para a descarga e movimentação dos contêineres. O próprio corpo técnico da ANTAQ reconhece a inexistência de relação jurídica no Relatório de AIR produzido no âmbito do presente processo: “notamos que há uma relação econômica vertical entre os mercados de movimentação e de armazenagem, porém, com a peculiaridade de que não há uma relação jurídica, um negócio ou contrato, entre os participantes de um mercado com o do outro.” Portanto, não há qualquer causa jurídica que justifique cobranças adicionais à THC. V – PREJUÍZOS ADVINDOS DA COBRANÇA Vale destacar, por fim, que o relatório de AIR preparado pela área técnica no presente processo apresentou um cálculo útil para dimensionar, ainda que conservadoramente, os impactos da cobrança de THC2 para a cadeia logística brasileira. Segundo a área técnica, os prejuízos à sociedade decorrentes da cobrança de THC2 em “patamares abusivos” seriam da ordem de R\$ 360 milhões anuais (i.e. o “peso morto do SSE”, como chamou a área técnica). Dado que, na realidade, não há patamares “razoáveis/módicos” de THC2, esse valor é evidentemente subestimado. O número também não reflete prejuízos que, embora difíceis de quantificar, não podem ser menosprezados, como os prejuízos à inovação e adoção de novos modelos de armazenagem.

Análise Técnica	Não acatada
Justificativa da Análise	A contribuição não trata especificamente do objeto da consulta pública, qual seja: a regulamentação do art. 9º da Resolução Normativa ANTAQ nº 34. O participante argumenta pela impossibilidade de cobrança apartada da SSE e pela necessidade de alteração da definição de THC e Box Rate da Resolução Normativa ANTAQ nº 34. Nesse sentido, em consonância com o parágrafo 94 da Nota Técnica nº 18/2021/GRP/SRG, recomenda-se o indeferimento da contribuição, considerando se tratar de assunto já deliberado pela Diretoria Colegiada e que não compõe o objeto da consulta pública.
ID 27	Redação Original

<b>Razão Social (CPF/CNPJ)</b>	Associação de Usuários dos Portos da Bahia - USUPORT (7829949000107)
<b>Redação Proposta</b>	Propõe-se a fixação conjunta de três preços-teto enquanto vigorar a RN34 para haver coerência, de modo que a THC de exportação = THC de importação + SSE. Isso só pode ser feito para cada terminal. Revogação da RN34 mantendo a natureza resarcitória da THC, enquanto serviço único e previsível, em sintonia com a prática mundial.
<b>Justificativa para Alteração</b>	A iniciativa de regulamentar a cobrança do THC2, identificado como Serviço de Segregação e Entrega (SSE) no art. 2º, inciso IX da Resolução Normativa ANTAQ nº 34/2019, com o estabelecimento de preço-teto “no caso em que restar demonstrada a verossimilhança de que exista abuso ilegal na cobrança”, é mais uma tentativa de contenção e, implicitamente, o reconhecimento dos danos causados pela rubrica. Não há que se falar em “abuso ilegal na cobrança” se a própria cobrança é ilegal, dada sua essência ter sido objeto de decisões do Tribunal Concorrencial – o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). O ato normativo, à luz do disposto no art. 4º da Lei nº 13.874/2019 (Lei de Liberdade Econômica) e no art. 3º da Instrução Normativa SEAE nº 97/2020, resulta em abuso regulatório. Há inadequação ao ordenamento principiológico vigente, inadequação procedural, desvio regulatório, atuação indevida, além do sobrealcance regulatório direto, uma vez que: 1. Cria reserva de mercado ao provocar, ainda que indiretamente, situação que eleva as barreiras de entrada no mercado de armazenagem alfandegada, tanto em zona primária (terminais de retroárea) quanto em zona secundária (portos secos) e limita o acesso ao mercado de consumidores (importadores e exportadores) para parte restrita dos agentes econômicos. ? Inadequação ao ordenamento principiológico vigente. 2. Caracterizam-se como anticoncorrenciais aqueles enunciados que prejudicam o ambiente da concorrência, tal como os dispositivos que fragmentam o THC em THC de exportação, de importação e SSE, ao que se soma o fato de terem por objetivo a permissão, autorização ou regulação de conduta há muito considerada como infração à ordem econômica, pelo plenário do Cade. A prática consolidada mundialmente, o THC previsível, indivisível, o pedágio da carga em passagem pelo terminal, foi violada com a Resolução Normativa nº 34/2019 e a fixação de preço-teto não resolverá o problema de onerar o dono da carga. Essa medida tampouco desvinculará os vícios concorrenciais inerentes à cobrança em duplicidade que caracterizam a rubrica em comento. Chama atenção, inclusive, o fato de a agência propor um preço-teto quando este tem sido um recorrente tabu para outros preços praticados por firmas monopolistas em terminais de contêiner, sempre rendendo invocação à “livre negociação entre as partes” quando a mesma se depara com denúncias de reajustes abusivos. Para além da questão concorrencial sucessivamente julgada pelo Cade, há que se sublinhar o detalhe estritamente técnico: não se cumpre o necessário ou indispensável para a concretização da atividade portuária se a carga não chega a quem de direito: seu dono. A entrega é necessária e indispensável para tal. Não faz sentido que o usuário traga volumes de carga do exterior para que fiquem em pilhas de armazenagem do terminal portuário, indefinidamente à

