



PARECER SEI Nº 3893/2022/ME

Assunto: Audiência Pública e Consulta Pública nº 01/2022, da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), que tem por objetivo obter contribuições, subsídios e sugestões para o aprimoramento dos documentos técnicos e jurídicos, relativos à realização de certame licitatório referente à desestatização da Santos Port Authority S. A. e Concessão associada do Porto Organizado de Santos/SP

Acesso: Público

Processo SEI nº 10099.100105/2022-93

1 SUMÁRIO EXECUTIVO

1. Avalia-se a proposta de licitação para desestatização da Santos Port Authority S. A. - SPA (Autoridade Portuária de Santos), empresa pública controlada pela União, associada à cessão onerosa do Porto Organizado de Santos, por meio de Contrato de Concessão. Ressalte-se que esta SEAE já se manifestou anteriormente^[1] acerca do processo em fase preliminar à disponibilização de minutas para Audiência Pública, tendo realizado uma análise em tese, tomando como pressuposto que o modelo do Porto de Santos seguiria aquele utilizado para a desestatização da Companhia Docas do Espírito Santo - CODESA, associado à cessão onerosa dos Portos Organizados de Vitória e de Barra do Riacho. Assim, diversas das questões tratadas pela SEAE naquela manifestação serão repetidas e adaptadas, bem como acrescidas de algumas questões novas presentes nas minutas disponibilizadas para a Audiência e Consulta Pública atuais.

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 a concessão, disponibilizados pela ANTAQ. Ressalte-se que por se tratar de desestatização de uma empresa pública associada a um Contrato de Concessão, a licitação será conduzida pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES. Firmado o Contrato de Concessão, entre o Concessionário e a União, representada pelo Ministério da Infraestrutura - MInfra, esse será regulado e fiscalizado pela ANTAQ como ocorre com os contratos para arrendamento de terminais portuários.

3. A desestatização e concessão associada visam a assegurar maior eficiência na exploração do Porto de Santos, viabilizando os requeridos investimentos em ampliação de capacidade e modernização, bem como a otimização no uso do espaço (público) portuário. Para tanto, o modelo da concessão associada à desestatização escolhido foi aquele denominado "landlord privado", mesmo modelo adotado para a concessão associada ao processo de desestatização da CODESA. Além de viabilizar os investimentos necessários ao Porto de Santos, tal modelo tem como objetivo trazer flexibilidade e incentivos para utilização eficiente da área do Porto Organizado pela Concessionária, de forma alinhada aos propósitos da desestatização. Ressalte-se que a licitação prevê ainda um aporte de R\$ 2,988 bilhões a fim de custear a construção de um túnel entre Santos e Guarujá, mas a concessionária SPA não será responsável pela construção ou operação do túnel, sendo tal mecanismo utilizado apenas para custear a obra, que ficará a cargo de outro concessionário que irá operar o túnel após processo licitatório futuro.

4. Apesar do mérito da proposta de modelagem, da análise das questões de natureza concorrencial e regulatória envolvidas, observam-se aspectos passíveis de aprimoramento da proposta, na forma de **5 contribuições** apresentadas nos **parágrafos 72, 83, 121, 130, 135** e nas Conclusões deste Parecer.

5. 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 ANÁLISE

2.1 FUNDAMENTAÇÃO NORMATIVA

6. O Porto Organizado de Santos, localizado no Estado de São Paulo, e os serviços públicos portuários a este relacionados, foram qualificados para fins de estudos de desestatização no âmbito do Programa de Parcerias de Investimentos, da Presidência da República – PPI, por meio do Decreto no 10.138, de 23 de novembro de 2019.

7. Quanto à modalidade a ser adotada para o processo de concessão associado à desestatização, o art. 20 do Decreto no 8.033, de 27 de junho de 2013, que regulamenta a Lei no 12.815, de 5 de junho de 2013, “Lei dos Portos”, e as demais disposições legais que regulam a exploração de portos organizados e de instalações portuárias prevê que:

Art. 20. O objeto do contrato de concessão poderá abranger:

I - o desempenho das funções da administração do porto e a exploração direta e indireta das instalações portuárias;

II - o desempenho das funções da administração do porto e a exploração indireta das instalações portuárias, vedada a sua exploração direta; ou

III - o desempenho, total ou parcial, das funções de administração do porto, vedada a exploração das instalações portuárias.

8. Uma leitura do Item 23.1 da minuta de Contrato de Concessão evidencia que a modalidade escolhida foi a do inciso II, acima (grifos nossos):

2.1. Este Contrato de Concessão tem por objeto: (i) a outorga de cessão onerosa do Porto Organizado; (ii) a **exploração indireta das Instalações Portuárias** e das Áreas Não Afetas à Operação Portuária; (iii) a prestação de serviços públicos portuários mediante a cobrança de Tarifas Portuárias; e (iv) a realização de investimentos destinados a atender às necessidades de movimentação de carga e de passageiros.

2.11. **É vedado o desempenho pela Concessionária, de Operação Portuária**, que será realizada exclusivamente por Operadores Portuários pré-qualificados, observadas as diretrizes do Poder Concedente.

2.1.2. A vedação estabelecida na Subcláusula 2.1.1 estende-se ao Grupo Econômico da Concessionária, observado o disposto na Subcláusula 16.6.

2.3. A Autoridade Portuária deve orientar sua atuação para a racionalização e a otimização do Porto Organizado, **garantindo a competição e o tratamento isonômico** aos Usuários, aos Exploradores de Instalação Portuária, aos detentores de contratos de adesão e aos Operadores Portuários, dentro de seus respectivos segmentos.

9. A modalidade selecionada, na qual a Autoridade Portuária – AP não explora diretamente as instalações portuárias, nem atua como operador portuário, mas utiliza terceiros para tanto, atuando como uma espécie de “locador e gestor de condomínio” e responsável pela infraestrutura do Porto, **denomina-se “landlord privado”** (*Landlord Private Port*) e será analisada na Subseção 2.3. Neste caso a AP deve ter um tratamento isonômico que assegure a competição entre os diferentes atores que atuam no Porto, sem qualquer favorecimento ou tratamento distinto que não seja baseado em critérios objetivos e não discriminatórios.

10. Quanto à legislação acerca da questão concorrencial no setor portuário, cumpre destacar as previsões da Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013, recentemente alterada pela Lei nº 14.404, de 24 de agosto de 2020, decorrente de conversão da Medida Provisória no. 945, de 4 de abril de 2020 (grifos nossos):

Art. 3º A exploração dos portos organizados e instalações portuárias, com o objetivo de aumentar a competitividade e o desenvolvimento do País, deve seguir as seguintes diretrizes:

.....

V - **estímulo à concorrência**, por meio do incentivo à participação do setor privado e **da garantia de amplo acesso aos portos organizados, às instalações e às atividades portuárias**; e [\(Redação dada pela Lei nº 14.047, de 2020\)](#)

VI - liberdade de preços nas operações portuárias, **reprimidos qualquer prática prejudicial à competição e o abuso do poder econômico**. [\(Incluído pela Lei nº 14.047, de 2020\)](#)

11. Também cumpre ressaltar que a Lei de criação da Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ, Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, prevê ainda que:

Art. 31. A Agência, ao tomar conhecimento de fato que configure ou possa configurar infração da ordem econômica, deverá comunicá-lo ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, à Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça ou à Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, conforme o caso.

12. Tais normativos apontam que o Poder Concedente (no caso a União representada pelo Minfra) e a ANTAQ têm entre os princípios para sua atuação junto ao setor portuário a promoção da concorrência. Em particular, tal atuação deve ser pautada pela garantia de amplo acesso aos portos organizados, às instalações e às atividades portuárias, consoante ao disposto no art. 3º, inciso V da Lei nº 12.815, de 2013, a fim de evitar a ocorrência de práticas anticompetitivas que constituem infração da ordem econômica e que devem ser informadas ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE pela ANTAQ, conforme previsto no mencionado art. 31 da Lei nº 10.233, de 2001.

13. Nesse sentido, um critério geral presente na legislação de ampla utilização visando assegurar a concorrência é evitar que ocorra posição dominante passível de exercício de poder de mercado, utilizando a presunção de posição dominante prevista em dispositivos da Lei 12.529, de 10 de novembro de 2011, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, e que prevê (grifos nossos):

Art. 36

.....

§ 2º Presume-se **posição dominante** sempre que uma empresa ou grupo de empresas **for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições** de mercado ou **quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante**, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia.

14. A partir de tal fundamentação normativa, a seguir será apresentada de forma sintética proposta de modelo a ser adotado no processo de desestatização da Santos Port Authority e concessão associada ao Porto Organizado de Santos, para subsidiar o processo de análise de possíveis riscos inerentes à concorrência e as possíveis propostas para mitigá-los

2.2 ASPECTOS GERAIS DA DESESTATIZAÇÃO E DA CONCESSÃO ASSOCIADA

15. A licitação em análise compreende tanto a desestatização de uma empresa pública, a Santos Port Authority S. A. – SPA, a partir da venda da totalidade das ações de titularidade da União, como a cessão onerosa do Porto Organizado (Público) de Santos associada à outorga de um Contrato de Concessão para exercício da atividade de Autoridade Portuária – AP^[2]. Neste caso, a condução do processo licitatório da desestatização é do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES, na condição de gestor do Fundo Nacional de Desestatização, consoante ao disposto na Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997. Já o Contrato de Concessão associado é firmado entre a empresa ou Consórcio Concessionário e a União, Poder Concedente, representada pelo Ministério da Infraestrutura – Minfra, sendo este Contrato fiscalizado pela ANTAQ.

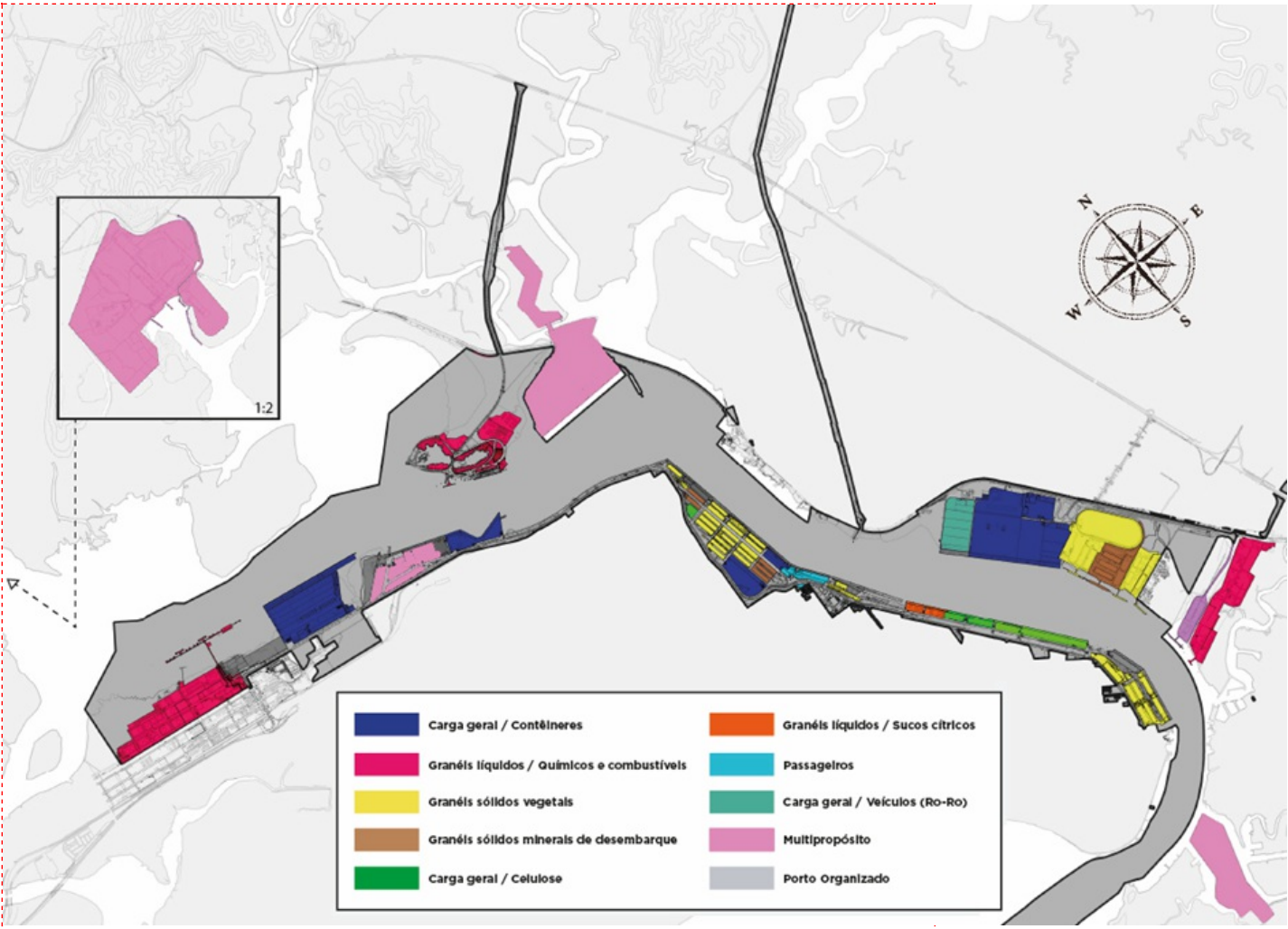
16. Ressalte-se que o Contrato de Concessão prevê o **aporte de R\$ 2,988 bilhões a fim de custear a construção de um túnel entre Santos e Guarujá**^[3], mas a Concessionária SPA não será responsável pela construção ou operação do túnel,

sendo tal mecanismo utilizado apenas para custear a obra que ficará a cargo de outro concessionário que deve operar o túnel. Segundo explicações de representantes do MInfra na Audiência Pública^[4], a opção se deve ao fato de que prever a licitação da operação do túnel em conjunto com a de operação do Porto Organizado não era interessante, pois tenderia a obter propostas menos vantajosas para a União em virtude da concentração de riscos distintos, mesmo porque se tratam de operações que tem *players* de mercado diferentes. Assim, a integralização do valor para custear o túnel deve ser aportado pela Concessionária em Sociedade de Propósito Específico – SPE a ser vendida à União ao custo simbólico de R\$ 1,00 (um real)^[5]. Tal operação visa tão somente obter recursos para o investimento no túnel (Capex), já que a operação do mesmo seria deficitária com tarifas moderadas sem esse custeio do investimento. Conforme apontado pelo representante do MInfra na Audiência, tal aporte resultará em menor valor de Bonificação de Outorga para a União do que seria obtido sem sua exigência, mas não representará uma tarifa mais elevada para os futuros usuários do túnel.

