



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Secretaria de Acompanhamento Econômico

Parecer Analítico sobre Regras Regulatórias nº 15/COGTL/SEAE/MF

Em 23 de maio de 2011

Assunto: Proposta de resolução que estabelece parâmetros regulatórios a serem observados na prestação dos serviços de movimentação e armazenagem de contêineres e volumes, em instalações de uso público, nos portos organizados.

1. Da Introdução

1. A Agência Nacional de Transportes Aquáticos (Antaq) publicou o aviso de Audiência Pública nº 1/2011, com vistas à obtenção de subsídios e informações adicionais para aprimoramento do ato normativo aprovado pela Resolução nº 1.967-Antaq, de 10.2.2011¹.
2. A aludida resolução aprova proposta de norma que “estabelece parâmetros regulatórios a serem observados na prestação dos serviços de movimentação e armazenagem de contêineres e volumes, em instalações de uso público, nos portos organizados”.
3. Nesse contexto, a participação da Secretaria de Acompanhamento Econômico (Seae)² tem por objetivo avaliar e, conforme o caso, contribuir para o aprimoramento da referida norma, de modo a colaborar com a eficiência regulatória e a defesa e promoção da concorrência, consoante com suas atribuições legais, definidas no Decreto nº 7.482, de 16.5.2011, dentre as quais:

¹ Disponível em <http://www.antaq.gov.br/Portal/pdfSistema/publicacao/0000003643.pdf>. Acesso em 25.2.2011.


² Cumpre destacar que, ao realizar a análise da presente proposta de resolução, a Seae tem por certo que todos os dispositivos apresentados pela Antaq têm cobertura legal.

- propor, coordenar e executar as ações do Ministério da Fazenda, relativas à gestão das políticas de regulação de mercados, de concorrência e de defesa da ordem econômica;
- acompanhar a implantação dos modelos de regulação e gestão desenvolvidos pelas agências reguladoras, pelos ministérios setoriais e pelos demais órgãos afins;
- promover o funcionamento adequado do mercado e, para tanto:
 - acompanhar e analisar a evolução de variáveis de mercado relativas a setores e produtos ou a grupo de produtos; e
 - avaliar e manifestar-se acerca dos atos normativos e instrumentos legais que afetem as condições de concorrência e eficiência na prestação de serviços, produção e distribuição de bens.

2. Das Considerações Iniciais

4. Preliminarmente à discussão de mérito da proposição em apreço, cumpre fazer uma breve digressão sobre o procedimento de audiências públicas³.

5. As audiências públicas são procedimentos que induzem a uma decisão política ou legal com legitimidade, em sua acepção política⁴, e transparência. Cuida-se de uma instância, no processo de tomada da decisão administrativa ou legislativa, pela qual a autoridade competente abre espaço para que todas as pessoas que possam sofrer os reflexos dessa decisão tenham oportunidade de se manifestar antes do desfecho do processo⁵.

6. Nesse sentido, a participação do cidadão, da sociedade e dos agentes econômicos que atuam em setores regulados na tomada de decisão do órgão regulador apresenta o papel potencial de permitir o aperfeiçoamento dos processos decisórios, por meio da reunião de um maior número de informações e visão mais completa dos fatos e das questões relacionados ao objeto da decisão. 

³ As audiências e as consultas públicas se prestam ao mesmo propósito. Tais procedimentos diferenciam-se, precipuamente, pelo "caráter presencial e menos formal da audiência pública, onde prevalece a oralidade, nada obstante que pontos importantes do debate sejam reduzidos a termo, enquanto que na consulta pública prevalece uma maior formalidade e não há necessidade de reuniões dos consultados." OLIVEIRA, Ocimar Barros de. A participação do administrado no processo administrativo. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 567, 25 jan. 2005. Obtida via Internet. <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6217>>, Acesso em 6 jun. 2008. Logo, no presente trabalho, se fará referência apenas à expressão audiência pública, o que abrangerá também o termo consulta pública.

