



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Secretaria Especial de Produtividade, Emprego e Competitividade
Secretaria de Advocacia da Concorrência e Competitividade
Subsecretaria de Competitividade e Melhorias Regulatórias
Coordenação-Geral de Desregulamentação e Competitividades

PARECER SEI Nº 5123/2021/ME

Assunto: Audiência Pública nº 006/2021 da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq), com o objetivo de obter contribuições, subsídios e sugestões para o aprimoramento dos documentos técnicos e jurídicos relativos à realização de certame licitatório referente ao arrendamento de terminal portuário destinado à movimentação e armazenagem de granel líquido combustível, no Porto Organizado de Fortaleza/CE, denominado MUC59.

Acesso: Público.

Processo SEI nº 10099.100130/2021-96

Brasília, 07 de abril de 2021.

1. Sumário Executivo

1. Avalia-se a proposta de licitação do terminal de leilão para o arrendamento de área e infraestrutura pública para a movimentação e armazenagem de graneis líquidos combustíveis, localizada dentro do Porto Organizado de Fortaleza - CE, denominada MUC59, submetido à Audiência Pública pela Antaq.
2. Trata-se da análise da documentação (técnica e jurídica), materializada por meio de Estudos Técnicos, Minutas de Edital, Contrato e respectivos anexos, com foco no modelo regulatório institucional e nas regras aplicáveis para o arrendamento, disponibilizados pela Antaq.
3. A modelagem submetida à Audiência Pública tem como objetivo contribuir para o incremento de investimentos privados no setor de infraestrutura, de forma a contribuir para a redução do descompasso entre a expansão da capacidade da infraestrutura portuária frente ao crescimento do setor.
4. Destaque-se que o modelo institucional-regulatório proposto para os arrendamentos de terminais portuários visa a assegurar maior eficiência na exploração dos terminais portuários nos portos brasileiros, de forma a permitir a otimização do uso do espaço (público) portuário.
5. A despeito do mérito da proposta de modelagem, da análise das questões de natureza concorrencial e regulatória envolvidas, observam-se aspectos passíveis de aprimoramento, nos termos dos Itens 28, 29, 38, 39, 41, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50 e 51 deste Parecer.
6. Trata-se de manifestação em conformidade com as atribuições da Secretaria relativas à promoção da concorrência e outros incentivos à eficiência econômica constantes na Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, e no Decreto nº 9.745, de 08 de abril de 2019.

2 - Da Análise

2.1 - Da Fundamentação Legal

7. A Antaq, nos termos dos artigos 23 e 27 da Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, constitui-se como a responsável pela regulação e fiscalização dos portos organizados e as instalações portuárias neles localizadas e a exploração da infra-estrutura aquaviária federal, tendo como atribuições a elaboração de editais e instrumentos de convocação e a promoção dos procedimentos de licitação e seleção para concessão, arrendamento ou autorização da exploração de portos organizados ou instalações portuárias, de acordo com as diretrizes do Poder Concedente.

2.2 - Da Proposta de Área para Arrendamento Portuário

8. A área disponível para arrendamento, denominada de MUC59, no Porto de Mucuripe, na cidade de Fortaleza/CE, encontra-se situada no bairro de Mucuripe, ocupando 25.628 m² no denominado "Pátio de Triagem", e está integralmente inserida na poligonal do porto organizado, conforme se observa da Figura 01.



Figura 01 - Identificação da área MUC59 e vias de acesso do entorno[1].

9. De acordo com a EPL[2], a proposta de modelagem baseia-se em estudo inicialmente elaborado em dezembro de 2018 pela empresa Píer 3, contratada pela DG Power Fabricação e Produtos de Refino de Petróleo Ltda., com o objetivo de subsidiar procedimento licitatório para cessão onerosa nos termos da Portaria SEP nº 409/2014. O mencionado estudo foi doado à Secretaria Nacional de Portos do então Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil com a proposta de implantação de uma unidade industrial formuladora de combustíveis.
10. A EPL ainda informa que, com anuência da Companhia Docas do Ceará (CDC), a autoridade portuária responsável pelo Porto de Fortaleza, a Secretaria Nacional de Portos e Transportes Aquaviários consolidou o entendimento de que a área de 25.628,96m², localizada no chamado "Pátio de Triagem", coordenadas UTM E 558443,901 N 9589184,293, fuso 24 S, poderia ser utilizada para incremento da infraestrutura portuária para a movimentação e armazenagem de derivados de petróleo.
11. Nesse contexto, a Antaq editou a Resolução nº 7482-ANTAQ, que estabeleceu que a movimentação e armazenagem de graneis líquidos em área primária do porto configuram-se como atividades operacionais.
12. Na sequência, a EPL, em parceria com a Secretaria Nacional de Portos e Transportes Aquaviários, procedeu à atualização e ajuste de premissas do estudo, visando a torná-lo adequado para subsidiar processo licitatório na modalidade de arrendamento portuário de um terminal de graneis líquidos, especialmente combustíveis. Destaque-se que a EPL será ressarcida pelos custos incorridos na revisão do projeto, no valor de R\$ 276.154,71, nos

termos do Item 27.2.3 da minuta de Edital (fl. 47).