17. O Complexo Portuário de Santos^[6], Santos tem um papel estratégico para o comércio exterior brasileiro, respondendo, segundo a Santos Port Authority^[7], **por 28% de toda corrente comercial do comércio exterior brasileiro em 2020 e sendo historicamente responsável por no mínimo 25% dessa corrente**, sendo um porto multipropósito que conta com terminais especializados em todos os principais tipos de carga: (i) contêineres; (ii) graneis sólidos; (iii) graneis líquidos; (iv) carga geral; (v) passageiros; (vi) *roll on/roll off* (tal como veículos); e (vi) óleo e gás *offshore*. Assim, eventuais problemas concorrenciais no Porto de Santos podem ter impacto relevante em múltiplos setores da economia nacional.

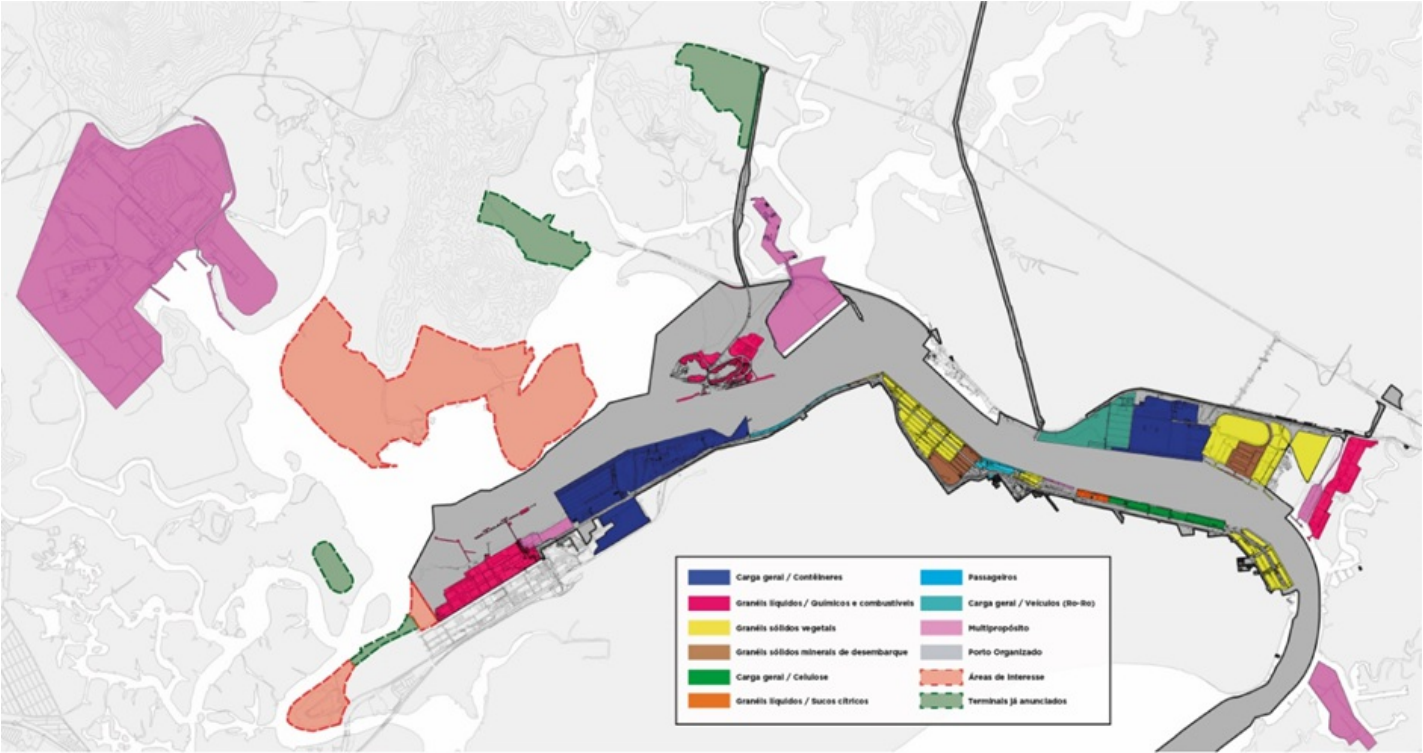
18. Abaixo apresentam-se as atuais áreas por tipo de carga do Porto, bem como a destinação futura já aprovada no Plano de de Desenvolvimento e Zoneamento – PDZ do Porto de Santos aprovado em 2020:

Figura 1: Alocação atual por tipo de carga das áreas do Porto de Santos



Fonte: SPA (2022). Disponível em: < <http://www.portodesantos.com.br/conheca-o-porto/o-porto-de-santos/> > Acesso em 07/03/22.

Figura 2: Alocação futura por tipo de carga das áreas do Porto de Santos



Fonte: Plano de Desenvolvimento e Zoneamento – PDZ do Porto de Santos aprovado em 2020.

19. O Complexo Portuário de Santos conta com uma ampla infraestrutura logística rodoviária e ferroviária. Quanto a esta última, o porto conta com uma ferrovia interna administrada por uma Sociedade de Propósito Específico – SPE que não é controlada pela SPA, mas para a qual serão necessários investimentos^[8]. Além, disso o Porto é interconectado a redes dutoviárias para transporte de petróleo e seus derivados de propriedade da Petrobrás/Transpetro. As figuras abaixo ilustram tais infraestruturas.

Figura 3 - Acessos rodoviários no entorno do Complexo Portuário



Fonte: Plano Mestre do Porto de Santos (2019).

Figura 4 - Malha ferroviária interna e a disposição dos terminais



Fonte: PDZ, 2020.

Figura 5 - Rede dutoviária



Fonte: PDZ, 2020.

20. O Valor Estimado do Contrato de Concessão, constante do Item 5 da minuta de Contrato, p. 13, considerando o valor presente das receitas tarifária e não tarifárias a serem auferidas durante todo o período de vigência é de R\$ 24 bilhões. O prazo para a Concessão é de 35 anos, que de acordo com o Ministério da

Infraestrutura - MInfra^[9], foi estabelecido de forma a comportar os investimentos e demais custos necessários tendo em vista os estudos de mercado^[10]. Destaque-se que o Item 4.2 da minuta de Contrato, p. 13, prevê a possibilidade de prorrogação uma única vez tão somente para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro. Tal limitação da possibilidade de prorrogação é positiva, já que como apontado recorrentemente por esta SEAE em manifestações acerca do setor portuário e outros setores regulados, é recomendável que ocorra nova licitação ao invés de recorrentes prorrogações em contratos de concessão a fim de promover a maior competição.

21. A Concessionária deve realizar diversos investimentos obrigatórios, previsto no Plano de Exportação Portuária – Anexo 1 do Contrato de Concessão. Estes incluem investimentos na infraestrutura de acesso aquaviário, na infraestrutura terrestre, dentre outros.

22. Quanto ao critério de julgamento da proposta vencedora, o Item 5.13 da minuta de Edital, p. 37, estabelece o maior valor de bonificação pela outorga. *In verbis*:

5.13. O critério de julgamento do **Leilão** é o de maior valor da **Bonificação pela Outorga** a ser pago ao **Poder Concedente**, devendo o montante ser apresentado em reais, com no máximo 2 (duas) casas decimais.

23. Na hipótese de existência de duas ou mais propostas, o Item 5.18 da minuta de Edital, p. 37, prevê 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 Bonificação pela Outorga deverá ser pago integralmente em até 60 dias da liquidação do leilão, nos termos do Item 6.1 da minuta de Contrato, p. 13.

24. O Valor Econômico da Transação, é definido no Edital como:

1.1.73. **Valor Econômico da Transação**: somatório (i) valor de venda das ações da SPA, tal como estabelecido no **Anexo 1 - Contrato de Compra e Venda das Ações**, (ii) da **Bonificação pela Outorga** e (iii) do valor presente das **Contribuições Fixas** e (iv) do aporte a ser realizado na **Túnel S.A. O Valor Econômico da Transação** tem efeito meramente indicativo, não podendo ser utilizado para pleitear recomposição do equilíbrio econômico financeiro.

25. O Valor Econômico da Transação será definido posteriormente por consultorias contratadas pelo BNDES para tanto. A partir dessa definição será definido o valor mínimo da bonificação pela outorga do Contrato que é o critério de julgamento do leilão.

26. O valor utilizado para a taxa de desconto do projeto foi de 7,95% a.a. real (WACC), conforme apontado na documentação acerca do cálculo do modelo tarifário^[11].

27. A título de pagamento de Outorga, o futuro concessionário deverá realizar pagamentos fixos no valor de R\$ 63,3 milhões anuais a partir do 8º ano e variáveis de 2,25% do seu faturamento bruto anual consolidado ano anterior, nos termos dos Itens 6.3 e 6.4 da minuta de Contrato, p. 14.

28. Além disso, destaque-se que o Contrato prevê o depósito de valores em **Contas Vinculadas**. Além do supracitado valor de R\$ 2,988 bilhões para custear o túnel Santos-Guarujá a ser depositado em Conta Vinculada específica, prevê-se que o Concessionário deverá depositar R\$ 200 milhões iniciais, bem como valor anual correspondente a 2,25% da sua receita bruta consolidada do ano anterior. Tais valores nas Contas Vinculadas podem ser utilizados para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato por qualquer motivo que seja de responsabilidade do Poder Concedente. Isso significa que tais reequilíbrios podem ocorrer sem elevação de tarifas, por exemplo, no caso de novos investimentos que não tenham sido previstos no contrato original. Trata-se de mecanismo que evita a ocorrência de choques tarifários que seriam absorvidos pelos usuários do porto, que passam a ser suportados formalmente pelo Poder Concedente, apesar de na verdade todo e qualquer valor exigido sempre terminar por ser suportado pelas tarifas e, portanto, pelos usuários do Porto, mesmo que indiretamente. O que ocorre neste caso é que um valor que poderia ser arrecadado pelo Poder Concedente na forma de maior Bonificação de Outorga passa a ser utilizado para custear eventuais reequilíbrios e evitam-se choques tarifários. Ressalte-se que o valor depositado fica limitado a um valor equivalente a 27,5% da receita bruta anual média da Concessionária nos três anos anteriores, sendo o valor excedente transferido ao Poder Concedente.

29. Finalmente, com o objetivo de resguardar o cumprimento das obrigações contratuais, o Item 16.11.1 da minuta de Contrato, p. 37, prevê a obrigatoriedade de o Concessionário constituir Garantia de Execução do Contrato, no valor de R\$ 1,2 bilhões

nos 5 primeiros anos de contrato e de R\$ 240 milhões para o prazo remanescente do contrato.

2.3 DA PROPOSTA DE MODELO DE CONCESSÃO

30. Quanto ao modelo de desestatização proposto, estudo do Banco Mundial^[12] prevê que para melhor caracterizar o modelo de administração portuária, deve ser considerado que uma ou mais organizações podem exercer as seguintes funções:

- *Landlord* (espécie de locador e administrador de condomínio, no sentido de ser responsável pela alocação de espaços para exploradores de instalações portuárias) de entidades privadas que oferecem uma variedade de serviços.
- Regulador de atividade econômica e operações.
- Regulador de segurança marítima, segurança em geral e aspectos de controle ambiental.
- Responsável pelo planejamento de operações futuras e realização de investimentos em capital fixo.
- Operador de instalações e serviços náuticos.
- Responsável pela comercialização e promoção de serviços portuários e de desenvolvimento econômico.
- Responsável pela movimentação e armazenagem de cargas.
- Fornecedor de serviços acessórios.

