



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

PARECER SEI Nº 1922/2022/ME

Ementa: Audiência Pública nº 020/2021, da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq), com objetivo de obter contribuições, subsídios e sugestões para o aprimoramento dos documentos técnicos e jurídicos, relativos à realização de certame licitatório de concessão do Porto Organizado de São Sebastião.

Processo SEI nº 10099.100094/2022-41

1 SUMÁRIO EXECUTIVO

1. A Secretaria de Advocacia da Concorrência e Competitividade do Ministério da Economia (Seae/ME) apresenta, por meio deste **Parecer de Manifestação**, considerações sobre a matéria disposta na Audiência Pública nº 020/2021, da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq), cujo objetivo é obter contribuições, subsídios e sugestões para o aprimoramento dos documentos técnicos e jurídicos, relativos à realização de certame licitatório de concessão do Porto Organizado de São Sebastião.

2. Da análise da documentação disponibilizada pela Antaq na audiência pública (Dossiê - Porto Organizado de São Sebastião (SEI nº 22100851)) sob avaliação, conclui-se haver oportunidade de aperfeiçoamento, com enfoque nos aspectos regulatórios e concorrenciais, por meio das seguintes contribuições:

- I - suprimir a obrigatoriedade de liderança da empresa brasileira nos arranjos com empresas estrangeiras. **(Recomendação 1)**
- II - criar uma etapa de desempate considerando a proposta de menor valor de tarifa cobrada do usuário. **(Recomendação 2)**
- III - especificar de forma mais objetiva e exigência de contratação de apólices específicas com base em eventos fortuitos ou de força maior, evitando assim a insegurança jurídica decorrente de interpretação diversa das cláusulas contratuais. **(Recomendação 03).**

3. Ressalta-se que o prazo para manifestação é 09 de fevereiro de 2022, e o presente Parecer está 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 ANÁLISE

2.1 **DA PROPOSTA DE CONCESSÃO**

4. A desestatização no formato proposto, a ser efetuada por meio de Contrato de Concessão, visa a assegurar maior eficiência na exploração do Porto de São Sebastião, viabilizando os requeridos investimentos para modernização e eventual ampliação da capacidade do Porto.

5. Segundo estudos disponibilizados, o Porto de São Sebastião é classificado como um porto de pequeno porte, cuja infraestrutura de acostagem do Porto Organizado consiste em um píer discreto com cinco berços de atracação, denominados 101 (utilizado para movimentação de todas as cargas do porto) e 201, 202, 203 e 204 (utilizados por embarcações de menor porte, que operam carga geral e de apoio).

6. O complexo portuário representa cerca de 5% da movimentação total dos portos brasileiros, não representado assim um player representativo na competição interportuária para a maioria de suas cargas, com exceção do petróleo, exclusivamente do Terminal de Uso Privado – TUP da Transpetro, subsidiária da Petrobras, denominado Terminal Almirante Barroso – Tebar

7. Dessa forma, por se tratar de um porto de pequeno porte, sem grande participação na cadeia logística nacional, e tendo em vista a necessidade de se desenvolver e atrair novas cargas, foi adotado o modelo de concessão vertical cheia.

8. Cabe frisar, que apesar do modelo adotado, foram previstas cláusulas na minuta de contrato visando garantir competição e tratamento isonômico ao usuário, incluindo Operadores Portuários (atuais ou futuros).

9. De acordo com a minuta do contrato disponibilizado, fará parte da concessão: (i) o Porto Organizado, incluindo toda a sua área, bem como as Instalações Portuárias, os equipamentos, as estruturas e demais bens existentes no Porto Organizado; e (ii) os serviços públicos relacionados à concessão do Porto Organizado, podendo a Concessionária desempenhar todas as atribuições legais de Autoridade Portuária, bem como explorar, direta e/ou indiretamente, as Instalações Portuárias e as áreas não afetas às operações portuárias, conforme as obrigações e os encargos previstas.

10. Quanto à participação no leilão, será permitida as pessoas jurídicas brasileiras ou estrangeiras, incluindo instituições financeiras, bem como Fundos de Investimento em Participações - FIPs e entidades de previdência complementar, seja atuando isoladamente ou em Consórcio.

11. Com relação à participação de consórcio com integrantes estrangeiros e nacionais, o Item 3.3.10 ressalta que a liderança competirá necessariamente a uma empresa nacional.

12. O prazo de vigência do contrato, nos termos do Item 4 da minuta de contrato, será de 25 anos, contados da data de eficácia, com possibilidade de prorrogação por até 5 anos nos termos do Item 30, somente para fins de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da Concessão.

13. O critério de julgamento adotado é o de maior valor de outorga, conforme Item 5.12 da minuta de edital.

14. Caso exista apenas uma proposta econômica classificada, será considerada vencedora do leilão a proponente que tenha apresentado.