13. A proposta de arrendamento consiste de projeto greenfield, em que a arrendatária deve se comprometer a realizar um conjunto de investimentos, visando a criar a infraestrutura requerida para a operação com grãos líquidos combustíveis. Os investimentos mínimos requeridos, em instalações e equipamentos, no **valor estimado de R\$ 119,9 milhões**[3], consistem de:

- *Aquisição e instalação de sistema de armazenagem com capacidade estática mínima de 51.377,00 m³;*
- *Aquisição e instalação de sistema de dutos interligando o futuro terminal ao sistema aquaviário existente;*
- *Aquisição e instalação de pipe rack e praça de bombas;*
- *Aquisição e instalação de estação de carregamento de caminhões para expedição rodoviária;*
- *Construção de prédio administrativo, guarita e cercamento da área do terminal;*
- *Pavimentação de vias de acesso interno do terminal;*
- *Aquisição e instalação de sistema de combate a incêndio para o Terminal;*
- *Demolição de via férrea existente alocada no interior da área do futuro terminal MUC59; e*
- *Realocação de trecho de linha férrea para área adjacente ao terminal.*

14. A proposta de arrendamento prevê um prazo de contrato de 15 (quinze) anos, de forma a comportar de maneira adequada os investimentos necessários para operação da área, mantendo-se valores razoáveis para as outorgas fixas e variáveis. De acordo com a documentação disponibilizada[4], a modelagem contempla três (3) anos de período pré-operacional (incluídos dentro do prazo do arrendamento), para execução de obras de implantação e atividades correlatas. O Item 3.3 (fl. 10) da minuta de Contrato prevê a possibilidade de prorrogação do contrato de arrendamento por sucessivas vezes, até o limite de 70 anos.

15. Além dos investimentos mínimos requeridos, a Antaq informa[5] que o futuro arrendatário da Área MUC59 deverá antecipar pagamento à Autoridade Portuária, de valor certo, atualizado, de R\$ 36.637.314,54 (data-base maio/2020), correspondente a obras de dragagem/derrocamento do berço 102 do Porto. A realização de obra de melhoria no berço de atracação contempla o derrocamento para aprofundamento no mesmo à profundidade mínima de -8,8 m DHN, de forma a obter o calado na baixa-mar de, pelo menos, 7,8 m. Dessa forma, além de tornar o berço 102 apto para receber embarcações de maior porte, também possibilitará a ampliação da prancha média[6] operacional no píer petroleiro.
16. Quanto ao critério de julgamento da proposta vencedora, o Item 22.2 (fl. 40) da minuta de Edital estabelece o maior valor de outorga a ser pago à Autoridade Portuária pela cessão onerosa da área do Arrendamento. In verbis:

22.2. O critério de julgamento do Leilão é o de maior Valor da Outorga a ser pago à Autoridade Portuária pela cessão onerosa da área do Arrendamento, devendo o montante ser apresentado em reais, com no máximo 2 (duas) casas decimais.

17. Além do pagamento do valor de Outorga, o futuro arrendatário deverá realizar pagamentos de arrendamento, em parcelas fixas mensais, no valor de R\$ 48.049,44 (e parcelas variáveis, no valor de R\$ 1,65/tonelada[7] de qualquer carga movimentada, nos termos do Item 9.2 (fl. 25) da minuta de Contrato. De acordo com a documentação disponibilizada[8], para fins de modelagem, foi utilizada a taxa WACC estabelecida pela metodologia do então

Ministério da Fazenda, por intermédio da Nota Conjunta SEI nº 2/2018/SEPRAC/STN/SEFEL-MF, de 30/10/2018 que estabeleceu o valor da taxa de desconto em 9,38% a.a.

18. Na hipótese de existência de duas ou mais propostas, os itens 22.7 a 22.10 (fl. 41) da minuta de Edital preveem a realização de leilão em viva-voz, desde que as ofertas das Proponentes classificadas estejam entre as 3 maiores propostas ou o seu valor seja igual ou superior a 90% da maior proposta. O valor da outorga deverá ser pago em uma parcela, correspondente a 25% do valor da outorga, antes da assinatura do contrato e o restante em 5 parcelas anuais, nos termos do Item 27.2.2 da minuta de Edital (fl. 47) e do Item 9.2.4 (fl. 27) da minuta de Contrato.
19. Relativamente aos cenários de demanda utilizados na modelagem, os estudos utilizaram a demanda projetada para o cluster do Ceará, destacando-se as cargas de derivados de petróleo[9]. De acordo com a documentação disponibilizada pela Antaq, a operação predominante no Píer Petroleiro do Porto do Fortaleza/CE é o desembarque de combustíveis seguido de armazenagem, com destaque para gasolina, óleo diesel e etanol. Empresas distribuidoras armazenam o produto movimentado em tanques localizados na retroárea do porto, para a posterior revenda à rede varejista.
20. De acordo com informações constantes da documentação disponibilizada na Audiência Pública, a refinaria Lubrificantes e Derivados de Petróleo do Nordeste (Lubnor) também está localizada na retroárea do porto, e sua cesta de produtos compõe-se basicamente de derivados não energéticos, como lubrificantes naftênicos e asfalto e também por óleo combustível utilizado no abastecimento de embarcações. A mencionada refinaria, que armazena petróleo bruto e derivados em tanques de sua própria titularidade, utiliza o píer petroleiro para desembarque da matéria prima, para o escoamento de lubrificantes ou ainda para o abastecimento de navios. Ainda de acordo com as informações constantes da documentação da Audiência Pública, o principal produto comercializado pela Lubnor, o asfalto, é escoado predominantemente pelo modal rodoviário, não constando na série histórica de dados, entre 2015 e 2019, nenhuma operação de embarque de asfalto pelo píer petroleiro.
21. Nesse contexto, a análise da demanda realizada focou-se nas operações de desembarque de combustíveis líquidos que utilizam a infraestrutura de tancagem sob titularidade das empresas distribuidoras no Porto de Fortaleza. De acordo com as informações disponibilizadas pela Antaq[10], para a definição do dimensionamento do terminal MUC59, objeto da Audiência Pública sob análise, realizou-se uma análise de compatibilização entre a demanda total prevista e a capacidade de movimentação portuária necessária para atendimento da demanda projetada. Nesse contexto, a análise de dimensionamento parte do valor máximo (pico) de demanda macro no cenário tendencial para o Complexo Portuário de Fortaleza e Pecém que, de acordo com o Ministério da Infraestrutura[11], resulta em 2.214.802 toneladas de combustíveis em 2036, que, acrescido de um coeficiente de segurança operacional de 10% (visando a garantir a variações mensais de movimentação), resultou no dimensionamento de demanda de armazenagem de 2.436.281 anuais de combustível. Ainda de acordo com os estudos apresentados, a capacidade estática de armazenagem suficiente para atender a demanda do complexo até o horizonte de 2036 é de 143.310 t (168.601m³). Dessa forma, descontando-se as capacidades instaladas atualmente, no total de 99.640 t (117.224m³), o estudo previu a instalação de 43.670 t (51.377 m³) adicionais, que deverá ser implantada na infraestrutura prevista no arrendamento MUC59.
22. Destaque-se que os estudos demonstram que o píer petroleiro é compartilhado por operadores portuários para a movimentação de combustíveis, GLP, petróleo bruto, produtos da Lubnor, químicos e óleos vegetais. Atualmente, verificam-se altas taxas de ocupação dos berços 201 (interno) e 202 (externo) associadas a baixas pranchas gerais e operacionais, decorrentes da carência de infraestrutura de tancagem. Nesse contexto, a simples implantação de capacidade estática adicional de armazenagem, dissociada de melhoria na infraestrutura de berços de atracação implicaria o aumento das já elevadas taxas desocupação dos berços, o que exige uma solução de aumento de capacidade e produtividade do píer petroleiro, de forma integrada. Essa necessidade justificou a