31. A partir de tais funções básicas, o estudo estabelece que uma grande quantidade de fatores influenciou a forma como os portos mundo afora são organizados, estruturados e administrados, tais como aspectos socioeconômicos e históricos de cada país, bem como a localização do porto (urbana ou em regiões isoladas) e tipo de carga manejada (granéis líquidos ou sólidos, carga geral, contêineres, etc.). Assim, o estudo estabelece que quatro modelos básicos^[13] surgiram ao longo do tempo para a administração de um porto, em modelos que são os mesmos considerados em estudo da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE^[14]:

- i. o porto (público) de serviços;
- ii. o *tool port*;
- iii. o *landlord port*; e
- iv. o porto privado.

32. Tais modelos de administração portuária se diferenciam a partir dos seguintes aspectos:

- Provisão pública, privada ou mista dos serviços.
- Orientação local, regional ou global do porto.
- Propriedade da infraestrutura portuária (incluindo o terreno do porto).
- Propriedade da superestrutura e equipamentos (particularmente de equipamentos envolvidos na atividade movimentação de mercadorias, bem como estruturas como galpões);
- Condição da mão-de-obra e administração portuária.

33. Assim, pode-se definir os quatro modelos da seguinte forma:

- i. **Porto (público) de serviços:** um único ente público detém todos os ativos portuários, incluindo toda a infraestrutura e superestrutura. A Autoridade Portuária é responsável por todas as operações, apesar de ser frequentemente o caso de que as atividades de movimentação de cargas são geridas e organizadas por um ente público separado.
- ii. **Tool port:** um único ente público detém a propriedade de toda a infraestrutura e superestrutura portuária, mas os serviços envolvendo diretamente a movimentação de cargas são executados por empresas privadas especializadas.
- iii. **Landlord port:** a Autoridade Portuária pública não intervém na organização e gestão das operações de movimentação de cargas. A Autoridade Portuária é responsável pela infraestrutura e atua como regulador. A infraestrutura é arrendada a empresas privadas individuais ou conjuntos de empresas de determinado setor que fornecerão e serão responsáveis pela superestrutura necessária.
- iv. **Porto privado:** a propriedade e operação do porto é 100% privada e ocorre sem interferência governamental direta, mas pode existir regulação por um regulador governamental para impedir práticas monopolistas.

34. A tabela abaixo resume os principais aspectos dos quatro modelos básicos:

	Infraestrutura	Superestrutura	Mão-de-obra portuária ^[15]	Outros aspectos

Porto público de serviços	Pública	Pública	Pública	Predominantemente públicos
Tool port	Pública	Pública	Privada	Predominantemente públicos
Landlord port	Pública	Privada	Privada	Predominantemente privados
Porto privado	Privada	Privada	Privada	Predominantemente privados

Fonte: Organization for Economic Cooperation and Development (2011). **Competition in Ports and Ports Services**. Policy Roundtables, 271-299.

35. Desta forma, o modelo *landlord port* se caracteriza por uma separação entre as atividades de Autoridade Portuária e dos operadores portuários. A primeira regula e administra o porto e é responsável pela sua infraestrutura e os operadores portuários, incluindo exploradores de instalações portuárias, prestam os serviços de movimentação de cargas e se responsabilizam pela superestrutura do porto, contando com áreas arrendadas. Trata-se do modelo mais adotado nos principais portos mundiais com atuação global, tais como Roterdã, Antuérpia e Nova Iorque. No entanto, quando se trata do modelo *landlord* na literatura de organismos internacionais citada, existe a suposição de que a Autoridade Portuária, que atua na exploração indireta do porto ao manter a infraestrutura e alocar espaços, é *pública*, com a exploração direta de serviços portuários, tais como a movimentação de cargas, cabendo à iniciativa privada. O modelo *landlord* seria, portanto, um modelo intermediário entre um porto de serviços 100% público ou o modelo com infraestrutura e superestrutura de inteira propriedade pública do *tool port* e um porto 100% privado com um único proprietário, em que este pode explorar diretamente todas as atividades do porto ou contratar terceiros ao seu critério.

36. Uma vantagem do porto *landlord* é que este permite a atuação concorrencial do setor privado, na medida em que os diferentes operadores portuários atuantes no porto competem entre si por determinado tipo de carga. Isso diferentemente do porto privado, em que um único ente privado explora o porto a seu critério, motivo pelo qual o Banco Mundial recomenda^[16] que só seja adotado o modelo de porto privado quando: (i) o porto for parte de uma cadeia industrial que seja verticalmente integrada, tal como no caso de minerais metálicos ou petróleo, e seja dedicado a atender somente o produto específico em questão; ou (ii) quanto existem portos suficientes ao longo da mesma litoral que representem pressão competitiva efetiva.

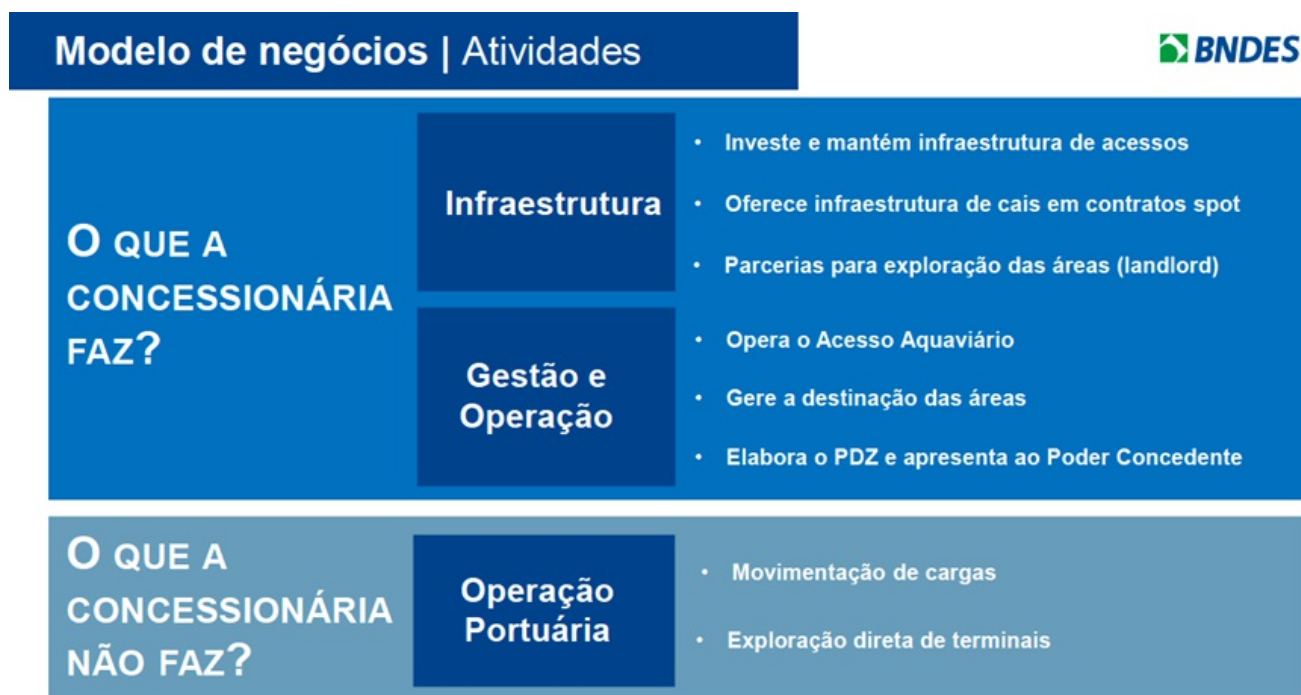
37. Ressalte-se que o modelo adotado hoje em muitos Portos Organizados no Brasil, incluindo o Porto de Santos, pode ser entendido como se encaixando no modelo *landlord*. Esse é o caso dos Portos Organizados em que existe uma Autoridade Portuária que é uma empresa pública (as Companhias Docas) e são licitadas áreas dos portos públicos pelo Poder Concedente para exploração, por meio de contratos de arrendamento por empresas privadas, que respondem pelas atividades de movimentação de cargas e devem realizar investimentos na superestrutura de áreas para as quais são arrendatárias, tais como terminais. Já os Terminais de Uso Privado – TUPs, cuja fundamentação legal se dá pelos arts 8º a 13 da Lei nº 12.815, de 2013, seriam exemplos do modelo de portos privados, já que são de propriedade inteiramente privada (ainda que possam prestar serviços a terceiros) e contam com regulação mínima, sendo sujeitos ao regime de autorização e não de concessão ou arrendamento.

38. Já o modelo de “*landlord privado*”, a ser adotado no caso do Porto de Santos, seria então um tipo híbrido entre o modelo *landlord* típico e o modelo do porto privado. Isso porque, se por um lado o modelo de *landlord* privado prevê atuação 100% privada, com a desestatização da Santos Port Authority convivendo com operadores portuários também 100% privados, por outro prevê a separação entre as atividades da Autoridade Portuária e dos operadores portuários, sendo vedada a exploração direta de serviços portuários pela Concessionária. Além disso, como será apontado abaixo, é usual que um porto detenha um quase monopólio para o transporte de diversos tipos de carga em sua Zona de Influência (hinterlândia), situação que torna necessária regulação adicional para evitar abuso de posição dominante.

39. Ressalte-se que, consoante o conceito de *landlord*, o modelo da concessão associada à desestatização da SPA prevê não só que a Autoridade Portuária será uma empresa distinta para a qual é vedada a exploração direta de serviços portuários, mas

também a separação estrutural (de controle societário por grupo econômico) entre a Concessionária e exploradores de instalações portuárias (atuais arrendatários), tais como operadores de terminais, bem como os demais operadores portuários e entes com contratos com a Autoridade Portuária. Adicionalmente tal vedação de propriedade cruzada também se aplica a integrantes da cadeia logística que operem a montante e a jusante como será detalhado em seções subsequentes. Além disso, apesar da separação estrutural, o modelo da Concessão prevê a possibilidade de participação minoritária, fora do bloco de controle, dos arrendatários (e dos operadores portuários), bem como do integrantes da cadeia logística que operem a montante e a jusante, sendo previsto um limite de participação societária por grupo econômico na Concessionária e também do conjunto de exploradores de infraestrutura portuária, algo que também será detalhado mais à frente.

40. Segundo apresentação do BNDES na Audiência Pública referente ao processo da CODESA^[17], que foi o primeiro e até agora único caso a adotar o modelo de *landlord* privado no Brasil, este traria as seguintes vantagens em relação ao modelo “*landlord* tradicional”: (i) liberdade e flexibilidade para a Concessionária; (ii) foco na eficiência e agilidade na gestão; (iii) maior produtividade, coordenação e nível de investimentos que o atual modelo. A apresentação também delimita as atividades da Concessionária nesse modelo:



41. Assim, depreende-se que a manutenção da separação estrutural do modelo *landlord* privado adotado, vedando controle cruzado entre Autoridade Portuária – AP e os exploradores de instalações portuárias (atuais arrendatários), operadores portuários e outros entes com contrato com a AP, bem como a integrantes da cadeia logística que operem a montante e a jusante, visa assegurar que a Concessionária não tenha incentivos em atuar de forma discriminatória diante dos diferentes agentes econômicos que atuam no porto. Tal tipo de exigência de separação estrutural é benéfica à concorrência, porém, pode ser insuficiente para assegurar um ambiente competitivo no interior do porto no modelo de *landlord* privado, em particular entre exploradores de instalações portuárias que **venham a apresentar concentração horizontal**. Além disso, **a possibilidade de atuação verticalmente integrada nas cadeias logísticas a montante e a jusante sem nenhuma restrição dos operadores portuários**, em particular daqueles exploradores de instalações portuárias, pode trazer riscos relevantes à concorrência.

42. Um outro risco à concorrência, mas bem mais moderado, é que mesmo a permissão de participação minoritária fora do bloco de controle na Autoridade Portuária Concessionária de integrantes da cadeia logística portuária levem a alguma favorecimento. Isso na medida que tal participação minoritária possa acabar por interferir na desejada neutralidade da AP Concessionária em face de todos os agentes econômicos que atuam no Porto.

43. Ressalte-se que tais tipos de questões concorrenciais trazem inclusive um *tradeoff* entre maior competição na realização do leilão *versus* maior competição na execução do contrato. Isso porque a proteção à competição após o leilão pode requerer limitação de determinados participantes, reduzindo a concorrência possível no leilão. Além disso, caso o Contrato não assegure a concorrência intraporto, a Bonificação pela Outorga no leilão pode ser mais elevada na medida que exista a

percepção pelos licitantes que será possível arrecadar elevadas receitas patrimoniais dos operadores portuários que exploram instalações portuárias (terminais), decorrente da permissão de elevada concentração horizontal e integração vertical sem restrições a fim de explorar poder de mercado. Tais aspectos serão abordados nas Subseções 2.4 a 2.8

2.4 CHECKLIST DA CONCORRÊNCIA DA OCDE

44. Segundo a metodologia de análise de impacto concorrencial da OCDE^[18], um conjunto de questões devem ser verificadas na análise do impacto de políticas públicas sobre a concorrência. O impacto competitivo poderia ocorrer por meio de quatro efeitos:

- **1º efeito – limitação no número ou variedade de fornecedores, provável no caso da política proposta:**
 - i. Conceder direitos exclusivos a um único fornecedor de bens ou de serviços;
 - ii. Estabelecer regimes de licenças, permissões ou autorizações como requisitos de funcionamento;
 - iii. Limitar a alguns tipos de fornecedores a capacidade para a prestação de bens ou serviços;
 - iv. Aumentar significativamente os custos de entrada ou saída no mercado; e,
 - v. Criar uma barreira geográfica à aptidão das empresas para fornecerem bens ou serviços, mão-de-obra ou realizarem investimentos.
- **2º efeito – limitação da concorrência entre empresas, provável no caso da 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 da 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 da 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.