⁴ Em Ciência Política é o conceito com o qual se julga a capacidade de um determinado poder para conseguir obediência, sem necessidade de recorrer à coerção, que supõe a ameaça da força, de tal forma que um Estado é legítimo se existe um consenso entre os membros da comunidade política para aceitar a autoridade vigente. Obtida via Internet. <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Legítima%C3%A7%C3%A3o>>, Acesso em 20 mai 2011, 16h40.

⁵ Moreira Neto, apud Soares (2002), define audiência pública como:

{...} um instituto de participação administrativa aberta a indivíduos e a grupos sociais determinados, visando à legitimação administrativa, formalmente disciplinada em lei, pela qual se exerce o direito de expor tendências, preferências e opções que possam conduzir o Poder Público a uma decisão de maior aceitação conceitual. (SOARES, Evanna. A audiência pública no processo administrativo. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 58, ago. 2002. Obtida via Internet. <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3145>>, 18 jun. 2008, 22h18)

7. A efetividade da participação no procedimento de audiência pública, contudo, pode ser comprometida caso o órgão regulador não confira aos atores interessados em se pronunciar no feito os elementos necessários à identificação e à análise do problema, ao entendimento dos objetivos pretendidos e, ainda que sucinta, à avaliação dos custos e benefícios de sua implementação.
8. O acompanhamento e o controle da atividade pública pelos diversos atores e, em especial, pela sociedade, demandam que as escolhas finais feitas pelo regulador sejam sustentadas por justificativa escrita, pública e racionalmente fundamentada.
9. Especialmente em relação às agências reguladoras, mais do que simplesmente motivar os seus atos, é desejável que essas entidades, no intuito de melhor validar as suas ações, empreendam estudos das estimativas dos custos implícitos em cada norma proposta, condicionando a sua aprovação, se possível, à demonstração de que os benefícios a serem produzidos por esses regulamentos justificam a sua implementação⁶.
10. Essa prática permite aos órgãos reguladores conferir estrutura, consistência, rigor e transparência à revisão regulatória e, assim, contribui para o aperfeiçoamento regulatório. Em que pese não seja por si só capaz de determinar as decisões regulatórias, a adoção da referida prática consegue informar as discussões e o processo decisório com dados concretos que clareiam o leque de opções disponíveis.
11. Também é salutar para o processo de audiência pública que as manifestações apresentadas, ainda que não vinculem a decisão, posto terem caráter consultivo, sejam analisadas pelo órgão regulador, acolhendo-as ou rejeitando-as, sempre com a devida motivação⁷.
12. Logo, é desejável que as agências reguladoras não apenas realizem audiências públicas, mas que também apresentem os fundamentos pelos quais consideram adequado ou inadequado acolher as colaborações, manifestações e propostas formuladas pela sociedade.

⁶ No âmbito da regulação, esse objetivo pode ser alcançado por meio do procedimento de análise de impacto regulatório. Tal análise, de acordo com a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), é o exame e a quantificação dos custos e dos benefícios prováveis decorrentes de novas normas ou de alterações propostas em normas já existentes. É um instrumento formal que permite a explicitação dos problemas regulatórios, das opções disponíveis de política e das consequências das decisões regulatórias, em cada caso concreto, mediante a utilização de dados empíricos. (ALBUQUERQUE, Kelvia Frota. A retomada da reforma/melhora regulatória no Brasil: um passo fundamental para o crescimento econômico sustentado. Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE/MF). Série Documentos de Trabalho n. 35, dezembro de 2006. Obtida via Internet. http://www.scae.fazenda.gov.br/central_documentos/documento_trabalho/2006-1, Acesso em 18 jul. 2008, 23h31).

⁷ Esse entendimento é partilhado por Justen Filho (2003, p. 20), que preleciona:

No entanto, a mera participação popular e a audiência da sociedade são insuficientes. É fundamental que a atividade decisória da agência incorpore a participação popular, mesmo quando não aceda com as sugestões e propostas apresentadas. Incorporar a participação popular significa reconhecer como relevante a intervenção externa, acolhendo-a ou justificando sua rejeição.