proposição de investimentos (mediante a antecipação de recursos pela arrendatária à Autoridade Portuária) no valor de R\$ 36,6 milhões[12], (data-base maio/2020), correspondente a obras de dragagem/derrocamento do berço 102, que contempla o derrocamento para o aprofundamento à profundidade mínima de -8,8 m DHN, de forma a obter o calado na baixa-mar de, pelo menos, 7,8 m. Com isso, além de tornar o berço 102 apto para receber embarcações de maior porte, também possibilitará a ampliação da prancha média operacional (produtividade) no píer petroleiro.

23. Quanto aos aspectos tarifários, a modelagem proposta utiliza a liberdade do arrendatário na definição de preços[13] para os terminais de combustíveis da região, incluída a proposta de arrendamento sob análise, em razão da existência de competição intra e interporto, dispensando a utilização de mecanismos de regulação de preços para as respectivas atividades, por se tratar de estrutura econômica concorrencial, resguardando-se à Antaq a possibilidade de coibir eventual abuso de poder econômico contra os usuários, mediante procedimento administrativo específico, nos termos do Item 10 da Minuta de Contrato (fl. 29).
24. Finalmente, com o objetivo de resguardar o cumprimento das obrigações contratuais, o Item 16 da minuta de Contrato (fl. 41), prevê a obrigatoriedade de o Concessionário constituir Garantia de Execução do Contrato[14], no valor de R\$ 14.397.110,32, durante toda a vigência do contrato.

2.3 - Da Análise dos Aspectos Concorrenciais

25. A metodologia de análise de impacto concorrencial da OCDE[15] consiste na verificação de um conjunto de questões na análise do impacto de políticas públicas sobre a concorrência. De acordo com a mencionada metodologia, o impacto competitivo pode ocorrer por meio de quatro efeitos: i) limitação no número ou variedade de fornecedores; ii) limitação da concorrência entre empresas; iii) diminuição de incentivos para as empresas competirem e iv) limitação das opções dos clientes e da informação disponível.
26. Da análise da documentação submetida à Audiência Pública Antaq 006/2021, apresentam-se as recomendações relacionadas aos aspectos concorrenciais.
27. A possibilidade de prorrogação do contrato de arrendamento encontra-se prevista nos Itens 2.5 (fl. 10) e 3.3 (fl. 13) das minutas de Edital e Contrato, respectivamente. De acordo com o Item 3.3 da minuta de Contrato, o contrato pode ser prorrogado, por sucessivas vezes, até o limite de 70 anos, incluído o prazo de vigência original, condicionado ao reequilíbrio econômico-financeiro. In verbis:

O presente Contrato poderá ser prorrogado por sucessivas vezes, a exclusivo critério do Poder Concedente, nos termos deste Contrato e seus Anexos, até o limite máximo de 70 (setenta) anos, incluídos o prazo de vigência original e todas as suas prorrogações, condicionado ao reestabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato.

28. Entende-se que a realização periódica de licitações é uma oportunidade de seleção de novos agentes prestadores de serviço, que no momento da licitação podem apresentar propostas mais vantajosas, tanto sob a ótica dos preços ofertados aos usuários dos serviços, quanto sob a ótica da produtividade, de forma que a prorrogação sucessiva de contratos traz potenciais prejuízos de natureza concorrencial. Nesse contexto, é recomendável que as prorrogações sejam restritas às hipóteses de necessidade de reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos, limitando-se ao prazo de até 5 anos, a exemplo do que já é utilizado nos contratos de concessões de aeroportos. Dessa forma, recomenda-se à Antaq limitar a possibilidade de prorrogação do contrato às hipóteses de reequilíbrio econômico-financeiro, restrito ao prazo máximo de 5 anos. (CONTRIBUIÇÃO 01)
29. Outro aspecto relevante de natureza concorrencial diz respeito ao critério de julgamento da melhor proposta, que se limita ao maior valor de outorga, sem levar em consideração outros aspectos previstos no art. 6º da Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013, particularmente, a maior capacidade de movimentação e o menor tempo de movimentação de carga. Dessa

forma, considerando que a modelagem não incorpora esses dois critérios, recomenda-se à Antaq avaliar a possibilidade de incorporá-los entre os mecanismos de julgamento da proposta, além do valor de outorga, como instrumentos indutores de produtividade e/ou ganhos aos usuários, em linha com a Lei nº 12.815/13 e a otimização do bem-estar do consumidor. (RECOMENDAÇÃO 02)

2.3.1 - Do Mercado Local de Granéis Líquidos Combustíveis

30. Da análise da documentação disponibilizada na Audiência Pública sob análise, observa-se que atualmente há uma significativa concentração do mercado de armazenamento de combustíveis líquidos no Porto de Fortaleza, em que 2 empresas detêm mais de 90% do mercado, com participações individuais superiores a 40%, conforme demonstrado na Tabela 01.