45. Para o processo de desestatização do Porto de Santos visualiza-se em tese riscos à concorrência no 1º efeito, subitens “iii”, “v”, bem como no 4º efeito, subitens “i” e ii. Tais riscos se relacionam ao fato de um porto usualmente ser um virtual monopolista para boa parte de sua Zona de Influência (hinterlândia) na prestação de serviços a cadeias logísticas para diferentes tipos de carga em que opera. Esse certamente parece ser o caso do Porto Organizado de Santos, como será abordado na subseção seguinte.

2.5 ASPECTOS CONCORRENCIAIS GERAIS DA DESESTATIZAÇÃO E CONCESSÃO ASSOCIADA

46. Uma questão preliminar quanto à questão concorrencial no referido processo é que existem duas vertentes a serem consideradas: (a) concorrência no leilão; (b) concorrência após o leilão. O desejável é que a concorrência possa ser a maior possível em ambas as vertentes. Ocorre que pode ser que exista um *tradeoff* entre ambas, na medida que sejam necessárias medidas para restringir os competidores que possam participar no leilão a fim de assegurar a maior concorrência durante a vigência do contrato.

47. Além disso, tendo em vista o caráter monopolista do Porto de Santos é

altamente indesejável que seja arrecadada uma Bonificação pela Outorga mais elevada a partir da possibilidade de exercício de poder de mercado. Essa possibilidade indesejável de exercício de poder de mercado poderia ocorrer, **seja diretamente** via a atuação da AP Concessionária, **seja indiretamente** a partir de um arranjo que permita exercício de poder de mercado pelos **Operadores Portuários (Terminais)**, que, por sua vez, repassariam receitas patrimoniais mais elevadas à Concessionária. Tal modelo significaria um Porto com preços mais elevados que terminariam por ser arcados pelos donos das cargas, o que em última instância implicaria preços mais elevados ao consumidor final, além de prejuízo à competitividade externa do País.

48. Tais aspectos potencialmente prejudiciais são exacerbados por duas questões. A primeira é que a Concessão envolve um prazo prolongado de 35 anos, prorrogável uma única vez por 5 anos. Assim, eventuais problemas concorrenciais resultantes de deficiências na modelagem adotada para a concessão se estenderão por um longo período. A segunda questão é que, conforme já apontado na Subseção 2.2, o Complexo Portuário de Santos tem um papel estratégico, respondendo historicamente por no mínimo 25 % de toda corrente comercial do comércio exterior do País, sendo um porto multipropósito que conta com terminais especializado em todos os principais tipos de carga. Assim, eventuais problemas concorrenciais no Porto de Santos podem ter impacto relevante em múltiplos setores da economia nacional.

49. Feitas essas considerações preliminares, é necessário apontar que existem dois aspectos concorrenciais básicos a serem considerados na operação do setor portuário: (a) a existência ou não de concorrência entre diferentes portos (**concorrência interporto**), bem como com outros modais de transporte; e (b) a concorrência no interior de um único porto entre diferentes operadores de serviços portuários, com destaque para os exploradores de equipamentos portuários, tais como terminais (**concorrência intraporto**)^[19].

50. Conforme apontado acima, o modelo adotado prevê a utilização do modelo "landlord privado" (*Private Landlord Port*), modelo híbrido entre o *Landlord Port* tradicional e o Porto Privado. Isto significa que a Concessionária só poderá explorar as atividades portuárias de forma indireta, ao ceder áreas para que terceiros possam explorar a prestação de serviços portuários (os operadores portuários) utilizando as respectivas instalações portuárias (tais como terminais portuários). Ressalte-se que apesar de ser vedada a participação de prestadores de serviços portuários no bloco de controle da AP Concessionária, conforme já apontado acima, foi permitida a sua participação minoritária, algo que já vai parcialmente de encontro ao objetivo de que AP seja um ente completamente independente sem conflitos de interesse que visse tão somente explorar o porto da forma mais eficaz, como será detalhado na Subseção 2.8.

51. Como será exposto a seguir, usualmente a concorrência interporto é muito limitada, em razão das características locais e/ou da vocação do Porto. Já a concorrência intraporto pode ser intensa, em cenários de competição entre os prestadores de serviço. Assim, supondo limitada concorrência interporto, **um modelo ideal do ponto de vista concorrencial para o setor portuário é aquele que assegura uma concorrência intraporto intensa, limitando-se a necessidade de regulação mais intrusiva, tal como regulação de preço, aos casos em que não seja possível a solução concorrencial.** Nesse último caso, a regulação mais intrusiva pode ser restrita, por exemplo, às situações em que os serviços são prestados em regime de monopólio por ser a solução de menor custo (monopólio natural) ou porque se refere a atividades próprias da Autoridade Portuária, que deve ser única.

52. Inicialmente, cumpre apontar que segundo a literatura dos organismos multilaterais^[20] o usual é que, dadas as características das cargas e dos destinos de expedição, a concorrência de outros modais de transporte tenda a ser muito limitada no caso do setor portuário. Assim, salvo casos específicos, deve ser desconsiderada essa modalidade de concorrência, já que o tipo de modal envolve questões ligadas a características do tipo de produto, em particular a relação entre o valor agregado do produto e seu peso e destino, geralmente associados a fluxos de exportação e importação. Dadas as atividades do Porto de Santos serem voltadas essencialmente para o comércio internacional, a concorrência de outros modais, tais como o aéreo, não deve ser considerada como efetiva para o tipo de carga que utiliza o transporte marítimo.

53. Quanto à concorrência interporto, segundo a literatura dos organismos multilaterais^[21] a efetividade da mesma depende de diversos fatores, tais como distância, tipo de mercadoria envolvida e a existência de infraestrutura logística adequada que conecte a localidade a mais de um porto, entre outros fatores. Assim, pode ser que exista concorrência interporto efetiva para determinada localidade específica para determinado tipo de carga (por exemplo, granelis sólidos minerais) que conte com infraestrutura logística interconectada a outro porto com distância comparável e capacidade de atendimento semelhante. **Porém, a regra geral é que**

um porto detém alto poder de mercado em boa parte da sua Zona de Influência (hinterlândia), atuando como virtual monopolista para os diferentes tipos de carga em que atua. Por esse mesmo motivo, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, conforme exposto em estudo^[22] elaborado pelo seu Departamento de Estudos Econômicos, tem considerado que **a suposição de concorrência interporto efetiva deve ser tomada com cautela**, sendo usualmente a exceção e não a regra.

54. Tal entendimento de considerar a concorrência interporto apenas em casos excepcionais, foi reforçado pela maioria do Conselheiros do atual Tribunal Administrativo do CADE recentemente^[23], em que em votação acerca de consulta acerca de minuta do “Guia para Análise de Impacto Concorrencial de Novas Outorgas de Terminais Portuários”, elaborado pela Secretaria Nacional de Portos e Transportes Aquaviários – SNPTA. Naquela ocasião, quatro Conselheiros se manifestaram favoravelmente às considerações do Voto da Relatora **no mérito** acerca da jurisprudência do CADE aplicável ao setor portuário, não obstante o Voto vencedor ter sido por não conhecer do pleito em vista de questões processuais acerca da legitimidade dos representantes em realizar a consulta^[24] (grifos nossos):

174. Ante o exposto, voto pelo conhecimento da Consulta e, no mérito, responde-se aos questionamentos formulados com a indicação dos seguintes entendimentos consolidados pelo CADE na aplicação da legislação concorrencial em controle de estruturas:

(...)

ii) **a definição do mercado relevante na dimensão geográfica adota, como regra, a perspectiva de competição intraporto**, delimitando o escopo geográfico do mercado ao porto envolvido na operação. **A ampliação da dimensão geográfica** para nível estadual, em uma perspectiva de competição interporto, **é possível**, embora sua adoção ainda **seja excepcional e sempre fundamentada** em análise de evidências e particularidades do caso concreto;

55. Então, deve-se partir da premissa que o Porto de Santos detém um virtual monopólio na prestação de serviços aplicáveis à cadeia logística de diversos tipos de produtos na sua Zona de Influência (hinterlândia). Exceção pode ser feita a essa afirmação apenas para aquelas localidades na sua Zona de Influência que dispõem da possibilidade de atendimento por outro porto para determinado tipo de carga, com custos e condições comparáveis, bem como capacidade instalada para atender eventual deslocamento de demanda de Santos, algo que, segundo o entendimento atual do Tribunal Administrativo do CADE necessitaria de cuidadosa demonstração. Ressalte-se ainda que, dada a relevância do Porto de Santos e seu supracitado papel estratégico no comércio exterior nacional, este cuidado com a condição de virtual monopolista usual de um porto na sua Zona de Influência deve ser redobrado, já que um eventual abuso por posição dominante pode ter efeitos bastante deletérios em algumas das principais cadeias logísticas do País.

56. De fato, conforme apontado no documento disponibilizado para a Consulta “Sumário Executivo: Estudo de Mercado – MDE035_BNDES”, o Porto de Santos **possui elevado poder de mercado** na quase totalidade de sua Zona de Influência **em todos os tipos de carga em que atua**. Isso porque em exercício apresentado nas páginas 78-87 do documento se realiza uma simulação para avaliar o efeito teórico de **uma elevação de preços da ordem de 100%**. Ressalte-se mesmo tal elevação não deslocou na simulação a maior parte da atual demanda do Porto independentemente do tipo de carga considerada (grifos nossos, p. 79):

Com as representações gráficas, fica claro a concentração logística que o Porto de Santos hoje detém. Mesmo com **a duplicação do custo portuário apenas uma parcela ínfima dos municípios em estudo deixa de compor a região de influência**, denotando um poderio concentrador de mercado para o Complexo. Em uma análise mercadológica a disparidade de preços entre a solução ótima e a segunda melhor opção, **mostra uma baixa ameaça de substituição para outros canais logísticos**.

57. Frise-se ainda que o critério adotado na simulação é muito mais rígido que o critério utilizado pelo CADE^[25] para definição de mercado relevante onde pode ocorrer abuso de poder de mercado, o “Teste do Monopolista Hipotético”. Este que prevê apenas que um monopolista hipotético no mercado relevante considerado fosse capaz de “realizar uma elevação de preços reduzida, porém significativa e não transitória”, elevação esta conhecida pela sigla em inglês SSNIP^[26]. Como demonstra a simulação, o poder de mercado do Porto de Santos é bastante elevado já que em muito supera o requerido pelo Teste do Monopolista Hipotético.

58. Assim, torna-se necessário que preveja a devida regulação para evitar um possível abuso dessa clara posição dominante do Porto de Santos na sua Zona de Influência em todas as cargas em que o porto atua. No caso do *landlord* privado, esta posição de quase monopolista inicialmente se refere à Autoridade Portuária Concessionária, que é responsável pela infraestrutura do porto, que tem características de monopólio natural, e tem outras atribuições relativas aos serviços portuários, para as quais deve ser remunerada por meio de tarifa, existindo outras receitas de natureza não tarifária. Ressalte-se que mesmo os Terminais de Uso Privado – TUPs que operam no Complexo Portuário do Porto de Santos^[27], mesmo não fazendo parte do Porto organizado, são clientes de determinados serviços prestados pela Autoridade Portuária e devem pagar as tarifas correspondentes. Assim, mesmo nas hipóteses em que existe concorrência desses TUPs com terminais atuando no porto público, não se retira por completo esse poder de monopólio da Autoridade Portuária.

2.6 REGULAÇÃO DE RECEITAS DA AUTORIDADE PORTUÁRIA CONCESSIONÁRIA

59. No tocante à questão de como regular as receitas da Concessionária, cabe preliminarmente a observação de que em cadeias verticalmente integradas envolvendo setores de infraestrutura é comum que existam elos que são prestados de forma monopolista e outros de forma competitiva. No caso dos elos da cadeia produtiva com características de monopólio, há motivação econômica para regulação mais intrusiva, tal como regulação de preço e garantias de livre acesso de terceiros, enquanto no caso dos elos potencialmente competitivos, a dinâmica de mercado tende a dispensar mecanismos regulatórios de incentivo à eficiência^[28].

60. No caso da concessão associada à desestatização da SPA, a regulação da condição monopolista se dá pela divisão de duas grandes categorias de receitas da Concessionária: a) receitas tarifárias; e b) receitas não tarifárias. A princípio, apenas nas receitas tarifárias existiriam casos nas quais exista ou possa existir poder de mercado por parte da Autoridade Portuária. Já as receitas não tarifárias a princípio seriam aquelas para os serviços nas quais a Autoridade Portuária não possui poder de mercado e são fornecidas em ambiente plenamente concorrencial ou se referem a receitas patrimoniais referentes à exploração de áreas do porto, que são escassas e que, portanto, devem ter alocadas a partir de algum critério de preço que reflita essa escassez, bem como receitas acessórias de baixo impacto.