Não se admite o fenômeno que se poderia qualificar como participação externa "cosmética". A expressão indica a situação em que a agência predetermina sua decisão e desencadeia uma série de formalidades, inclusive com audiências públicas, destinadas apenas a dar uma aparência de democracia à decisão. Assim, ouvem-se os particulares e os segmentos interessados, mas se adota decisão desvinculada de todas as contribuições. (JUSTEN FILHO, Marçal. Agências reguladoras e democracia: existe um déficit democrático na "regulação independente"? Revista de Direito Público da Economia. Belo Horizonte: Fórum, ano 1, n.2, abr./jun. 2003. Obtida via Internet. <<http://www.justenfilho.com.br/artigos/mjfb2>>, Acesso em 2 de mar. 2008, 01h14)

13. Em que pese a adequada iniciativa da Antaq de sujeitar a matéria em apreço ao procedimento de audiência pública, oportuno salientar que a proposta de ato normativo submetida ao debate público veio desacompanhada de documento expositivo que possibilitasse a identificação e análise do problema e dos objetivos pretendidos pela solução regulatória apresentada, bem como de avaliação, ainda que sucinta, dos custos e benefícios de sua implementação, o que pode comprometer a participação dos interessados e os resultados esperados com a discussão.

3. Da Minuta de Resolução Submetida à Audiência Pública

14. Conforme salientado anteriormente, a minuta de resolução em apreço “estabelece parâmetros regulatórios a serem observados na prestação dos serviços de movimentação e armazenagem de contêineres e volumes, em instalações de uso público, nos portos organizados”.

15. Em linhas gerais, os parâmetros que se pretendem estabelecer referem-se a conceitos, preços e condições aplicáveis à prestação de serviços de movimentação e armazenagem, em especial, em relação às atividades remuneradas pela *Box Rate* (BR) e *Terminal Handling Charge* (THC).

16. Dentre os conceitos estabelecidos pela proposta, merecem destaque a definição de BR e THC, a saber (art. 2º, VI e VII):

Art. 2º Para efeitos desta Norma, considera-se:

(...)

VI - 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 - 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.

17. A norma regulamenta ainda os agentes responsáveis pelo pagamento do BR e do THC, a possibilidade de cobrança por serviços não contemplados no BR e a livre negociação da remuneração pelos serviços prestados, observados os tetos fixados pela Autoridade Portuária, segundo estabelecem os arts. 3º, 4º e 5º.



Art. 3º O Terminal Handling Charge (THC) é cobrado pela empresa de navegação, diretamente do exportador, importador ou consignatário, a título de ressarcimento das despesas assumidas com a movimentação das cargas pagas ao operador portuário.

Art. 4º Os serviços contemplados no Box Rate são realizados pelo operador portuário, na condição de contratado da empresa de navegação, mediante remuneração livremente negociada e estabelecida em contrato de prestação de serviços.

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.

§ 1º - A autoridade portuária, em caso de conflito, arbitrará o preço dos serviços que não estiverem contemplados em tabela, nem previstos em contrato.

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

18. Adicionalmente, a norma, em seu art. 10, reconhece a cobrança pelo operador portuário da armazenagem adicional e demais serviços prestados em relação às cargas não embarcadas em navio previamente programado, bem como a responsabilidade pelas referidas despesas.

Art. 10 A armazenagem adicional e outros serviços prestados às cargas não embarcadas em navio previamente programado serão cobrados pelo operador portuário diretamente do responsável pelo não embarque das referidas cargas.

19. É a breve descrição da norma.