Tabela 01 - Participação Atual e Futura (Projeção) do Mercado de Armazenagem de Combustíveis Líquidos no Porto de Fortaleza/CE

Participação de Mercado Atual e Futura – cenário com licitação						
Instalações Portuárias	Capacidade Estática de Armazenagem (m³)					
	2020 (atual)		2022		2025-2036	
Lubrificantes e Derivados de Petróleo do Nordeste (Lubnor)	10.006	8,54%	10.006	8,54%	10.006	5,93%
Petrobrás Distribuidora	52.713	44,97%	52.713	44,97%	52.713	31,27%
Raízen Combustíveis e SP Combustíveis	54.504	46,50%	54.504	46,50%	54.504	32,33%
MUC59	0	0,00%	0	0,00%	51.377	30,47%
TOTAL	117.224	100%	117.224	100%	168.601	100%

Fonte: Nota Técnica nº 10/2021/CGMP-SNPTA/DNOP/SNPTA (fl. 10)

31. Da análise dos dados da Tabela 01, verifica-se que os percentuais da atual participação das empresas Petrobrás Distribuidora e Raízen Combustíveis e SP Combustíveis caracterizariam posição dominante, superiores a 20%, nos termos do § 2º do art. 36 da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Adicionalmente, da análise da estimativa futura de distribuição da participação do mercado de armazenagem de combustíveis já contemplando o novo terminal a ser arrendado (MUC59), observa-se que a eventual adjudicação por uma das empresas que já possuem posição dominante no mercado local, implicaria participações ainda mais expressivas, superiores a 60%, o que resultaria em percentuais ainda maiores de concentração horizontal, com claros prejuízos de natureza concorrencial.
32. Convém destacar a preocupação da Agência Reguladora de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), externada na Nota Técnica Conjunta nº 2/2019/SDR/ANP-RJ-e (Versão Pública)[16], de 14 de agosto de 2019, com potenciais efeitos negativos relacionados à utilização de infraestruturas de armazenagem de combustíveis por empresas que detêm expressivos níveis de concentração (horizontal ou vertical) de mercado e a consequente recomendação de priorização de uso das referidas infraestruturas por empresas prestadoras de serviços a terceiros, visando ao favorecimento da concorrência na cadeia de distribuição e ao tratamento isonômico aos usuários das áreas portuárias. In verbis:

"12. Conforme exposto, as áreas portuárias de armazenagem e movimentação de combustíveis líquidos são cruciais para o mercado de distribuição desses produtos, conferindo maior eficiência operacional aos fluxos logísticos, e são imprescindíveis para garantir o abastecimento nacional de combustíveis, conforme legislação vigente no ordenamento jurídico pátrio.

13. É importante frisar que, em diversas manifestações recentes (ver anexo 1), a ANP vem defendendo que as áreas localizadas dentro dos portos organizados e destinadas à movimentação de combustíveis, sejam operadas prioritariamente por

sociedades empresárias ou consórcios cujo escopo de atuação seja voltado para as operações logísticas e de armazenagem de combustíveis para terceiros, visando a promover a máxima utilização da capacidade dessas instalações, a favorecer a concorrência na cadeia de distribuição e a conferir tratamento isonômico aos usuários das áreas portuárias, afastando, conseqüentemente, a indesejável prática de uso exclusivo ou restrito dessas instalações.

14. Em contraponto, um distribuidor que detenha instalação de movimentação e armazenagem em área de porto organizado (porto público) - onde normalmente a disponibilidade de áreas para construção de novas instalações é limitada - pode utilizar sua posição para restringir o acesso a seus concorrentes ao mercado regional. Nesse caso, há menor incentivo para aumento do volume movimentado, ou do fator de utilização da instalação, uma vez que esse agente busca maximizar o lucro do conjunto de suas operações.

15. Conseqüentemente, em caso de um ou mais distribuidores de combustíveis serem futuros concessionários e operadores de instalações de tais áreas portuárias, pode haver potenciais efeitos concorrenciais indesejáveis, haja vista que os usuários dos serviços dessas instalações seriam as sociedades empresárias do mesmo ramo de negócio do(s) distribuidor(es), concorrentes no mercado de distribuição de combustíveis. Merece destaque ainda o fato de o distribuidor de combustíveis não ter como foco de atuação a prestação de serviços, o que tende a ser um complicador para garantir a otimização no uso da infraestrutura que está sendo concedida.

16. Logo, essa autarquia tem se posicionado de forma contrária à concessão das instalações tratadas neste documento a qualquer distribuidor ou grupo de distribuidores de combustíveis."

33. Relativamente à proposta específica de arrendamento de área do Terminal MUC59, a ANP manifestou-se no sentido de propor a adoção de eventual restrição de participantes no certame, de modo a se evitar concentração (horizontal e/ou vertical) potencialmente prejudicial ao funcionamento do mercado de combustíveis^[17]. In verbis:

"171. Desse modo, para uma efetiva contestação do poder de mercado de combustíveis no Ceará, torna-se fundamental que haja competição entre a Rnest e os importadores de combustíveis por meio do acesso do novo terminal.

172. Para isso, faz-se necessário impedir ex-ante que a concentração de mercado horizontal e vertical impacte negativamente a competitividade do combustível importado desembarcado em instalações portuárias, assegurando que as condições de entrada sejam, simultaneamente, prováveis, tempestivas e suficientes (conforme disposto no "Guia de atos de concentração horizontal" elaborado pela autoridade antitruste (Cade, 2016).

.....

185. Ante o exposto, entende-se como relevante avaliar a adoção de eventual restrição de participantes no certame de modo a se evitar concentração (horizontal e/ou vertical) potencialmente prejudicial ao funcionamento do mercado de combustíveis."

.....