61. No contrato de concessão vinculado à desestatização da SPA, as receitas tarifárias estão sujeitas à regulação e se referem à remuneração pela *prestação de serviços* pela Autoridade Portuária *previamente* definidos *no contrato de concessão* ou sujeitas a um processo especial de *criação posterior sujeito à aprovação da ANTAQ* (a Proposta Apoiada), estando tais tarifas, compostas de 3 grupos tarifários, sujeitas a uma regulação *ex ante* do tipo tarifa teto (*price cap*) com teto de receita (*revenue cap*). Já as receitas não tarifárias são de livre negociação e são aquelas relacionadas à exploração das áreas do porto, sejam operacionais ou não, afeitas às operações portuárias (receitas patrimoniais), bem como pela remuneração de serviços não abarcados pelas tarifas, que seriam acessórios e de livre negociação.

62. No caso da concessão associada à desestatização da SPA, são definidos 3 grupos tarifários associadas à disponibilização da infraestrutura e outros serviços prestados pela Autoridade Portuária e que são cobrados dos usuários do porto (Anexo 3 do Contrato de Concessão – Tarifas e Preços):

2.1.3. A **Concessionária** será remunerada por meio dos seguintes **Grupos Tarifários**:

2.1.3.1. **Grupo 1 - Tarifas de Infraestrutura de Acesso Aquaviário;**

2.1.3.2. **Grupo 2 - Tarifas de Instalações de Acostagem; e**

2.1.3.3. **Grupo 3 - Tarifas de Infraestrutura Operacional ou Terrestre;**

63. No caso da Concessão em comento, todas as receitas de serviços portuários cobrados por tarifa, ou seja, não incluídos os serviços acessórios e as receitas patrimoniais que serão comentadas abaixo, utilizam de metodologia **de tarifa teto média com limite dispersão** (*price cap*), acrescida de um teto de receita (*revenue cap*). De fato, por não existir concorrência interporto relevante para grande parte da Zona de Influência do Porto de Santos, não existindo portos com distância e infraestrutura comparável que possam trazer concorrência, isso significa que o Porto como um todo detém elevado poder de mercado. Assim, a utilização do *price cap* e *revenue cap* se faz necessário para que a Autoridade Portuária, que é monopolista na prestação de tais serviços tarifários. No entanto, apesar do modelo como um todo se

mostrar favorável, o limite de dispersão tarifária parece bastante amplo, algo que tem potencial de acarretar problemas concorrenciais, como será exposto a seguir.

64. O objetivo do regime de tarifa teto média com dispersão tarifária é de simultaneamente impedir a exploração de poder de mercado da AP na sua condição de monopolista e trazer flexibilidade tarifária, tanto para cobrar preços mais elevados ou mais reduzidos do que o da tarifa teto média. De acordo com a minuta de Contrato a AP Concessionária tem a possibilidade de praticar preços diferenciados (grifos nossos):

2.5. A Concessionária **poderá praticar Tarifas Portuárias distintas** entre Usuários e **promover a Segmentação de Mercados atendidos**, desde que o faça **baseado em critérios objetivos isonômicos** de contratação, tais como prazo, volume, sazonalidade, infraestrutura utilizada, recorrência na contratação dos serviços, características das Cargas e condições de pagamento.

2.6. A permissão para discriminação devidamente justificada das Tarifas Portuárias, prevista no item 2.5, **não exime a Concessionária de observância da Tarifa Teto Média e Limite de Dispersão Tarifária**, no caso das tarifas apontadas no item 2.2.

65. Assim, a média tarifária tem um teto, mas é possível adotar tarifas que sejam um múltiplo ou fração da tarifa teto média a partir de fórmula definida no Apêndice B do Anexo 3 do Contrato de Concessão (grifos nossos):

LIMITE DE DISPERSÃO TARIFÁRIA

Respeitadas as demais obrigações estabelecidas no Contrato de Concessão, a Concessionária poderá praticar as Tarifas de Infraestrutura de Acesso Aquaviário, Tarifas de Instalações de Acostagem e Tarifas de Infraestrutura Operacional ou Terrestre, previstas no item 2.1.3 conforme seu interesse comercial, **desde que os valores exigidos dos Usuários respeitem limites superiores e inferiores** seguindo os parâmetros de cobrança delimitados no item 3.5 (TpB, LOA x Horas Atracadas, ou t), obtidos partir da fórmula a seguir:

$$(\mu_a - 2,6 \times \sigma_a) < X_{i,a} < \mu_a + 2,6 \times (\sigma_a)$$

Onde:

- a: Exercício em que o Limite de Dispersão Tarifária está sendo apurado;
- μ_a : Média populacional dos quocientes (i) da Tarifa efetivamente praticada para os Usuários a cada serviço no ano t e (ii) da Receita por Carga Movimentada Ajustada - RCAa no ano a;
- σ_a : Desvio padrão populacional dos quocientes (i) da Tarifa efetivamente praticada para os Usuários a cada serviço e (ii) da Receita por Carga Movimentada Ajustada - RCAa no ano a; e
- $X_{i,a}$: Cada um dos quocientes (i) da Tarifa efetivamente praticada para o Usuário "i" nos serviços prestados no ano a, e (ii) da Receita por Carga Movimentada Ajustada no ano a.

66. A princípio, poderia preocupar que a dispersão tarifária esteja excessiva, levando a algum comportamento oportunista, afinal considera-se um intervalo de confiança acima de 99% supondo uma distribuição normal com a tarifa teto média no centro (o valor de 2,6 multiplicando o desvio padrão, que seria um arredondamento de 2,58 que é o valor para um intervalo de confiança de 99%). Para efeito de comparação os limites de dispersão adotados na documentação disponibilizada para consulta Pública tanto no processo de Concessão associado à desestatização da CODESA^[29] quanto do Porto de São Sebastião^[30] foi de + ou - 1,96 vezes o desvio padrão (intervalo de confiança a 95%), isto é, seria possível aplicar tarifas até 60% mais elevadas ou baixas em relação à média que naquele processo.

67. Ocorre que o mecanismo de teto de receita (*revenue cap*) adotado associado à tarifa teto média parece mitigar por completo qualquer risco de comportamento oportunista do concessionário, inclusive punindo-o por adotar precificação que causem a sua receita por unidade de serviço a ficar acima da tarifa teto médio. Conforme previsto no Apêndice A do Anexo 3 do Contrato de Concessão, a tarifa a ser utilizada em cada grupo como referência para construção de sua estrutura é a Tarifa Ajustada^[31]. Esta tarifa leva em conta se receita do concessionário dividida pela respectiva unidade de prestação de serviço de fato está aderente à Tarifa Teto Média a partir da seguinte fórmula:

A metodologia de cálculo para a **Tarifa Ajustada** é definida pela fórmula a seguir:

$$TA_{j,a} = \frac{RR_a - [FA_{a,1} \times (1 + TA_{a,1} \times TD) \times \text{Fator Y}]}{UCA}$$

Onde:

- TA_j : em Reais/tpB, Reais/LOA x Horas Atracadas ou Reais/t ajustada no ano a. No ano inicial TA_j será RR_i/UC_i ;
- RR_a . Receita Regulada da Tarifa, em Reais, efetivamente auferida pela Concessionária no ano a;
- FA_a . Fator de Ajuste, em Reais, referente ao desvio ocorrido entre a Tarifa Ajustada e a Tarifa Teto Média no ano anterior;

$$FA_a = (TTM_a - TA_j) \times UC_a$$

- TA_a . Taxa de Atualização no ano a, que corresponde à taxa pela qual será atualizado o Fator de Ajuste. Caso a TA_j seja inferior ou igual à Tarifa Teto Média estabelecida para o mesmo ano, a Taxa de Atualização será nula. Caso contrário, a Taxa de Atualização será calculada da seguinte forma:

Tabela 4: Definição da Taxa de Atualização

TA_a	Diferença percentual TA_j e TTM (5 primeiros anos)	Diferença percentual TA_j e TTM (a partir do 6º ano)
1,0	Até 5%	Até 3,5%
1,5	Mais que 5% até 10%	Mais que 3,5% até 7%
2,0	Mais que 10%	Mais que 7%

- **TD**: Taxa de Desconto do **Fluxo de Caixa Marginal**, conforme definição do **Contrato de Concessão**;
- **UC_a**: **Unidade de Cobrança**, em **tpB**, **LOA** x **Horas Atracadas** ou **Tonelada** no ano a;

68. O que ocorre é que, conforme a fórmula acima, se a Concessionária pratica preços que levem a uma receita média por unidade acima da Tarifa Teto Média, ocorre desconto da Tarifa Ajustada no ano seguinte. Não só ocorre este ajuste para qualquer valor acima da Tarifa Teto Média, mas se o desvio for acima de 5% nos 5 primeiros anos e de 3,5% nos anos seguintes, existe um ajuste punitivo, com desconto ainda maior na Tarifa Ajustada, ocorrendo uma punição ainda maior para desvios acima de 10% nos 5 primeiros anos de 7% nos anos seguintes, conforme a Taxa de Atualização Definida na Tabela 4 apresentada acima.

69. Assim, parece bastante reduzida a possibilidade de práticas oportunistas pela Concessionária ao se valer um limite de dispersão elevado para praticar altas tarifas. Não só o teto de receita não permite tal desvio na precificação, como ainda pune a concessionária caso esta pratique preços substancialmente acima do previsto pela tarifa teto média.

70. Quanto às tarifas, outra preocupação é que a utilização do critério único de julgamento como maior Bonificação de Outorga termine por representar tarifas muito elevadas, prejudicando a modicidade tarifária. Lembre-se que, conforme apontado na Subseção 2.2 além do aporte R\$ 2,988 bilhões na SPE para construção do túnel entre Guarujá e Santos, preveem-se diversos outros pagamentos a serem realizados, tais como outorga fixa anual, outorga variável de 2,5% do faturamento, bem como valores a serem depositados nas Contas Vinculadas, de R\$ 200 milhões iniciais e de 2,5% do faturamento anual. Logicamente tais valores devem ser custeados pelas tarifas, o que significa que serão mais elevadas do que se não ocorressem tais despesas. Tendo em vista que não foi calculado ainda o Valor Econômico da Transação, a qual estabelecerá o valor mínimo da Bonificação de Outorga que é o critério de julgamento do leilão, não é possível saber qual será a ordem de grandeza de tal valor que também deve ser custeado pelas tarifas.

71. Por outro lado, tais despesas, concentradas no início da Concessão tem a vantagem de comprometer a Concessionária com os investimentos obrigatórios, já que representam elevado custo afundado. Isso evita comportamento oportunista, particularmente a situação de não realização de investimentos e até abandono do Contrato no início de sua execução. Tal tipo de situação é o que se verifica no setor de Petróleo^[32], em que se existe elevado risco exploratório e/ou comercial torna-se necessário que exista um custo afundado relevante, para que ocorra comprometimento com a concessão e se evite comportamento oportunista, o que induz a utilizar o critério de maior bônus de assinatura para julgamento. Por outro lado, se existe baixo risco exploratório um critério de julgamento de maior participação governamental (royalties e/ou Participação Especial) seria mais indicada para maximizar o *government take*. Logicamente, podem ser combinadas os dois critérios ou estabelecer um bônus de assinatura fixo elevado e utilizar o critério de maior participação governamental. Porém, como mesmo sem o Valor da Bonificação pela Outorga já existem custos afundados expressivos na partida do contrato, como apontado acima, parece possível que seja adotada um critério de menor tarifa de forma conjunta.

72. Assim, sugere-se avaliar alteração quanto ao critério de julgamento da

melhor proposta, que se limita ao maior valor de Bonificação pela Outorga. Particularmente, sugere-se incluir o critério de menor tarifa, previsto no art. 6º da Lei nº 12.815, de 2013, para que a melhor proposta permita também redução de custos na prestação de serviços aos usuários. Com isso, o usuário do porto, além do Tesouro, apropriar-se-ia de parte do ganho de eficiência a ser propiciado pelo vencedor do certame. Em vista da importância dessa redução de custos para o usuário do porto e para a competitividade da economia, caso não se considere o critério de menor tarifa no julgamento da melhor proposta, mister esclarecer razões de não se efetivar tal inclusão. **(CONTRIBUIÇÃO 1).**

73. Quanto às mudanças nos valores da tarifa teto média, existem 4 possibilidades de mudança de seu valor: (a) Reajuste; (b) Revisão dos Parâmetros da Concessão; (c) Proposta Apoiada; e (d) Revisão Extraordinária;

74. Quanta ao “(a) Reajuste”, este constitui conceitualmente em uma alteração anual, tendo como base algum índice inflacionário e outros ajustes à tarifa. No caso em tela temos uma fórmula de reajuste que considera quatro fatores de reajuste: i) Fator X: a ser subtraído das tarifas, capta o crescimento da produtividade; ii) fator Q: pode ser subtraído da tarifa, caso não sejam atendidos padrões de qualidade; iii) fator D: pode ser deduzido da tarifa, caso não seja atendido o cronograma pactuado para os Investimentos Obrigatórios; e iv) fator Y: corrige as tarifas utilizando uma composição variável de índices inflacionários.

75. Quanto a “(b) Revisão dos Parâmetros da Concessão”, o Contrato prevê:

24. Revisão dos Parâmetros da Concessão

24.1. Os Parâmetros da Concessão serão revistos a cada período de 5 (cinco) anos contados da Data de Eficácia, observado o disposto nesta Cláusula.