3.1. Do Problema Identificado

20. **O texto do ato normativo em discussão, s.m.j., não traz o esclarecimento suficiente à compreensão do problema identificado ou mesmo do objetivo pretendido e, conforme já salientado, não veio acompanhado de documento expositivo que possibilitasse o entendimento dos aspectos ora suscitados.**

21. Não obstante, em face de recentes conflitos acerca da cobrança do THC, é razoável supor que a proposta visa normatizar os serviços remunerados pelo BR e pelo THC e, dessa forma, conferir segurança jurídica às relações contratuais que se estabelecem em torno dos serviços de movimentação e armazenagem de contêineres e volumes, em instalações de uso público, nos portos organizados. Ou seja, esta Secretaria infere que a proposta de norma em apreço: é fruto da conclusão de que há incertezas regulatórias que acabam por produzir conflitos, aumentando os custos de transação no setor; busca mitigar tais custos, de modo a conferir a clareza necessária aos agentes quanto ao que pode e o que não pode ser cobrado pelo prestador de serviço portuário.

3.2. Das Instituições Impactadas

22. Considerando as relações estabelecidas em torno dos serviços de movimentação e armazenagem de contêineres e volumes, em instalações de uso público, nos portos organizados, é razoável supor que a norma em apreço atinge, potencialmente, os seguintes agentes: a Antaq; as Autoridades Portuárias; os exportadores e importadores; os armadores, os quais realizam o transporte marítimo das mercadorias; os terminais portuários (TPs), empresas detentoras de píer para atracação e habilitadas a realizar a carga/descarga dos navios, podendo executar, também, a armazenagem alfandegada da mercadoria; e os recintos alfandegados (RAs), também conhecidos como terminais retroportuários, os quais, após estarem devidamente autorizados pela Receita Federal do Brasil, prestam o serviço de armazenagem alfandegada de mercadoria, competindo com os TPs por este mercado.

4. Da Análise

23. Os portos nacionais respondem por mais de 90% do comércio exterior brasileiro⁸, devendo ser analisados como interfaces entre os modais de transporte dentro da cadeia logística. Por ser um importante elo nessa cadeia, é necessário que os portos sejam ágeis e eficientes, reduzindo os custos totais de transporte.

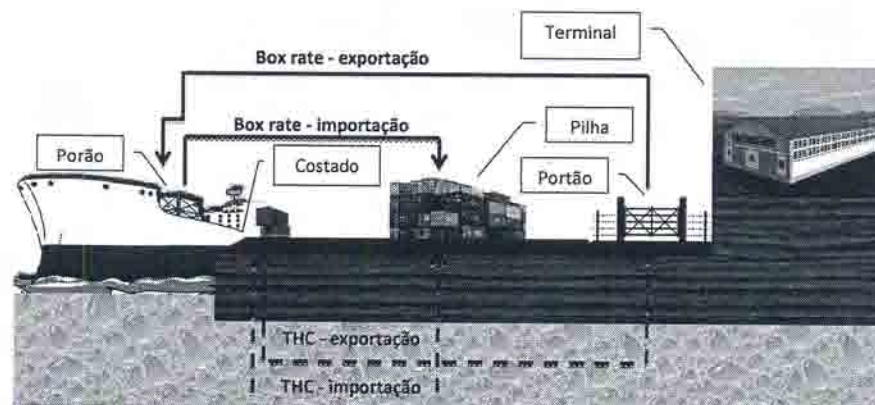
24. Nesse sentido, a Lei nº 8.630, de 25.2.1993, conhecida como Lei dos Portos, trouxe mudanças para modernizar o sistema portuário brasileiro, dispondo sobre assuntos como o sistema de exploração do porto e a gestão de mão-de-obra do trabalhador portuário. Dentre as definições, esta lei trouxe as seguintes⁹.

⁸ Dado retirado de <http://www.portosdobrasil.gov.br/sobre-a-sep>. Acessado em 4.4.2011.

⁹ Lei 8.630/93. Art. 57, §3º, I e II.