34. Destaque-se que estudo da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)^[18] aponta que em indústrias com elos da cadeia produtiva competitivos e não competitivos, agentes integrados verticalmente atuantes em elos com ambas as características podem criar condições de utilizar o seu poder de mercado no elo não competitivo da cadeia para criar barreiras à entrada no elo competitivo. Essa possibilidade de fechamento de mercado pode ocorrer na integração vertical do terminal portuário com elos a montante ou à jusante nas indústrias de petróleo e combustíveis, em vista da atividade de infraestrutura logística ser intensiva em capital e apresentar

especificidades operacionais diversas.

35. O Relatório de 2019 do Comitê Técnico Integrado para o Desenvolvimento do Mercado de Combustíveis (CT-CB)[19] também discorreu sobre a questão de verticalização na indústria de combustíveis. Especificamente para as situações de integração vertical do segmento de infraestrutura logística com outros elos da cadeia produtiva de combustíveis, o relatório destaca a criticidade dos terminais aquaviários para movimentação de combustíveis nas condições de concorrência à jusante na cadeia, inclusive, o risco de exercício de poder de mercado pelo operador da infraestrutura que atua nas etapas subsequentes da indústria de modo verticalizado. In verbis:

“

Contudo, para se analisar de modo mais profundo o potencial concorrencial nesses mercados relevantes, deve-se observar quem são os proprietários dos atuais terminais e quais as suas condições de entrada e acesso a infraestruturas, pois caso tais terminais tenham controle de distribuidoras de combustíveis com participação relevante nessas cadeias logísticas, abre-se a possibilidade de exercício de poder de mercado. Nesse sentido, fica a sugestão para aprofundamento em estudos futuros.

.....”

36. Finalmente, destaca-se que a possibilidade de ocorrer práticas anticompetitivas de fechamento de mercado em empresas verticalizadas é mais evidente quando o ativo portuário pode ser considerado como essential facility. De acordo com Nester A. W. (2006, p. 187)[20], na experiência americana e europeia, a "essential facility doctrine" considera a existência de essential facility quando o seu acesso for indispensável para a implementação da competição com o seu detentor (sendo que a concorrência geralmente ocorre no mercado à jusante). Em outras palavras, a impossibilidade de acesso à infraestrutura inviabiliza a atividade do concorrente, impedindo-o de ingressar no mercado. De acordo com o autor, os exemplos variam de acordo com a situação concreta, sendo certo que a identificação de uma essential facility é factível quando se tratar, por exemplo, de terminais ferroviários, portos e aeroportos, rede de transmissão de energia elétrica, gás ou combustíveis líquidos.
37. Nesse contexto, ativos de infraestrutura que se aproximam do conceito de essential facility tornam mais evidente a existência de falhas de mercado e risco de fechamento do mercado, decorrentes de estratégia de integração vertical. Nesses casos, observa-se que eventuais benefícios da verticalização tendem a ser superados pelos potenciais problemas concorrenciais, o que ensejaria a adoção de medidas adequadas de regulação para mitigá-los.
38. Dessa forma, em razão dos argumentos apresentados, visando à minoração de problemas de natureza concorrencial potencialmente associados às regras de licitação para o arrendamento da área MUC59, recomenda-se à Antaq a realizar o leilão em até 2 fases, em que:

a) Em uma primeira fase, estariam autorizados a participar apenas grupos econômicos que não tenham participação relevante (nos termos do § 2º do art. 36 da Lei nº 12.529/2011) nos mercados de combustíveis à jusante ou a montante na área de influência do referido terminal portuário (concentração vertical) ou no mercado local de armazenagem de combustíveis (concentração horizontal);

b) caso não haja interessados na adjudicação da área na primeira etapa do leilão, nas condições estabelecidas, haveria uma segunda rodada de licitação, com a participação de qualquer grupo econômico, inclusive aqueles detentores de participação relevante. (CONTRIBUIÇÃO 03)

39. Outro aspecto relevante de natureza concorrencial a ser considerado na análise é o fato de, em razão da natureza de graneis líquidos combustíveis do terminal sob análise, não se observou na documentação disponibilizada a razão para a fixação do produto "nafta" para fins de fixação da Movimentação Mínima Exigida (MME), nos termos do Item 7.1.2.1 da

minuta de contrato (fl. 20). A movimentação de outros tipos de produtos, alinhados às necessidades do mercado local, potencialmente pode aumentar a concorrência e trazer benefícios aos usuários. Nesse contexto, recomenda-se à Antaq avaliar a possibilidade de cumprimento dos volumes estabelecidos de MME com outros tipos de graneis líquidos combustíveis ou, alternativamente, apresentar as justificativas para a fixação de um único produto (nafta). (CONTRIBUIÇÃO 04)

2.4 - Da Análise de Onerosidade Regulatória

40. A Instrução Normativa Seae nº 111, de 5 de novembro de 2020, prevê a análise de cinco itens, com foco na redução da onerosidade regulatória:

i) obrigações regulatórias;

- Padrão pró-concorrência: a obrigação não deve provocar distorção concorrencial entre agentes econômicos; onerosidade da obrigação não deve representar barreira econômica ou prejudicar agentes econômicos de menor porte ou potenciais entrantes; deve haver acessibilidade e isonomia aos meios de cumprimento da obrigação.

ii) requerimentos técnicos;

- Padrão pró-concorrência: a exigência de requerimento técnico não deve onerar mercado a ponto de limitar a concorrência; o requerimento técnico não deve inviabilizar produto ou serviço de oferta ampla e global; o requerimento técnico não deve submeter os produtores brasileiros a ambiente mais oneroso que concorrentes que produzam em solo estrangeiro; e o requerimento técnico não deve inviabilizar o desenvolvimento de tecnologias ou modelos disruptivos que possam potencialmente ocorrer na margem da regulação.

iii) restrições e proibições;

- Padrão pró-concorrência: a regulação não deve limitar o uso de técnicas, meios ou resultados úteis ao mercado que não apresentem comprovado risco a terceiros ou caráter sistêmico; a regulação não deve inviabilizar o livre desenvolvimento tecnológico de diferentes alternativas concorrentes; a regulação não deve inviabilizar a oferta de produtos ou serviços de livre e amplo acesso em mercados desenvolvidos.

iv) licenciamento; e

- Padrão pró-concorrência: a regulação deve garantir isonomia, transparência e previsibilidade entre agentes econômicos estabelecidos e potenciais entrantes, inclusive para o desenvolvimento de modelos econômicos disruptivos; onerosidade do cumprimento do licenciamento, incluindo custos diretos e indiretos, não deve representar barreira de entrada ou distorção concorrencial; Licenciamento não deve sujeitar o produtor brasileiro a ambiente menos competitivo que seus concorrentes estrangeiros.

v) complexidade normativa.