24.2. A Revisão dos Parâmetros da Concessão tem como objetivo permitir a determinação:

24.2.1. dos Indicadores de Desempenho;

24.2.2. da taxa de desconto do Fluxo de Caixa Marginal a ser utilizada para efeitos de Revisão

24.2.3. da metodologia de cálculo dos Fatores Q;

24.2.4. da metodologia de cálculo do Fator Y;

24.2.5. da metodologia de cálculo do Fator D; e

24.2.6. da metodologia de cálculo dos Fatores X;

24.3. A ANTAQ poderá atualizar os parâmetros estabelecidos no Anexo 1 – Plano de Exploração Portuária durante o processo de Revisão dos Parâmetros da Concessão, respeitada a alocação de riscos prevista neste Contrato de Concessão.

24.4. Os procedimentos relativos às revisões dos Parâmetros da Concessão serão regulados pela ANTAQ.

76. Quanto a “(c) Proposta Apoiada”, trata-se de mecanismo inovador de flexibilização regulatória que permite alteração da tarifação existente relacionadas a melhorias no porto não previstas no Contrato de Concessão. Deve ser apoiada pelos usuários e/ou exploradores de instalação portuária e aprovada pela ANTAQ, podendo inclusive prever utilização de valores de contribuição fixa e variável depositados nas Contas Vinculadas.

77. Quanto a “(d) Revisão Extraordinária”, este constitui mecanismo que visa retornar o equilíbrio econômico financeiro compensando perdas e ganhos devidamente comprovados que possam ocorrer que afetem receitas e custos da Concessionária de forma relevante e que constam da matriz de riscos como não sendo de sua responsabilidade. Ressalte-se que o Contrato prevê que para pagamento de eventual ocorrência na matriz de risco atribuíveis ao Poder Concedente podem ser utilizados os valores depositados nas Contas Vinculadas, evitando oneração das tarifas aos usuários, o que é bastante elogiável, já que o Poder Concedente pode gerir melhor esse risco evitando o repasse aos donos das cargas e em última instância ao consumidor. Ressalte-se que mesmo nesse caso são de fato os usuários do porto que terminam por arcar com este custo (e finalmente o consumidor), mas em um contexto de manutenção do critério de julgamento de maior Bonificação pela Outorga, esta acabando sendo inferior na medida que são exigidos os depósitos de nas Contas Vinculadas e, portanto, pode ser feita a afirmação de que é o Poder Concedente que absorve este risco. No mínimo, sem maiores qualificações pode se dizer que o modelo

evita choques tarifários.

78. Apesar do modelo como um todo para mudanças tarifárias ser elogiável, **traz forte preocupação uma escolha regulatória que quebra padrão recente dos contratos de concessão não só do setor portuário, mas de outros setores como o de rodovias.** Trata-se da **utilização do IGP-M** como um dos índices utilizado no reajuste das tarifas (Fator Y utilizado no reajuste anual). De acordo com o Anexo 3 da minuta de Contrato de concessão:

d. Fator Y

Aplica-se anualmente ao reajuste de todos os **Grupos Tarifários** e reflete a correção monetária. O cálculo deste indicador será realizado conforme equação abaixo:

$$\text{Fator Y} = P_1 \times \text{IGPM} + P_2 \times \text{INCC} + P_3 \times \text{IPCA}$$

Onde:

IGPM: variação do **IGPM**, nos doze últimos meses, quando do momento da revisão tarifária;

INCC: variação do **INCC**, nos doze últimos meses, quando do momento da revisão tarifária;

IPCA: variação do **IPCA**, nos doze últimos meses, quando do momento da revisão tarifária;

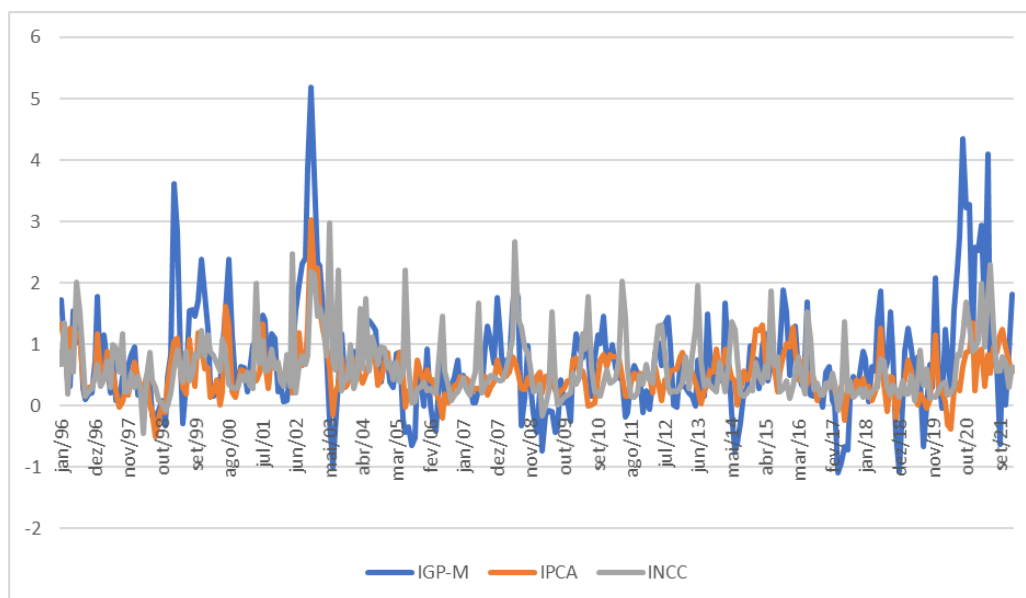
P1, P2 e P3: Conforme tabela abaixo

Tabela 3: Peso dos indexadores que compõem o Fator Y

Pesos dos Indexadores			
Ano da Revisão Tarifária	P ₁	P ₂	P ₃
2	32%	13%	55%
3	14%	70%	16%
4	22%	69%	9%
5	24%	48%	29%
6	48%	23%	29%
7	58%	15%	27%
8	58%	15%	27%
9	51%	14%	35%
10	51%	14%	35%
11	51%	14%	35%
12	56%	19%	26%
13 em diante	55%	13%	33%

79. Se a escolha utilização do INCC (Índice Nacional de Custo da Construção, calculado pela FGV) pode ser uma proteção ao concessionário na medida que reflita seus reais custos com obras referentes aos Investimentos Obrigatórios e tem uma volatilidade histórica ao menos comparável à do IPCA (apesar de superior), este não é o caso do IGP-M, cuja volatilidade histórica tem sido mais que o dobro da do IPCA e guarda relação mais próxima ao câmbio que os demais índices (algo que não necessariamente reflete seus reais custos):

Figura 6 – IGP-M x IPCA x INCC: valor mensal de jan/1996 a jan/2022



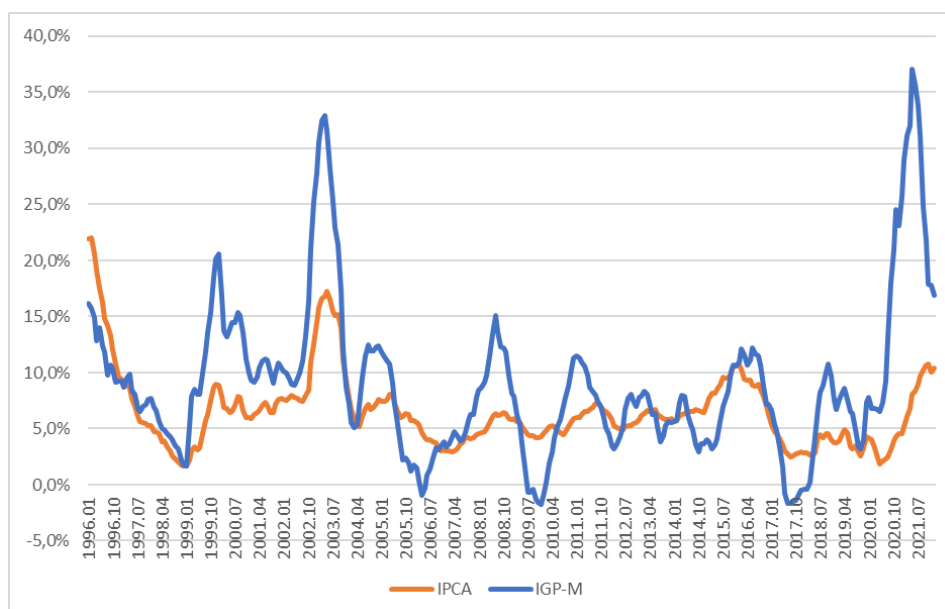
Fonte: Elaboração própria com dados do IBGE e FGV

Tabela 1 – Média Mensal e Volatilidade do IGP-M, IPCA e INCC

jan/1996 a jan/2022		
Índice	Média %	Desvio Padrão
IGP-M	0,71	0,88
IPCA	0,51	0,40
INCC	0,62	0,52

Fonte: Elaboração própria com dados do IBGE e FGV

Figura 7 – IGP-M x IPCA 12 meses – jan/1996 a jan/2022



Fonte: Elaboração própria com dados do IBGE e FGV

80. Tal escolha parece inadequada, na medida que tende a trazer maior volatilidade às tarifas, repassando um risco aos usuários do porto que poderia ser melhor suportado pela AP Concessionária ou pelo Poder Concedente (via Contas Vinculadas, conforme comentado nos parágrafos 28, 70 e 82). Preocupa que tal volatilidade tarifária termine por ser repassada aos donos das cargas, o que em última instância pode impactar o consumidor final, que tem poucas condições de administrar tais riscos.

81. Acrescente-se que, apesar de ser assunto que foge das competências

desta SEAE, a adoção ampla do IGP-M no passado nos mais diversos contratos de concessão elevou o *pass through* cambial, amplificando choques externos para os preços domésticos criando um problema macroeconômico. Desta forma, passou-se a adotar a utilização do IPCA como opção padrão nos contratos de concessão, algo que inclusive ocorreu nas duas outras concessões de Autoridade Portuária com processo já iniciado (Vitória/Barra do Riacho e São Sebastião – SP).

82. Assim, não fica claro qual o motivo de indexar as tarifas, mesmo que parcialmente, ao IGP-M (e mesmo a opção do INCC é questionável em virtude da maior volatilidade histórica desse índice em relação ao IPCA). Caso a opção seja a fim de atender eventuais concessionários que tenham financiamento em moeda estrangeira, esta não se mostra a melhor opção, já que inclusive pode trazer uma assimetria concorrencial, mesmo que parcial, em favor destes licitantes. Preferível seria utilizar algo similar ao “Mecanismo de Proteção Cambial”^[33] utilizado no setor de rodovias, que prevê utilização de recursos nas mesmas Contas Vinculadas que já existem no Contrato de Concessão do Porto de Santos (apesar de o Concessionário suportar ao menos parte do risco cambial no caso do setor de rodovias, o que parece defensável), evitando assim a maior volatilidade tarifária. Neste caso, trata-se de um mecanismo opcional, a ser solicitado pelo concessionário, não trazendo assimetria prévia entre licitantes.

83. Desta forma, sugere-se a retirada do IGP-M como índice de reajuste do Contrato (e possivelmente do INCC) em virtude de sua elevada volatilidade em contraste ao IPCA. Caso se entenda necessário algum mecanismo de redução de risco cambial para concessionários que obtenham financiamentos em moeda estrangeira, sugere-se adotar algo similar ao “Mecanismo de Proteção Cambial” do setor de rodovias, com lastro em recursos das Contas Vinculadas. **(CONTRIBUIÇÃO 2)**

84. Ressalte-se que, conforme definido no contrato de concessão da SPA, a Concessionária auferirá outras receitas, de natureza não tarifária e não sujeitas à regulação mais intrusiva. Primeiro, de forma pouco relevante, tais receitas incluem a exploração de áreas não afeitas às atividades portuárias, tais como para realização de eventos culturais na área do Porto Organizado e atividades acessórias. **Segundo, em um aspecto central do modelo *landlord* privado, tais receitas não tarifárias incluem a receita patrimonial oriunda da exploração de áreas operacionais**, isto é, a receita de contratos com exploradores de instalações portuárias, tais como terminais.

85. No caso de tais receitas não tarifárias patrimoniais relativas à alocação de espaços para instalações portuárias, sejam *brownfield* cujos contratos de arrendamento tenham vencido, sejam novas áreas *greenfield*, por existir um monopólio da Autoridade Portuária na alocação de áreas, em tese existe a possibilidade de abuso de posição dominante. Se existissem áreas disponíveis para todos os entrantes que desejassem atuar no porto, a questão seria solucionada de forma bastante simples, devendo a regulação apenas assegurar que a Autoridade Portuária deveria alocar áreas para todos aqueles que desejassem explorá-las, da mesma forma que ocorre com a atividade de operador portuário, que é de livre entrada.