- Capatazia: a atividade de movimentação de mercadorias nas instalações de uso público, 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; e
 - Estiva: a atividade de movimentação de mercadorias nos conveses ou nos porões das embarcações principais ou auxiliares, incluindo o transbordo, arrumação, peação e despeação, bem como o carregamento e a descarga das mesmas, quando realizados com equipamentos de bordo;
25. Tais conceitos englobam o que se entende por movimentação horizontal (toda movimentação da mercadoria em terra compreendida entre o costado do navio e o portão do terminal), e movimentação vertical (carga/descarga do navio).
26. No cenário internacional, o BR tem uma maior amplitude, incorporando todas as movimentações por que passa a mercadoria, enquanto o THC é uma parte do BR, referindo-se apenas à movimentação horizontal. Distinguem-se ainda, porque o BR é pago pelo armador ao TP, enquanto o THC é uma espécie de "reembolso" que o dono da carga paga ao armador.
27. Não obstante, a resolução ora proposta traz novo alcance conceitual para tais movimentações, ao dispor que os serviços remunerados pelo BR e pelo THC, no fluxo de importação, se encerram com a colocação da carga na pilha do terminal portuário, conforme se observa na Figura 1 a seguir:

Figura 1 – Fluxos de movimentação de contêineres e volumes



Fonte: Seae, elaboração própria.

28. Vejam-se as possíveis implicações decorrentes da proposição. Cabe, enfatizar, contudo, que, **tendo em vista que a norma em apreço não trouxe os esclarecimentos referentes à identificação e análise do problema e aos objetivos pretendidos, bem como em relação à avaliação, ainda que sucinta, dos custos e benefícios de sua implementação, esta Secretaria permite-se realizar ilações próprias, lastreadas em informações obtidas por meio de pesquisas, o que pode levar à compreensão do problema de forma distinta da pretendida pela Antaq.**

4.1. Dos Possíveis Impactos Regulatórios

29. Dos conceitos de BR e THC empregados na proposta de resolução, dois aspectos merecem destaque e maior reflexão. Primeiro, ambos os conceitos limitam o escopo da atividade de movimentação horizontal que visam remunerar à movimentação e à guarda transitória de carga. Segundo, delimitam o serviço de movimentação de cargas, a partir de uma perspectiva geográfica, mediante a demarcação de pontos espaciais específicos, como “portão do terminal portuário” e “pilha do terminal portuário”.

30. Quanto ao primeiro aspecto, importa esclarecer a inadequação da simplificação conceitual, uma vez que a atividade de movimentação de carga desempenhada pelos TPs não guarda um fim em si mesmo, mas a entrega efetiva da carga ao seu destinatário final. Assim, não há como se dissociar da atividade de movimentação as etapas de segregação das cargas e sua efetiva entrega. Nesse sentido, **é importante que tais etapas passem a integrar o conceito de BR e THC, a fim de conferir clareza às atividades remuneradas pelo BR e pelo THC.**

31. Respeitado esse primeiro aspecto, o impacto da definição do local da efetiva entrega (segunda ponderação, relacionada à dimensão geográfica do conceito), desde que determinado por critérios de melhor eficiência operacional, é relativizado.

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, conseqüentemente, 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.**

34. A esse respeito, cumpre mais uma vez salientar que a delimitação geográfica do local da entrega da carga, com a identificação do *iter* da mercadoria não se confunde com o rol de atividades inerentes ao processo de entrega, dentre os quais se insere a segregação da

carga. S.m.j., a etapa de segregação da carga decorre de solução logística própria dos TPs que objetiva a melhoria da eficiência da sua atividade de operação portuária como um todo, de modo que os custos associados já devem integrar o THC, o que sugere a impropriedade dos conceitos de BR e THC trazidos na norma proposta¹⁰.