Na hipótese de mais de uma proposta econômica classificada, a minuta de edital prevê a realização de etapas em viva-voz, sobre o valor econômico da proposta, entre as proponentes que atendam a pelo menos umas das seguintes condições:

- a) estejam entre as 03 maiores propostas econômicas do leilão; ou
- b) o valor da proposta seja igual ou superior a 90% do valor de outorga ofertado pelo proponente cuja proposta corresponda à maior oferta do leilão.

15. Encerrada a etapa de lances, sem que haja novas ofertas, será declarada vencedora a proponente que tiver ofertado o maior valor de outorga.

16. Caso persista o empate entre propostas na etapa de viva-voz, o desempate ocorrerá mediante apresentação de proposta econômica escrita, conforme item 5.21.

17. Permanecendo o empate, aplicar-se-ão os critérios legais de preferência, na forma do art. 45, §2º, e art. 3º, §2º, da Lei nº. 8.666/93, e, em não sendo resolvido desta forma, por sorteio, a ser realizado na mesma Sessão Pública do Leilão.

18. No que diz respeito aos investimentos, os estudos disponibilizados para audiência pública concluíram que a infraestrutura do Porto (berços, armazéns, acessos, etc.), permite o desempenho das operações vigentes, não demandando investimentos imediatos para recuperação da infraestrutura, destacando que o cais foi totalmente reformado em 2014. Cabe destacar, que para cumprimento das obrigações operacionais, foram apresentados como necessário investimento em licenciamento para atividade de dragagem, no valor de R\$3.263 milhões de reais.

19. Assim, a minuta de contrato prevê que a concessionária poderá realizar investimentos, com a comunicação previa de 60 dias, mas sem necessidade de aprovação prévia da Antaq e do Poder Concedente, às suas expensas, situação na qual não haverá recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.

20. Contudo, a concessionária poderá propor ao Poder Concedente a pactuação de investimentos, ao longo da vigência da concessão, por meio de proposta apoiada ou inclusões que ensejem a recomposição do equilíbrio. Nesse caso, deverá ser apresentado o respectivo plano de investimentos, que terá prazo de 30 dias para ser analisado pelo Poder Concedente.

21. Por fim destacamos a alocação dos riscos nas hipóteses de caso fortuito e força maior. O Item 18.1.36 da minuta de contrato apresenta uma situação pode gerar interpretação diversa, causando insegurança jurídica, in-verbis:

18.1.36. Atrasos, paralisações, prejuízos, custos ou investimentos adicionais decorrentes de hipóteses de caso fortuito e força maior que, em condições normais de mercado, possam ser caracterizadas como

Evento Segurável;

2.2 DOS ASPECTOS CONCORRENCIAIS (CHECKLIST DA OCDE)

22. Para avaliação dos aspectos concorrenciais da documentação do processo de concessão do sistema rodoviário, será adotada a metodologia de análise dos impactos concorrenciais desenvolvida pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE).

23. A metodologia da OCDE consiste em conjunto de questões a serem verificadas na análise do impacto de políticas públicas sobre a concorrência.

24. Dessa maneira, o impacto pode ocorrer por meio de quatro efeitos anticompetitivos:

1º efeito - limitação no número ou variedade de fornecedores, provável no caso de apolítica 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.

25. Com base nos critérios acima, verifica-se que o disposto citado no Item 11 deste parecer, relacionado à obrigatoriedade de liderança de empresa nacional em consórcios entre empresas nacionais e estrangeiras, representa situação que acarreta prejuízo a concorrência, podendo causar o 1º efeito - limitação no número ou variedade de fornecedores, provável no caso de a política proposta.

26. Não há justificativa para que, nos casos de consórcio entre empresas brasileiras e estrangeiras, a liderança seja necessariamente de uma empresa nacional,

de acordo com o Item 3.3.10 do edital.

27. Tal situação é no mínimo contraditória, uma vez que é permitida a participação, de forma isolada, de empresa estrangeira.

28. Dessa forma, recomenda-se que seja suprimida a obrigatoriedade de liderança da empresa brasileira nos arranjos entre com empresas estrangeiras.
(Recomendação 1)

29. Conforme descrito, Itens 13 a 18 do presente parecer, o critério adotado na modelagem de desestatização foi o maior valor de outorga ofertado.