- Padrão pró-concorrência: a regulação deve ser clara, objetiva, previsível e isonômica, a fim de garantir simetria de informação regulatória entre os agentes econômicos do setor; a regulação deve ser consolidada, harmonizada e íntegra, a fim de garantir ampla acessibilidade a potenciais novos entrantes, incluindo de origem estrangeira.

41. Da análise da documentação disponibilizada, identifica-se agravo da proposta sob o aspecto de onerosidade regulatória, especificamente na questão de restrições e proibições, materializado no Item 11.1.5 da minuta de Edital (fl. 19), que estabelece a liderança obrigatória de empresa brasileira em consórcios entre brasileiras ou estrangeiras. Considerando a possibilidade de participação de empresas estrangeiras, isoladamente ou em consórcio^[21], não há justificativas para a exigência de liderança obrigatória de empresa

- brasileira, no caso de consórcio entre empresa(s) brasileira(s) e estrangeira(s). Trata-se de proibição com poder inibir a formação de arranjos societários mais eficientes e competitivos, constituindo-se em barreira à entrada a determinados agentes econômicos e, conseqüentemente, potenciais limitadores de concorrência. Da análise da documentação disponibilizada, não se constatou nenhuma justificativa para a restrição apresentada. Nesse contexto, recomenda-se à Antaq reavaliar a exigência de liderança de empresa brasileira nas hipóteses de consórcio entre empresas brasileiras e estrangeiras ou, alternativamente, apresentar as razões que fundamentem a restrição proposta. (CONTRIBUIÇÃO 05)
42. Adicionalmente, a despeito de não se constituírem em fatores de onerosidade regulatória, apresentam-se algumas contribuições, visando ao aperfeiçoamento da modelagem proposta.
43. A constituição de Sociedade de Propósito Específico (SPE) consta como faculdade do arrendatário, nos termos do Item 19.2.1 da minuta de Edital (fl. 31). Considerando a efetividade da figura das SPE na gestão de negócios, uma vez que propicia a efetiva separação das gestões do empreendimento e dos negócios originários dos respectivos acionistas, recomenda-se à Antaq adotar a obrigatoriedade de constituição de SPE para o arrendatário do terminal MUC59. (CONTRIBUIÇÃO 06)
44. O item 4.3 (fl. 15) da minuta de Contrato estabelece a possibilidade de alteração do Plano Básico de Implementação (PBI), que contém as especificações técnicas e de desempenho a serem desenvolvidas pela Arrendatária, com vistas ao atendimento da Proposta pelo Arrendamento, bem como aos Parâmetros do Arrendamento. Tendo em vista o PBI ser documento com forte vínculo com as obrigações de investimentos, recomenda-se à Antaq esclarecer/explicitar se as alterações no PBI devem ser acompanhadas de Reequilíbrio de Contrato. (CONTRIBUIÇÃO 07)
45. A redação dos Itens 9.2.4 da minuta de Contrato (fl. 27) e 9.2.9 (fl. 28) está confusa, pois menciona pagamento de obrigação prévia pelo arrendatário, sem especificá-la. Adicionalmente, considerando que o Valor Mínimo de Outorga de R\$ 1,00, conforme demonstrado no documento "Ato Justificatório" não faz sentido definir um valor de R\$ 18,3 mi vinculado à outorga, conforme disposto no Item 9.2.9 (fl. 28) da minuta de contrato, tendo em vista a possibilidade de a outorga ser inferior ao valor a ser deduzido. Adicionalmente, a classificação de "antecipação de receitas" denota que o pagamento realizado seja deduzido do fluxo futuro de receitas, o que não parece ser o caso. Nesse contexto, recomenda-se à Antaq reavaliar a redação proposta para os referidos Itens (9.2.4 e 9.2.9) da minuta de Contrato, de forma a dar maior clareza às regras contratuais e proceder a eventuais ajustes conceituais, caso necessário. (CONTRIBUIÇÃO 08)
46. A alocação de riscos de casos fortuitos ou força maior, seguráveis à época da contratação do seguro, ao arrendatário (Item 13.1.13 - fl. 34 da minuta de Contrato) está associada a evento subjetivo e de difícil mensuração pelo ente regulador - aferição da existência de seguros para cobertura do evento à época da contratação ou renovação da apólice do seguros exigidos da arrendatária. Nesse contexto, visando a reduzir incertezas, recomenda-se à Antaq explicitar todos os riscos atribuíveis ao arrendatário. (CONTRIBUIÇÃO 09)
47. O Item 13.2.5 da minuta de Contrato (fl. 36) desonera a arrendatária do risco associado ao atraso ou paralisação das Atividades decorrentes da demora ou impossibilidade da obtenção das licenças ambientais da instalação portuária, bem como no descumprimento das condicionantes nela estabelecidas. A despeito do caráter meritório da medida, há que se excluir desse conjunto de riscos atribuíveis ao Poder Concedente, as situações em que a arrendatária der causa, de forma deliberada, ao atraso na emissão das licenças ambientais e as hipóteses em que o eventual descumprimento de condicionantes seja de responsabilidade da arrendatária. Nesse contexto, recomenda-se à Antaq ajustar a redação do item 13.2.5 da minuta de Contrato, com o objetivo de excluir a situação em que a arrendatária dê causa a atrasos na obtenção de licenças ambientais ou a descumprimento de condicionantes. (CONTRIBUIÇÃO 10)
48. A minuta de Edital estabelece a obrigação de integralização de, no mínimo, 50% do capital em moeda (Item 27.2.5 - fl. 48). O Item 21.1 da minuta de contrato (fl. 51), que trata das condições de integralização de capital, não contém a mencionada exigência, razão pela qual se recomenda à Antaq proceder à uniformização de redação dos referidos documentos.