mercê de uma requisição para entrega. O SSE é o meio pelo qual o terminal de contêiner, que monopoliza o fornecimento de insumo essencial (contêiner importado) à prestação do serviço de armazenagem pelos recintos alfandegados independentes, impõe a estes concorrentes a majoração artificial de custos. Além do mais, o usuário deve ter a liberdade para escolher o prestador de serviço de armazenagem alfandegada, de modo que não deve ser, do ponto de vista da racionalidade econômica, impelido a fazê-lo em favor do recinto alfandegado em zona primária (terminal de contêiner) devido à instituição de cobrança flagrantemente anticoncorrencial. Demonstração cabal de que o normativo supracitado veio apenas para legitimar prática anticoncorrencial (Regulatory bypass) no mercado de armazenagem alfandegada é o fato de o mercado tê-la ignorado ao não praticar preços de THC diferentes entre os sentidos de navegação. Os armadores continuam cobrando o mesmo THC para exportação e importação, embora para este sentido se considere um movimento a menos. Na prática, a Resolução funcionou apenas para tentar legitimar a SSE. Se o dono da carga ou o consignatário paga THC em uma operação de importação, ao armador, com valor equivalente ao que despende com o THC de exportação e, posteriormente, é obrigado a pagar pelo Serviço de Segregação e Entrega (SSE) ao terminal de contêiner, resta demonstrado que há cobrança em duplicidade pelo movimento de entrega. O SSE continua sendo o famigerado THC2 em prejuízo da economia e da sociedade brasileira. Os importadores e o comércio exterior brasileiros saem prejudicados com a imposição do SSE pelos terminais de contêiner em todos os cenários possíveis, independentemente da implantação de um sistema de franquia ou preço-teto, pois o aumento do custo dos recintos alfandegados (i) será repassado para o importador contratante do serviço, onerando ainda mais a cadeia logístico-portuária; (ii) mina, progressivamente, a competitividade dos agentes e institui barreiras à entrada no mercado a jusante; (iii) tende a reduzir a oferta do serviço, a médio e longo prazo, com a expulsão dos concorrentes mencionados, e, consequentemente, a elevar os preços cobrados aos importadores. O estabelecimento de preço-teto só seria cabível quando, preliminarmente, a Antaq instituir meios pelos quais possa fiscalizar o estrito cumprimento ao caráter resarcitório do pagamento do THC de exportação e do THC de importação, bem como garantir que o preço-teto estipulado para o SSE + THC de importação seja exatamente igual ao THC de exportação, para o que seria necessário também estipular preço-teto para estas cobranças, para haver o mínimo de coerência. A atividade portuária corresponde a um serviço público de competência da União que tem sido outorgada à iniciativa privada mediante autorização ou concessão – alínea f, inciso XII, art. 21 da Constituição Federal de 1998. O ordenamento jurídico brasileiro, em seu art. 175, inciso IV, é taxativo quanto à obrigação de manter serviço adequado na prestação de serviços públicos, sejam eles prestados diretamente pelo Poder Público ou sob o regime de concessão ou permissão. A Lei nº 8.987/1995, em seu art. 6º, traz como pressuposto, a toda e qualquer prestação de serviço público, o pleno atendimento dos usuários, ao passo em que deve satisfazer as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas. É direito do usuário pagar o pelo serviço prestado em regime de eficiência, princípio afrontado com o dispêndio em duplicidade. Considerando que só e somente só o terminal de contêineres pode fornecer a entrega dos