30. Contudo, tendo em vista que a situação de empate pode persistir, mesmo após a oferta por escrito, esta Seae recomenda que seja criada uma etapa de desempate na qual será declarada vencedora a proposta de menor valor de tarifa cobrada do usuário. Etapa essa, anterior a aplicação do art. 45, §2º, e art. 3º, §2º, da Lei nº. 8.666/93 e sorteio. **(Recomendação 2)**

2.3 AVALIAÇÃO DE ONEROSIDADE REGULATÓRIA

31. Como referência para avaliar a onerosidade regulatória utiliza-se a Instrução Normativa Seae nº 111, de 5 de novembro de 2020, que prevê a análise de cinco itens, com foco na redução da onerosidade regulatória: (i) obrigações regulatórias; (ii) requerimentos técnicos; (iii) restrições e proibições; (iv) licenciamento; e (v) complexidade normativa.

32. Da análise da documentação disponibilizada, foram verificados aspectos passíveis de aperfeiçoamento, de forma a diminuir a onerosidade regulatória (complexidade normativa) no futuro contrato de concessão.

33. Abaixo segue o padrão pró-concorrência do aspecto de onerosidade regulatória explicitado na Instrução Normativa SEAE nº 111/2020, in-verbis:

Complexidade normativa: *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.*

34. Da análise da Minuta do Contrato disponibilizada, verificam-se alguns itens que devem ter uma proposição mais clara e objetiva, de modo a se evitar que a interpretação dos dispositivos cause insegurança jurídica e onere indevidamente as propostas.

35. Dando prosseguimento a análise da minuta de contrato, outro ponto que merece atenção respeito à possibilidade da interpretação do Item 18.1.36 que estabelece e alocação de risco da concessionária em situação de caso fortuito ou de força maior, que em condições normais de mercado possam ser caracterizados com evento segurável.

36. O referido item apresenta um conceito que comporta diversas interpretações, qual seja, **condições normais de mercado**.

37. Tendo em vista que a proposta apresentada pelas proponentes tem em seu bojo a possibilidade de responder por eventos não cobertos por seguros. Recomenda-se que a Antaq especifique de forma mais objetiva e exija a contratação de apólices específicas com base em eventos fortuitos ou de força maior, evitando, assim, a insegurança jurídica decorrente de interpretação diversa das cláusulas contratuais.
(Recomendação 03).

3 CONCLUSÃO

38. Este parecer de manifestação apresentou considerações sobre a Audiência Pública nº 020/2021, da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq), com objetivo de obter contribuições, subsídios e sugestões para o aprimoramento dos documentos técnicos e jurídicos, relativos à realização de certame licitatório de concessão do Porto Organizado de São Sebastião.

39. Da análise da proposta de modelagem de desestatização apresentada, com base na documentação disponibilizada pela Antaq na audiência pública, conclui-se haver oportunidade e aperfeiçoamento, com enfoque nos aspectos regulatórios e concorrenciais, por meio das seguintes contribuições:

I - suprimir a obrigatoriedade de liderança da empresa brasileira nos arranjos com empresas estrangeiras. **(Recomendação 1)**

II - criar uma etapa de desempate considerando a proposta de menor valor de tarifa cobrada do usuário. **(Recomendação 2)**

III - especificar de forma mais objetiva e exigência de contratação de apólices específicas com base em eventos fortuitos ou de força maior, evitando assim a insegurança jurídica decorrente de interpretação diversa das cláusulas contratuais. **(Recomendação 03).**

40. 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 nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, e Decreto nº 9.745, de 08 de abril de 2019. Trata-se de posicionamento com base nas informações disponíveis até a presente data.

Brasília, 08 de fevereiro de 2022.

À consideração superior.

Documento assinado eletronicamente

GIOVANNI BAIER NUNES

Analista de Infraestrutura

De acordo.

Documento assinado eletronicamente

MAURICIO MARINS MACHADO

Coordenador-Geral

De acordo.

Documento assinado eletronicamente

ANDREY VILAS BOAS DE FREITAS

Subsecretário de Advocacia da Concorrência

De acordo.

Documento assinado eletronicamente

GEANLUCA LORENZON

Secretário de Advocacia da Concorrência e Competitividade



Documento assinado eletronicamente por **Geanluca Lorenzon, Secretário(a) de Advocacia da Concorrência e Competitividade**, em 10/02/2022, às 20:57, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no § 3º do art. 4º do [Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020](#).



Documento assinado eletronicamente por **Andrey Vilas Boas de Freitas, Subsecretário de Advocacia da Concorrência**, em 10/02/2022, às 21:00, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no § 3º do art. 4º do [Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020](#).



Documento assinado eletronicamente por **Maurício Marins Machado, Coordenador(a)-Geral**, em 10/02/2022, às 23:44, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no § 3º do art. 4º do [Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020](#).



Documento assinado eletronicamente por **Giovanni Baier Nunes, Analista de Infraestrutura**, em 11/02/2022, às 10:24, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no § 3º do art. 4º do [Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020](#).



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 **22200362** e o código CRC **97239569**.

Referência: Processo nº 10099.100094/2022-41

SEI nº 22200362