(CONTRIBUIÇÃO 11)

49. Quanto à possibilidade de pagamento de eventuais indenizações devidas ao arrendatário, ao final da concessão, por eventual novo arrendatário, nos termos do Item 14.4 da minuta de Contrato (fl. 39), recomenda-se à Antaq explicitar a fundamentação jurídica aplicável, em razão de a previsão legal existente^[22] e para fins de favorecimento da segurança jurídica do processo. (CONTRIBUIÇÃO 12)
50. Os Itens Itens 25.3.3, 25.4.7.3 da minuta de Contrato (fl. 56 e 59) contêm a possibilidade de pagamento, diretamente pelo Poder Concedente aos financiadores, do saldo devedor dos financiamentos efetivamente aplicados em investimentos, com os recursos da indenização devida à arrendatária. A despeito do caráter meritório da medida, visando à redução do risco associado à financiabilidade do negócio, é importante a adoção de procedimentos formais visando a reduzir o risco de futuros questionamentos pelas partes envolvidas, razão pela qual se recomenda à Antaq exigir a declaração de quitação das partes envolvidas - credor e arrendatária, antes do efetivo pagamento. (CONTRIBUIÇÃO 13)
51. Finalmente, na realização de arbitragem para as controvérsias ou disputas oriundas ou relacionadas ao Contrato, constante do Item 27.3.2 da minuta de Contrato (fl. 64), não consta a exigência de decisão administrativa prévia da agência reguladora, razão pela qual se recomenda a inserção deste requisito, com prazo determinado para manifestação da Antaq, com vistas a preservar a competência decisória da Antaq. Destaque-se que em caso de descumprimento do prazo estabelecido para decisão administrativa da agência reguladora, a exigência de decisão administrativa prévia a eventual processo de arbitragem deverá ser suprimida. (CONTRIBUIÇÃO 14)

3 - Considerações Finais

52. Este parecer apresentou considerações sobre a Audiência Pública Antaq nº 006/2021, com o objetivo de obter contribuições, subsídios e sugestões para os documentos técnicos e jurídicos relativos à realização de certame licitatório referente ao arrendamento de terminal portuário destinado à movimentação e armazenagem de granel líquido combustível, no Porto Organizado de Fortaleza/CE, denominado MUC59.
53. De acordo com a documentação disponibilizada, a modelagem de licitação para o arrendamento possui aspectos de natureza concorrencial e onerosidade regulatória a serem aperfeiçoados. Adicionalmente, apresentam-se aspectos de aperfeiçoamento regulatório, visando a dar maior clareza e redução de riscos associados ao empreendimento. As contribuições apresentadas encontram-se listadas a seguir.
- i) limitar a possibilidade de prorrogação do contrato às hipóteses de reequilíbrio econômico-financeiros, restrito ao prazo máximo de 5 anos, nos termos do Item 28 deste Parecer;
- ii) avaliar a incorporação de outros mecanismos de julgamento da proposta, em linha com a Lei nº 12.815/13, nos termos do Item 29 deste Parecer;
- iii) realizar o leilão em até 2 fases, nos termos do Item 38 deste Parecer, em que:
- a) Em uma primeira fase, estejam autorizados a participar apenas grupos econômicos que não tenham participação relevante (nos termos do § 2º do art. 36 da Lei nº 12.529/2011) nos mercados de combustíveis à jusante ou a montante na área de influência do referido terminal portuário (concentração vertical) ou no mercado local de armazenagem de combustíveis (concentração horizontal);
- b) caso não haja interessados na adjudicação da área na primeira etapa do leilão, nas condições estabelecidas, haveria uma segunda rodada de licitação, com a participação de qualquer grupo econômico, inclusive aqueles detentores de participação relevante.
- iv) avaliar a possibilidade de cumprimento dos volumes de MME com outros tipos de grânéis líquidos combustíveis ou, alternativamente, apresentar as justificativas para a fixação de um único produto (nafta), nos termos do Item 39 deste Parecer;

- v) reavaliar a exigência de liderança de empresa brasileira nas hipóteses de consórcio entre empresas brasileiras e estrangeiras ou, alternativamente, apresentar as razões que fundamentem a restrição proposta, nos termos do Item 41 deste Parecer;
- vi) adotar a obrigatoriedade de constituição de SPE para o arrendatário do terminal MUC59, nos termos do Item 43 deste Parecer;
- vii) esclarecer/explicitar se as alterações no PBI devem ser acompanhadas de Reequilíbrio de Contrato, nos termos do Item 44 deste Parecer;
- viii) reavaliar a redação proposta para os Itens 9.2.4 da minuta de Contrato (fl. 27) e 9.2.9 (fl. 28), relativos ao adiantamento de pagamentos pelo arrendatário, de forma a dar maior clareza às regras contratuais e proceder a eventuais ajustes conceituais, caso necessário, nos termos do Item 45 deste Parecer;
- ix) explicitar todos os riscos atribuíveis ao arrendatário, nos termos do Item 46 deste Parecer;
- x) ajustar a redação do item 13.2.5 da minuta de Contrato, com o objetivo de excluir a situação em que a arrendatária dê causa a atrasos na obtenção de licenças ambientais ou a descumprimento de condicionantes, nos termos do Item 47 deste Parecer;
- xi) proceder à uniformização de redação das minutas de Edital e Contrato, em relação às condições exigidas para integralização de capital (integralização mínima de 50% em moeda), nos termos do Item 48 deste Parecer;
- xii) explicitar a fundamentação jurídica aplicável à hipótese de pagamento de eventuais indenizações devidas ao arrendatário, ao final da concessão, por eventual novo arrendatário, nos termos do Item 49 deste Parecer;
- xiii) exigir a declaração de quitação das partes envolvidas - credor e arrendatária, antes do efetivo pagamento nas hipóteses de pagamento pelo Poder Concedente, diretamente aos financiadores, do saldo devedor dos financiamentos efetivamente aplicados em investimentos, com os recursos da indenização devida à arrendatária, nos termos do Item 50 deste Parecer;
- xiv) instituir o requisito de decisão administrativa prévia da Antaq, com prazo determinado para manifestação, para a realização de arbitragem para as controvérsias ou disputas oriundas ou relacionadas ao Contrato, nos termos do Item 51 deste Parecer.