	contêineres que desembarca dos navios, trata-se de parte de um todo de fornecimento obrigatório por parte daquele prestador de serviço. A fixação de preço-teto é o passo seguinte à RN34 na tentativa de legitimação da SSE, imprimindo-lhe aspectos de controle para passar a sensação de legalidade, única e exclusivamente em benefício do agente regulado e em detrimento de todo o conjunto da economia brasileira, ainda que se mantenha a natureza anticompetitiva e de duplicidade da cobrança.
<b>Análise Técnica</b>	Não acatada
<b>Justificativa da Análise</b>	A contribuição exorbita o objeto da consulta pública ao propor a fixação de preço-teto para outras rubricas não previstas no escopo aprovado pela Diretoria Colegiada. De acordo com a justificativa apresentada, o estabelecimento de preço-teto só seria cabível quando, preliminarmente, a Antaq instituir meios pelos quais possa fiscalizar o estrito cumprimento ao caráter resarcitório do pagamento do THC de exportação e do THC de importação, bem como garantir que o preço-teto estipulado para o SSE + THC de importação seja exatamente igual ao THC de exportação, para o que seria necessário também estipular preço-teto para estas cobranças, para haver o mínimo de coerência.

12.

Abaixo, apresenta-se quadro com estatísticas das contribuições recebidas na Consulta e Audiência Pública nº 08/2021:

INFORMAÇÃO	<b>TOTAL</b>	<b>100,00%</b>
Total de contribuições recebidas	11	100,00%
Contribuições invalidadas pela área técnica	0	0,00%
<b>Contribuições válidas</b>	<b>11</b>	<b>100,00%</b>
↳ Enviadas pelos usuários	2	18,18%
↳ Enviadas pelos prestadores de serviço ou representantes	7	63,64%
↳ Enviadas pelo governo	1	9,09%
↳ Enviadas por entidade de classe, associação civil, acadêmico ou entusiasta do setor	1	9,09%
<b>Contribuições válidas acatadas</b>	<b>2</b>	<b>18,18%</b>
↳ Enviadas pelos usuários	0	0,00%
↳ Enviadas pelos prestadores de serviço ou representantes	1	9,09%
↳ Enviadas pelo governo	0	0,00%
↳ Enviadas por entidade de classe, associação civil, acadêmico ou entusiasta do setor	1	9,09%

<b>Contribuições válidas parcialmente acatadas</b>	<b>3</b>	<b>27,27%</b>
↳ Enviadas pelos usuários	0	0,00%
↳ Enviadas pelos prestadores de serviço ou representantes	2	18,18%
↳ Enviadas pelo governo	1	9,09%
↳ Enviadas por entidade de classe, associação civil, acadêmico ou entusiasta do setor	0	0,00%
<b>Contribuições válidas não acatadas</b>	<b>6</b>	<b>54,55%</b>
↳ Enviadas pelos usuários	2	18,18%
↳ Enviadas pelos prestadores de serviço ou representantes	4	36,36%
↳ Enviadas pelo governo	0	0,00%
↳ Enviadas por entidade de classe, associação civil, acadêmico ou entusiasta do setor	0	0,00%

## CONCLUSÃO

13. Ante o exposto, submete-se o presente Relatório Técnico nº 5/2021/GRP/SRG (SEI nº 1297370) com as contribuições avaliadas à apreciação superior, sugerindo publicidade em atendimento à Resolução ANTAQ nº 39, de 2021.
14. Sendo estas as considerações, submeto à apreciação superior.



Documento assinado eletronicamente por **Sandro Jose Monteiro, Especialista em Regulação de Serviços de Transporte Aquaviários**, em 06/09/2021, às 10:11, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no § 1º, art. 6º, do Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015.



Documento assinado eletronicamente por **Ygor Di Paula Julliano Silva da Costa, Especialista em Regulação de Serviços de Transporte Aquaviários**, em 06/09/2021, às 10:20, 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 **1412334** e o código CRC **FE32A557**.