35. Não por outra razão, o grupo de trabalho instituído pela Portaria Antaq n.º. 32, de 22.2.2008, no âmbito daquela instituição, com vistas à elaboração de proposta de norma a ser submetida à audiência pública “estabelecendo parâmetros regulatórios a serem observados na prestação dos serviços de movimentação e armazenagem de contêineres e volumes, em instalações portuárias de uso público”, propôs regulamento em que considera tanto no conceito de BR quanto no de THC, a efetiva entrega ao importador ou consignatário ou a um recinto alfandegado, no caso da importação, conforme excerto a seguir:

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 não constante do original)

36. **Ressalte-se, contudo, que a referida proposta não foi acolhida pela Diretoria Colegiada, que optou por conceito sem referência à etapa de entrega da mercadoria, o que novamente acentua o receio de um eventual entendimento de que as atividades de segregação e efetiva entrega das cargas, no fluxo de importação, não estejam abrangidas pelo BR e pelo THC.**

37. Na hipótese de a pilha ser uma solução logística criada pelos TP's em prol da eficiência na operação, cumpre, todavia, reconhecer a possibilidade de o TP agregar serviço diferenciado à atividade de movimentação horizontal e vertical de cargas, tais como o oferecimento de prazos diferenciados, pelo que se considera adequada a possibilidade de sua cobrança, mediante livre negociação entre as partes, observados os tetos de preço estabelecidos pela Autoridade Portuária, na forma prevista na norma.

38. Por sua vez, a disciplina da responsabilidade pelas cargas não embarcadas está associada ao preceito geral de responsabilidade civil que assevera ser responsável pelo dano quem tiver dado causa ao evento. **Entretanto, merece melhor detalhamento, entre outros aspectos, para abranger aspectos securitários relacionados.**

¹⁰ Isto somente não é verdade se a etapa de segregação da carga for algo mandatário ou imposto ao TP, não sendo uma solução logística dos TPs com o objetivo de melhorar a eficiência da sua atividade de operação portuária como um todo. Se for este o caso, ou seja, uma solução logística em prol da eficiência, os custos associados já deveriam integrar o THC, o que sugeriria a impropriedade dos conceitos de BR e THC trazidos na norma proposta.

4.2. Dos Possíveis Impactos Concorrenciais

39. Para avaliar as consequências prováveis desta proposta de resolução sobre a concorrência, utiliza-se metodologia desenvolvida pela OCDE¹¹, a qual consiste de um conjunto de questões a serem verificadas na análise do impacto de políticas públicas sobre a concorrência. Segundo este método, o impacto competitivo poderia ocorrer por meio de: i) limitação no número ou variedade de fornecedores; ii) limitação na concorrência entre empresas; e iii) diminuição do incentivo à competição. As referidas questões e seus respectivos efeitos são descritos abaixo:

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;
- 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) controlar ou influenciar substancialmente os preços de bens ou serviços;
- ii) limitar a liberdade dos fornecedores de publicarem ou comercializarem os seus bens ou serviços;
- iii) fixar normas de qualidade do produto que beneficiem apenas alguns fornecedores ou que excedam o que consumidores bem informados escolheriam;
- iv) aumentar significativamente o custo de produção de apenas alguns fornecedores (especialmente no caso de haver diferenciação no tratamento conferido a operadores históricos e a concorrentes novos).

¹¹ OCDE (2007). Guia de Avaliação da Concorrência. Versão 1.0. Disponível em: <http://www.oecd.org/dataoecd/15/43/39680119.pdf>. Acesso em 21.07.2010.

3º efeito – diminuir o incentivo para as empresas competirem, provável 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;
- iii) isentar um determinado setor industrial ou grupo de fornecedores da aplicação da legislação geral da concorrência;
- iv) reduzir a mobilidade dos clientes entre diferentes fornecedores de bens ou serviços por meio do aumento dos custos explícitos ou implícitos da mudança de fornecedores.

40. Para avaliar se a proposição produz alguns dos efeitos acima elencados, faz-se necessário descrever como interagem 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 marítimo¹², no qual o armador é previamente informado pelo contratante qual o porto de destino, cabendo àquele escolher o TP a ser utilizado¹³; o preço referente às movimentações vertical e horizontal da mercadoria é fechado entre o TP e o armador; o importador fecha contrato de armazenagem alfandegada de mercadoria, serviço que pode ser prestado pelo TP ou por um RA.