À consideração superior.

Documento assinado eletronicamente

FÁBIO COELHO BARBOSA

Coordenador

Documento assinado eletronicamente

MAURICIO MARINS MACHADO

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] Fonte: Nota Técnica nº 10/2021/CGMP-SNPTA/DNOP/SNPTA (fl. 03).

[2] Informações constantes do Item 5.1 (fl. 03) da NOTA TÉCNICA Nº 11/2020/CEPRO1-EPL/GEPRO1-EPL/DPL-EPL.

[3] Informação constante do Item 6.91 (fl. 11) da Nota Técnica nº 11/2020/CEPRO1-EPL/GEPRO1-EPL/DPL-EPL.

[4] Itens 92 e 105 (fls. 9 e 10) da Nota Técnica nº 10/2021/CGMP-SNPTA/DNOP/SNPTA, de 21/01/2021.

[5] Item 21 (fl. 04) da Nota Técnica nº 10/2021/CGMP-SNPTA/DNOP/SNPTA, de 21/01/2021.

[6] Prancha Média: - Indicador que mede a produtividade média de um porto (ou terminal, ou berço) em um determinado período de tempo (mês, bimestre, ano, ...) na movimentação de um determinado segmento de mercadorias (perfil de carga, NCM-SH2 ou NCM-SH4). Tal medida é feita em relação ao tempo de operação dos navios, e utilizando-se sempre de atracações de movimentação exclusiva. Fonte: http://portal.antaq.gov.br/wp-content/uploads/2016/12/Tema1_EstatisticoAquaviario.pdf. (fl. 08). Acessado em 22/03/2021.

[7] O Item 9.2.3.1 (fl. 26) da minuta de contrato vincula o pagamento da Outorga Variável à Movimentação Mínima Exigida (MME).

[8] Item 08 (fl. 03) da Nota Técnica nº 10/2021/CGMP-SNPTA/DNOP/SNPTA, de 21/01/2021.

[9] Informação constante do Item IX.2 (fl. 08) da Nota Técnica nº 10/2021/CGMP-SNPTA/DNOP/SNPTA, de 21/01/2021..

[10] Itens 103 e 111 (fl. 10) da Nota Técnica nº nº 10/2021/CGMP-SNPTA/DNOP/SNPTA, de 21/01/2021.

[11] Item 109 (fl. 10) da Nota Técnica nº 10/2021/CGMP-SNPTA/DNOP/SNPTA, de 21/01/2021.

[12] Informação constante do Item 21 (fl. 04) da Nota Técnica SEI nº Nº 10/2021/CGMP-SNPTA/DNOP/SNPTA, de 21/01/2021.

[13] Para fins de modelagem, utilizou-se como preço referencial o valor de R\$ R\$ 84,10/tonelada, obtido a partir de valores cobrados por terminais de combustíveis assemelhados. Informação constante do Item 64 (fl. 07) da Nota Técnica SEI nº Nº 10/2021/CGMP-SNPTA/DNOP/SNPTA, de 21/01/2021.

[14] A garantia poderá ser prestada sob a forma de caução, em dinheiro ou títulos da dívida pública federal, seguro-garantia ou fiança bancária, conforme as condições estabelecidas no Item 16.3 da minuta de Contrato (fl. 42).

[15] Referência: OCDE (2017). Guia de Avaliação da Concorrência. Versão 3.0. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/competition/49418818.pdf>. Acesso em 11 de abril de 2020.

[16] Processo nº 08700.003471/2019-11 do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). SEI 0650860.

[17] Fonte: Nota Técnica Conjunta SEI nº 7/2021/ANP, de 25/03/2021 (fls. 38 e 41).

[18] Fonte: OECD Recommendation of the Council concerning structural separation in regulated industries, 26 April 2001, C (2001) 78/FINAL, Paris, 2001. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/competition/50119298.pdf>. Acesso em 29/03/2021.

[19] Estudos atinentes ao art. 2º da Resolução CNPE nº 12, de 4 de junho de 2019.

[20] Fonte: NESTER, Alexandre W. (2006). A Doutrina da Essential Facilities: Compartilhamento de Infra-estrutura e Redes. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Estado do Paraná - UFPR. Curitiba-PR. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/63196>. Acesso em 29/03/2021.

[21] Previsão constante do Item 10.1 (fl. 17) da minuta de Edital.

[22] Lei nº 13.448, de 5 de junho de 2017.



Documento assinado eletronicamente por **Geanluca Lorenzon, Secretário(a) de Advocacia da Concorrência e Competitividade**, em 07/04/2021, às 15:09, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **Adriano de Carvalho Paranaíba, Subsecretário(a) de Competitividade e Melhorias Regulatórias**, em 07/04/2021, às 15:22, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **Fábio Coelho Barbosa, Coordenador(a)**, em 07/04/2021, às 15:24, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **Maurício Marins Machado, Coordenador(a)-Geral**, em 07/04/2021, às 15:25, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site https://sei.economia.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **14848610** e o código CRC **2627CB5B**.