86. Ocorre que, como é usual no caso de Portos Públicos, **as áreas do Porto de Santos são escassas, devendo idealmente ser alocadas por algum mecanismo de preço que vise assegurar que as empresas mais eficientes as ocupem**. Atualmente, tal mecanismo de preço que reflete a escassez já existe, na medida que as áreas do Porto disponíveis estão sujeitas a um processo competitivo aberto conduzido pelo Poder Concedente (as licitações de arrendamento) em que se utiliza o critério de julgamento de maior Bonificação de Outorga para selecionar o vencedor^[34]. No novo arranjo do modelo *landlord* privado no Porto de Santos, este mecanismo seria preservado na forma do preço cobrado pelo uso das áreas ser receita não-tarifária de livre negociação, bem como pela existência de mecanismos do Contrato que incentivam o uso intenso da área do Porto Organizado. Ocorre que, em ambos os casos, a premissa básica deve ser de que o preço para alocação (seja valor de outorga, seja a receita patrimonial da Autoridade Portuária Concessionária) reflita essa escassez de áreas e não a possibilidade de prática de preços elevados a partir do exercício do poder de mercado. Em outras palavras, tal mecanismo de alocação deve ter como **pressuposto a existência de concorrência intraporto efetiva** a fim de que o espaço escasso seja ocupado pela empresa mais eficiente e não por aquela que está em melhores condições de efetivar prática de abuso de posição dominante.

87. Assim, por exemplo, pode ser do interesse da Autoridade Portuária Concessionária alocar todo o espaço do porto disponível para determinado tipo de carga a uma única empresa que já detenha uma posição relevante no Porto. Neste caso, essa empresa se disporia a pagar um valor muito mais elevado para explorar a área voltada para determinado tipo de carga a fim de explorar sua condição de monopolista no Porto Organizado, eliminando a concorrência intraporto em um quadro de ausência de concorrência interporto relevante no caso de Santos.

88. A questão aqui então passa a ser que **a regulação deve estar**

estruturada de forma a evitar que a Autoridade Portuária Concessionária permita arranjos anticompetitivos para os quais possa se beneficiar indiretamente. No caso da alocação de áreas isso passa necessariamente **pela manutenção da concorrência intraporto**, por exemplo, evitando concentração horizontal e integração vertical que eleve posição dominante. Tal objetivo pode ser atingido em parte se valendo de mecanismos diretos que evitem a concentração excessiva, algo que será abordado no Subitem 2.7. Porém, também justifica considerar um mínimo de regulação prévia do próprio processo de alocação das áreas, de forma a evitar um eventual abuso dessa condição de monopolista da Autoridade Portuária visando favorecer determinada empresa ou grupo de empresas em detrimento de outros, em arranjo anticoncorrencial tácito ou não ou criando custos de transação desnecessários para explorar sua condição de monopolista ou ainda promovendo ociosidade de áreas de forma proposital. Frise-se que se a concorrência intraporto é assegurada, com tratamento não discriminatório entre potenciais interessados em explorar as áreas e impossibilidade de exercício de poder de mercado pelo vencedor, de fato a opção por tratar a receita patrimonial da Concessionária como não tarifária parece acertada.

89. No caso do Contrato de Concessão, existem cláusulas que demonstram alguma preocupação em relação ao exposto acima (grifos nossos):

14.2.4. Os contratos destinados à exploração de Instalações Portuárias serão livremente pactuados, observadas as seguintes condições mínimas:

(...)

14.2.4.7. A Concessionária **deverá estimular sempre que possível a competição intraporto**, devendo evitar que, por meio da celebração de contrato com Explorador de Instalação Portuária, surja concentração de mercado com potencial prejuízo à concorrência e aos usuários.

14.2.5. Sem prejuízo das competências do CADE, **caso a ANTAQ verifique a ocorrência de abuso de poder econômico ou competição imperfeita decorrentes de concentração de um dado mercado considerado relevante de mais de 40% sobre um mesmo Grupo Econômico**, o Poder Concedente **poderá determinar** à Concessionária que **promova oferta pública de novas áreas** destinadas à implantação de Instalações Portuárias a fim de diluir a concentração de mercado.

14.2.5.1. O Poder Concedente **poderá estabelecer diretrizes para a oferta pública de Instalações Portuárias** que deverão ser observadas pela Concessionária.

14.2.6. A ANTAQ **poderá monitorar os Preços praticados pela Concessionária** e observar as práticas de mercado, ficando a seu critério a comparação com preços praticados em outros portos no Brasil e no exterior, bem como a análise dos custos relativos à utilização das Instalações Portuárias.

14.2.7. Em caso de descumprimento do disposto nesta Cláusula ou de verificação de abuso de poder de mercado, a ANTAQ **poderá, a qualquer tempo, estabelecer a regulação dos Preços relativos à utilização das Instalações Portuárias, incluindo receita máxima ou outro método a ser estabelecido em regulamentação específica**, sendo que a Concessionária não fará jus ao reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão.

14.2.8. A Concessionária deve envidar os melhores esforços para explorar de forma integral o Porto Organizado.

14.2.9. Os parâmetros de ocupação e utilização das Instalações Portuárias estão estabelecidos no Anexo 1 – Plano de Exploração Portuária e seu cumprimento será fiscalizado pela ANTAQ.

14.2.9.1. Caso o Indicador de Disponibilidade de Áreas Operacionais previsto no Anexo 1 – Plano de Exploração Portuária esteja abaixo do nível mínimo estabelecido, a ANTAQ poderá determinar que a Concessionária promova uma chamada pública de ofertas por terceiros interessados em explorar as Instalações Portuárias que estejam ociosas.

90. Tais cláusulas são positivas, mas podem ser insuficientes para assegurar a concorrência intraporto, principalmente se ocorre elevada concentração nos terminais voltados a determinado tipo de carga, algo que será abordado no Subitem 2.7. Além

disso, é importante que o processo de alocação de áreas ocorra de forma estruturada e transparente para evitar o uso de práticas que ocultem comportamento anticompetitivo ou que criem custos de transação desnecessários por parte da Concessionária.

91. Lembre-se que o modelo *landlord* privado é um modelo híbrido em relação aos modelos tradicionais de administração portuária e ainda pouco aplicado mundo afora, tendo como destaque o caso da Austrália. Registre-se que no caso australiano do Porto de Melbourne o regulador do governo estadual de Victoria concluiu em Relatório^[35] que a Autoridade Portuária Concessionária cometeu abuso de posição dominante nos contratos de alocação de espaços no porto, o que corrobora a preocupação com potenciais abusos no processo de alocação de áreas do Porto de Santos e a necessidade de proposição de ferramentas regulatórias. Registre-se que nesse caso do Porto de Melbourne o abuso ocorreu não só pelos preços praticados, já que existia requerimento regulatório de praticar preços moderados^[36], mas também pela adoção de práticas pouco transparentes e arbitrárias na alocação das áreas, que representam custos de transação relevantes^[37] (grifos nossos):

92. No caso do Porto de Melbourne, a fim de sanar tais problema de abuso de posição dominante, o regulador estadual de Victoria considerou no relatório supracitado diversas alternativas e de mais fácil ou difícil implementação. Essas incluíam desde opções mais simples e pouco intrusivas, como maior divulgação de informações, até opções de regulação direta da receita e dos preços cobrados pela concessionária (*revenue cap* e *price cap*). Não obstante tais possibilidades mais intrusivas, a recomendação que se julgou mais adequada no Relatório^[38] foi criar um processo estruturado de negociação sujeito a mediação posterior (“negotiate-arbitrate framework”), incluindo um Código de Conduta (grifos nossos)^[39]:

An effective negotiate-arbitrate framework would reduce the Port of Melbourne’s ability to exploit power by:

- setting out processes to be followed, as much as practicable, during negotiations with tenants over new leases and at market rent reviews, thereby helping to define expectations, responsibilities and rules of conduct
- mandating a freer flow of information that would assist negotiation and narrow differences between the parties on appropriate valuation of land and other non-price terms, and
- requiring **the development and introduction of a mandatory code of conduct for leasing practices and enabling access to independent arbitration** on the price and non-price terms of new leases with existing tenants, price terms in market rent reviews, and process issues arising in either new lease negotiations or market rent reviews.

93. Ressalte-se que, a princípio, a questão de abuso de preços no caso do Porto de Santos não seria totalmente pertinente, já que se opta por tratar tal receita patrimonial como não tarifária e de livre negociação, sem as mesmas cláusulas restritivas aplicadas às receitas tarifárias, aparentemente de forma a que esse preço seja o mecanismo que reflita a escassez da área no Porto. Nesse caso, o comportamento abusivo de preços ocorreria a partir de tratamento discriminatório que aponta para arranjos não competitivos ou introdução de custos de transação desnecessários. Para lidar com tais questões, o Contrato prevê diversos mecanismos, com destaque a um Código de Conduta que deve ser aprovado pela ANTAQ, com requisitos mínimos estabelecidos no Anexo 15 do Contrato de Concessão:

14. Exploração de Instalações Portuárias e de Áreas Não Afetas às Operações Portuárias

(...)

14.2.2. As negociações com quaisquer Exploradores de Instalação Portuária destinadas à celebração de contratos para exploração de Instalações Portuárias deverão, obrigatoriamente, atender às regras previstas no Código de Conduta da Concessionária que será elaborado de acordo com as diretrizes mínimas estabelecidas no Anexo 14 – Diretrizes para Elaboração de Código de Conduta.

14.2.3. A Concessionária deverá publicar periodicamente em seu sítio eletrônico, com acesso irrestrito a todos, informações técnicas e financeiras sobre as Instalações Portuárias disponíveis para exploração.

(...)

14.2.4.3. A remuneração da Concessionária deve ser definida em função de critérios objetivos e não discriminatórios, tais como nível de serviço, disponibilidade de facilidades e previsão de investimentos,

dentre outros economicamente relevantes;

94. Tais mecanismos parecem adequados para evitar abusos na alocação das áreas e cobrança respectiva de receitas patrimoniais pela Concessionária a fim de evitar os problemas do caso australiano. Ressalte-se que tais mecanismos não constavam da documentação levada à Audiência Pública pela ANTAQ no processo da CODESA, primeiro e até agora único porto a ser licitado no modelo *landlord* privado, assim, é positivo que a ANTAQ tenha adotado tal aperfeiçoamento ao modelo.

2.7 ASPECTOS CONCORRENCIAIS RELATIVOS À SOBREPOSIÇÃO HORIZONTAL E INTEGRAÇÃO VERTICAL DE EXPLORADORES DE INSTALAÇÕES PORTUÁRIAS (TERMINAIS)

95. Quanto à concorrência intraporto, preliminarmente cumpre esclarecer que esta se dá entre os diferentes operadores portuários, particularmente para aqueles que exploram instalações portuárias, tais como terminais. A condição de atuar como operador portuário é de livre entrada a qualquer interessado, porém sujeita a um processo de pré-qualificação pela Autoridade Portuária a partir de um processo normatizado^[40], que envolve questões como qualificação técnica e regularidade fiscal e jurídica. Assim, supondo que o processo de pré-qualificação não seja demasiadamente oneroso e permita de fato a livre entrada no processo licitatório comentado, é possível escolher o agente mais eficiente para ser operador portuário, o qual pode estar sujeito também à concorrência intraporto com outros operadores.

96. Para os exploradores de instalações portuárias, tais como terminais, a concorrência se dá por tipo de carga envolvida, já que para cada tipo de carga existe uma infraestrutura específica, tais como contêineres, granéis sólidos, granéis líquidos, carga geral ou passageiros. Ressalte-se que mesmo tal tipo de classificação pode ser ampla demais, devendo, por vezes, diferentes tipos de produto serem considerados em separado. Combustíveis, por exemplo, são classificados como granéis líquidos, mas necessitam de equipamentos específicos para sua movimentação e armazenagem que justificam serem considerados em separado para fins de definição de mercado relevante na dimensão produto.

97. Sobre o aspecto da concorrência intraporto é necessário ainda avaliar **tanto questões de sobreposição horizontal, quanto de integração vertical**. A primeira situação ocorre com a redução/concentração de agentes competindo na prestação de serviços portuários vinculados à exploração de instalações portuárias relativos a certo tipo de carga. Já no caso da integração vertical, trata-se da situação em que instalações portuárias passem a ser exploradas por empresas que atuam em outros elos da cadeia logística a montante (por exemplo, operadores logísticos terrestres, tais como no modal ferroviário) ou a jusante (por exemplo, armadores/transportadores), o que também pode trazer riscos concorrenciais significativos.

98. Cabe registrar que no modelo atual, consoante ao previsto pela Lei nº 12.815, de 2013, a critério do Poder Concedente, as áreas do Porto Público podem ser objeto de licitação para contrato de arrendamento de área vinculada à exploração de instalações portuárias, tais como terminais. Nesses processos, consoante ao disposto no supracitado art. 3º, incisos V e VI, daquele diploma legal, devem ser considerados critérios concorrenciais, algo que tem sido objeto de recomendações desta SEAE, e não estruturar o processo apenas a fim de obter a maior bonificação de outorga nos processos licitatórios para exploração de determinada área dos portos públicos. De forma exemplificativa, menciona-se recomendação desta SEAE, por meio da Nota Técnica nº 12972/2021/SEI, referente à licitação para arrendamento de terminais de granéis líquidos no Porto Organizado de Maceió/AL, em que se sugeriu a vedação preliminar (em 1ª rodada) de participação de agente que levasse à caracterização de posição dominante, conforme definição do supracitado art. 36, § 2º da Lei nº 12.529, de 2011, em terminais voltados para determinado tipo de carga. Na hipótese de inexistência de interessados na 1ª rodada do processo licitatório, seria permitida a participação dos mencionados agentes em uma 2ª rodada.