41. Infere-se, do exposto, que as relações ora mencionadas se dão em dois mercados distintos, movimentação e armazenagem. Corroborar esse entendimento a descrição dos referidos mercados realizada pelo Conselheiro do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Ricardo Cueva, relator para o Acórdão relativo ao Processo Administrativo nº. 08012.007443/1999-17:

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 desembarço 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,

¹² 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. Para mais informações, ver <http://www.bb.com.br/docs/pub/dicex/dwn/IncotermsRevised.pdf>. Acesso em 20 de mai. 2011.

¹³ 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.

efetuar atracções 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 desembarço 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. (grifo não constante do original)**

42. O caso citado refere-se a processo instaurado pela Secretaria de Direito Econômico (SDE) em desfavor dos Operadores Portuários do Porto de Santos (SP), para apurar ilicitude da cobrança da chamada "Taxa" de Segregação e Entrega de Contêineres (TSE). A referida "taxa" era cobrada dos RAs para a liberação dos contêineres, sob a alegação de prestação de serviço de armazenamento.

43. A TSE ou *Terminal Handling Charge 2* (THC2), objeto da controvérsia, era cobrada pelos TPs dos RAs para liberação da mercadoria, sob as alegações de que se tratava de serviço próprio e complementar prestado aos RAs, gerando-lhes custos adicionais.

44. O voto do relator reconheceu que os TPs 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. Nesse sentido, prossegue o relator:

Já se viu que o mercado de armazenagem é mais competitivo que o de movimentação de contêineres. Disso decorre que os recintos alfandegados não são capazes de elevar seus preços unilateralmente. **Assim, a cobrança da THC2, ao elevar os custos dos rivais, ou seja, os recintos alfandegados não integrados, permite disciplinar o mercado de armazenagem, de forma a 'calibrar' o lucro pretendido pelos terminais de contêineres. Além disso, a**

operacional dos terminais portuários. Tal possibilidade não subsiste quando os terminais se verticalizam. Por fim, a integração vertical permite que os terminais portuários obtenham informações sobre os custos de armazenagem, que lhes permitem ajustar o valor da THC2 sem excluir os recintos alfandegados e, ao mesmo tempo, maximizando a apropriação do excedente do consumidor.” (grifo não constante do original)

45. Desse modo, verifica-se que a cadeia de serviços do setor (conforme acima descrita) e a possibilidade de cobrança diferenciada por serviços não contemplados no BR (prevista no art. 5º da norma proposta), associadas aos conceitos sugeridos, tornam possível a interpretação de que a Antaq estaria permitindo, do ponto de vista regulatório, a cobrança de uma taxa ou preço, à semelhança da taxa de segregação e entrega de contêineres pelos TPs aos RAs, que já foi declarada, em caso concreto, anticompetitiva pela autoridade antitruste, nos termos do Acórdão preferido nos autos nº. 08012.007443/1999-17. Veja-se:

Por unanimidade consideraram as representadas acima TERMINAL PARA CONTÊINERES DA MARGEM DIREITA – TECONDI, LIBRA TERMINAIS S/A – TERMINAL 37, USIMINAS (RIO CUBATÃO LOGÍSTICA PORTUÁRIA LTDA.) E SANTOS BRASIL – TECON como incursas nos incisos I, II e IV do artigo 20, c.c. incisos IV e V do artigo 21, todos da Lei n. 8.884/94, determinando: (i) por unanimidade, **a imediata cessação, por parte das representadas, da cobrança de liberação de contêineres dos recintos alfandegados;** (ii) por maioria, o pagamento de multa correspondente a 1% (um por cento) de seu faturamento bruto no ano anterior à instauração do processo, excluídos os impostos, nos termos do art. 23, I, da Lei n. 8.884/94, observando-se, quanto à Usiminas, que explora inúmeras atividades não relacionadas à atividade portuária que a multa deverá incidir sobre o faturamento bruto referente apenas à sua atividade portuária no terminal em questão; (iii) por unanimidade, publicação, às suas expensas e sem prejuízo da multa aplicada, em meia página de jornal de grande circulação nacional, o teor da decisão, por dois dias seguidos e em duas semanas consecutivas, conforme o disposto no artigo 24 da Lei n. 8.884/94; (iv) por unanimidade, aplicação no caso de continuidade da conduta prática ou de outra que configura infração à ordem econômica, e caso, haja descumprimento das cominações enunciadas pelos itens acima, multa diária no valor de 20.000 (vinte mil) UFIR, com fulcro no art. 25 da Lei n. 8.884/94; (v) por unanimidade, comprovar perante o CADE o cumprimento das determinações supra, no prazo de 60 (sessenta dias) a partir da publicação do acórdão da presente decisão. Foi determinado, ainda, o encaminhamento de cópia da decisão à Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ, à Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça – SDE/MJ e à Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda – SEAE/MF. Vencido o Conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado apenas no que

tange a condenção da representada Usiminas, tendo votado por sua exclusão do pólo passivo, e no que tange a dosimetria da multa aplicada às representadas, tendo votado pela condenção em multa de 1% (um por cento) do faturamento bruto, exclusivamente obtido no mercado de armazenagem alfandegada de contêineres, incluída a receita advinda da cobrança pelo serviço de segregação e entrega, no ano de 1998. Participaram do julgamento a Presidente Elizabeth Maria Mercier Querido Farina e os Conselheiros Querido Farina e os Conselheiros Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, Luiz Alberto Esteves Scaloppe, Ricardo Villas Bôas Cueva e Luiz Carlos Thadeu Delorme Prado. Impedido o Conselheiro Luis Fernando Rigato Vasconcellos. Presente a Procuradora-Geral Maria Paula Dallari Bucci. Brasília-DF, 27 de abril de 2005, data da 346ª Sessão Ordinária de Julgamento. (grifo não constante do original).

46. De outra forma, observa-se que a solução regulatória proposta não enfrenta os problemas concorrenciais suscitados pela autoridade antitruste. Assim, o órgão regulador, em que pese não institua a cobrança de novos serviços, reconhece essa possibilidade em relação a serviços não contemplados no BR ou no THC, a serem livremente definidos pelos TPs, o que desenvolve ambiente propício para:

- **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 destes.

5. Da Conclusão


47. Em que pese o esforço da Antaq em promover o debate público sobre as iniciativas de regulamentação setorial, cumpre mais uma vez enfatizar que **a norma em apreço não trouxe os esclarecimentos referentes à identificação e análise do problema e aos objetivos pretendidos, bem como em relação à avaliação, ainda que sucinta, dos custos e benefícios de sua implementação, permitindo-se aos interessados a elaboração de ilações próprias, com possível comprometimento da compreensão do problema da forma pretendida pela Antaq**





48. No mérito, entende-se que a proposta de regulamento apresenta como aspecto positivo, o tratamento, ainda que incompleto, da disciplina da responsabilidade civil. Não obstante, positiva conceitos que podem impactar negativamente as relações estabelecidas ao longo da cadeia de prestação de serviços e ensejar a prática de condutas anticompetitivas.

49. **Ante essas considerações, a Seae entende que a norma carece de aperfeiçoamento, em especial, em relação à exata delimitação dos serviços compreendidos na atividade de movimentação de cargas remuneradas pelo THC e pelo BR.**


À consideração superior.

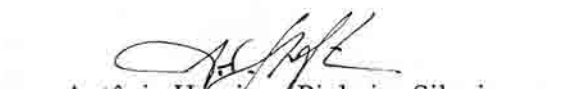

Jônatas Bezerra de Souza
Assistente


Dorothy Hugueney Romero
Assistente


Danielle Pinho Soares Alcântara Crema
Coordenadora-Geral de Transportes e Logística

De acordo.


Rutelly Marques da Silva
Secretário-Adjunto


Antônio Henrique Pinheiro Silveira
Secretário de Acompanhamento Econômico