99. Ocorre que, com o modelo *landlord* privado, o Poder Concedente e a ANTAQ não serão mais responsáveis pela licitação dos terminais, que passarão a ser objeto de contratos de direito privado, conforme o art. 5º-A da Lei nº 12.815, de 2013. Assim, a Autoridade Portuária Concessionária firmará tais contratos a partir da sua estratégia de negócios, sendo os valores devidos pela alocação de espaços livremente pactuados, sujeitos a condições do Contrato de Concessão, e existindo apenas regulação das tarifas cobradas por determinados tipos de serviços, conforme apontado acima. Dessa forma, é possível que a Concessionária não tenha incentivos em promover a concorrência e permita elevada concentração em determinado tipo de

terminal ou de entes que detenham posição dominante em mercados a montante (tais como operadores logísticos de ferrovias que se vinculem ao porto) ou a jusante (como armadores/transportadores). **Tal permissão de concentração, seja horizontal, seja vertical, pode levar a práticas de abuso de posição dominante pelos exploradores de instalações portuárias e integrantes da cadeia logística a montante e a jusante.** Além disso, a elevada concentração horizontal e/ou integração vertical poderia viabilizar que a Concessionária **pratique preços mais elevados na alocação de espaços no porto (receitas patrimoniais, que não estão sujeitas à regulação de preço)**, que seriam mais facilmente repassados por usuários do porto que detém elevado poder de mercado.

100. Importante observar que, no caso de portos da Austrália que aplicam o modelo *landlord* privado, relatório para o segmento de contêineres da Comissão de Concorrência e Defesa do Consumidor do Governo Federal da Austrália^[41] aponta que ocorreu ao longo do tempo elevação substancial de preços cobrados junto aos operadores terrestres no porto pelos operadores de terminais. Segundo a Comissão, se inicialmente tais elevações não representaram aumento do custo logístico total, tendo em vista redução dos preços aplicáveis aos armadores, que possuem elevado poder de barganha, atualmente tem mais que compensado tal redução e elevado o custo logístico total^[42] (grifos nossos):

*"The ACCC's view is that it is understandable for stevedores to seek to recover some costs from landside transport operators given these operators benefit from the investment that the stevedores undertake in their facilities. However, the use of TACs means that stevedores are earning a growing proportion of their revenues **from customers that are limited in being able to respond to those charges, in contrast to the more directly competitive market in which stevedores provide services to shipping lines.** In this scenario, there is a risk that the stevedores will continue to increase their charges, and importers and exporters may pay even higher charges to receive or ship their goods. The ACCC notes that any regulation of such landside charges would be a matter for state and territory governments.*

Not only have charges increased each year, but higher landside revenues are now more than offsetting any fall in quayside revenues collected from shipping lines (see section 4.1 for further information)."

101. Apesar de também se relacionar a condições específicas a partir das estruturas de mercado envolvidas, algo que foge tratar em maiores detalhes por fugir ao escopo deste Parecer e foi analisado de forma profunda em outra manifestação desta SEAE acerca do caso do THC 2 (Terminal Handling Charge 2)^[43]. Tal exemplo ilustra a importância de buscar assegurar a concorrência intraporto para que nenhum operador de terminal possua elevado poder de mercado ante seus potenciais concorrentes. Isso porque, conforme apontado naquela análise anterior da SEAE, tal poder de mercado decorrente da concentração horizontal dos terminais pode vir a se somar a outro tipo de poder de mercado que os terminais podem criar diante dos donos da carga e seus prepostos, tais como terminais secos e transportadores terrestres, já que estes últimos não escolhem o terminal a ser utilizado, escolha esta que recai sobre os armadores. Isso significa que existe uma oportunidade para explorar poder de mercado caso os terminais possam imputar cobranças aos donos das cargas e seus prepostos. Uma eventual concentração de mercado nos terminais seja horizontal, seja vertical, permitiria outra oportunidade de explorar poder de mercado por esses agentes econômicos, reduzindo a concorrência interporto e resultando em preços mais altos aos donos das cargas e finalmente ao consumidor final.

102. É importante ressaltar que a assinatura de contrato privado entre a futura Concessionária e terceiros para exploração de infraestrutura portuária, tal como a operação de terminais, não parece passível de enquadramento como ato de concentração sujeito à aprovação do CADE nos termos do art. 90 da Lei nº 12.529, de 2011, a não ser que ocorresse na forma de venda de uma empresa ou envolvesse a criação de um contrato associativo, consórcio ou *joint venture*^[44]:

Art. 90. Para os efeitos do art. 88 desta Lei, realiza-se um ato de concentração quando:

I - 2 (duas) ou mais empresas anteriormente independentes se fundem;

II - 1 (uma) ou mais empresas adquirem, direta ou indiretamente, por compra ou permuta de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma, o controle ou partes de

uma ou outras empresas;

III - 1 (uma) ou mais empresas incorporam outra ou outras empresas;
ou

IV - 2 (duas) ou mais empresas celebram contrato associativo,
consórcio ou joint venture.

Parágrafo único. Não serão considerados atos de concentração, para os efeitos do disposto no art. 88 desta Lei, os descritos no inciso IV do **caput**, quando destinados às licitações promovidas pela administração pública direta e indireta e aos contratos delas decorrentes.

103. Nesse caso, se tal interpretação está correta, a atuação do CADE ocorre apenas *ex post*, na análise de eventual conduta anticoncorrencial posterior ao estabelecimento de posição dominante em determinado tipo de terminal. Isso torna a preocupação concorrencial mais saliente do que ocorreria caso existisse a necessidade de aprovação prévia do CADE.

104. Também cumpre apontar que em manifestação recente do CADE, já citada na Subseção 2.5 ao tratar especificamente da questão da existência de concorrência interporto, foi apontado pela maioria do Conselheiros qual seria a jurisprudência daquele Tribunal Administrativo acerca do setor portuário (grifos nossos) ^[451]:

174. Ante o exposto, voto pelo conhecimento da Consulta e, no mérito, responde-se aos questionamentos formulados **com a indicação dos seguintes entendimentos consolidados pelo CADE na aplicação da legislação concorrencial em controle de estruturas**:

i) na **definição do mercado relevante na dimensão produto**, a maioria dos casos acata a **segmentação entre as atividades de movimentação e armazenagem em mercados distintos**, havendo uma inclinação recente da jurisprudência em adotar a segmentação como melhor forma de apreender a dinâmica concorrencial. Não obstante, a análise do caso concreto determinará a forma de definição da dimensão produto, sendo certo que o estabelecimento de uma definição estanque, impermeável às especificidades da concentração examinada destoa das referências técnicas empregadas pelo CADE;

ii) a **definição do mercado relevante na dimensão geográfica** adota, como regra, a **perspectiva de competição intraporto**, delimitando o escopo geográfico do mercado ao porto envolvido na operação. A **ampliação da dimensão geográfica para nível estadual**, em uma perspectiva de **competição interporto**, é possível, embora sua adoção ainda seja excepcional e sempre fundamentada em análise de evidências e particularidades do caso concreto;

iii) o **parâmetro de presunção de poder de mercado** aplicado nas **concentrações horizontais** no setor de serviços portuários varia de **20% a 30%**, mas **sem jamais exceder esse último valor percentual** de participação de mercado;

iv) a **análise de rivalidade em sobreposições horizontais** no setor de serviços portuários **avalia variáveis distintas**, pertinentes às especificidades dos casos concretos, não sendo aconselhável **limitar a análise a apenas alguns fatores**;

v) sobre os **riscos de integrações verticais**, **não é correto** afirmar que há **apenas preocupações em relação ao fechamento do mercado**, sendo possível analisar também: (i) estratégias de **discriminação**; (ii) **acesso a informações** concorrencialmente sensíveis de competidores; e (iii) **venda casada**.

105. Ressalte-se que tais considerações se deram em relação a minuta de “Guia para Análise de Impacto Concorrencial de Novas Outorgas de Terminais Portuários”, elaborado pela Secretaria Nacional de Portos e Transportes Aquaviários – SNPTA. Se tais preocupações concorrenciais apontados pelo CADE são válidos para os processos licitatórios de contratos administrativo de arrendamento, **da mesma forma o são para disciplinar a relação privada entre AP Concessionária e Terminais na relação privada que substituirá os arrendamentos com o Poder Público, já que os efeitos sobre a concorrência serão os mesmos**. Além disso, ao contrário dos arrendamentos que podem ser aperfeiçoados com o passar do tempo, a disciplina relativa a essas novas relações privadas entre AP e exploradores de instalações portuárias (terminais) essencialmente se dão pelo Contrato de Concessão (apesar da ANTAQ contar com poderes regulatórios genéricos para conter abusos que sejam

verificados). Assim, é de suma importância que na transição para o modelo *landlord* privado tais questões sejam consideradas no Contrato de Concessão, **sob o risco de grave prejuízo à concorrência intraporto no Porto de Santos e necessidade de medidas posteriores de intervenção.**

106. Assim, a fim de resguardar a concorrência, é interessante que o Contrato de Concessão preveja determinadas condicionantes. Isso a fim de preservar aspectos do atual modelo em que são consideradas preocupações concorrenciais do Poder Concedente, ANTAQ e, no caso de instalações portuárias voltadas à movimentação de petróleo, gás natural, seus derivados e biocombustíveis, da Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Combustíveis – ANP^[46]. Com isso evitam-se problemas posteriores que serão objeto de punição pelo CADE por condutas anticoncorrenciais.

107. Conforme apontou-se mais acima, no Contrato existe um dispositivo relativo à sobreposição horizontal entre exploradores de instalações portuárias (terminais) que (grifos nossos):

14.2.4. Os contratos destinados à exploração de Instalações Portuárias serão livremente pactuados, observadas as seguintes condições mínimas:

(...)

14.2.4.7. A Concessionária **deverá estimular sempre que possível a competição intraporto**, devendo evitar que, por meio da celebração de contrato com Explorador de Instalação Portuária, surja concentração de mercado com potencial prejuízo à concorrência e aos usuários.

14.2.5. Sem prejuízo das competências do CADE, **caso a ANTAQ verifique a ocorrência de abuso de poder econômico ou competição imperfeita decorrentes de concentração de um dado mercado considerado relevante de mais de 40% sobre um mesmo Grupo Econômico**, o Poder Concedente **poderá determinar** à Concessionária que **promova oferta pública de novas áreas** destinadas à implantação de Instalações Portuárias a fim de diluir a concentração de mercado.

14.2.5.1. O Poder Concedente **poderá estabelecer diretrizes para a oferta pública de Instalações Portuárias** que deverão ser observadas pela Concessionária.

108. Não obstante tais dispositivos contratuais ao menos demonstrarem alguma preocupação com a questão da sobreposição horizontal, parecem ser **insuficientes para assegurar a concorrência, consoante ao posicionamento recente do CADE acerca de sua jurisprudência sobre o setor portuário**. Lembre-se que a concorrência intraporto é essencial para manter o caráter competitivo na prestação de serviços do Porto de Santos, já que este atua como virtual monopolista para muitos tipos de carga em boa parte da sua Zona de Influência.

109. Conforme apontado acima, um primeiro tipo de concentração que pode ser prejudicial à concorrência pode ser **quanto à sobreposição horizontal**, na medida em que alguma empresa venha a deter posição dominante relativa ao controle de instalações portuárias voltadas para determinado tipo de carga. Nesse caso, tal tipo de concentração horizontal pode levar a um abuso de posição dominante. **O critério utilizado, porém, é insuficiente e não devidamente justificado.**

110. Não só a presunção de posição dominante de 40% está muito superior àquela adotada pela jurisprudência do CADE (entre 20 e 30%, nunca acima), como não adota medidas de análise e restrição *ex ante*. Assim, contrariamente às práticas adotadas pelo CADE em atos de concentração, permite-se qualquer operação analisando a situação apenas posteriormente. Neste caso adota-se a possibilidade de determinar a disponibilização de nova área no tipo de carga considerado pela ANTAQ. Pergunta-se: (i) e se não existirem novas áreas disponíveis para o tipo de carga; e (ii) mesmo que existam áreas novas disponíveis, o que ocorre até que estas entrem em operação, o que pode ser um intervalo de tempo expressivo?

111. É sempre preferível adotar medidas preventivas que assegurem a competição do que a necessidade de atuação *ex post* em um ambiente de baixa concorrência e abuso de posição dominante. **Assim, a opção inicial por menor regulação em favor de maior liberdade contratual termina ao fim e ao cabo por exigir regulação muito mais intrusiva *ex post***, tal como atuação repressiva do CADE a condutas anticoncorrenciais ou determinações da ANTAQ. Além disso, tal tipo de intervenção *ex post* está muito mais sujeita a longos e custosos litígios administrativos e judiciais do que uma atuação *ex ante* preventiva.

112. Um outro ponto **é que necessário balizar previamente os mercados relevantes nas dimensões produto e geográfica**, a fim de trazer previsibilidade a

todos os envolvidos acerca da análise a ser empreendida pela ANTAQ. Se a determinação do mercado relevante é algo sempre particular a cada caso específico, é possível trazer balizamentos gerais para casos mais simples, sem maiores preocupações concorrenciais, e utilizar uma análise mais aprofundada pelas Agências apenas nos casos de maior preocupação concorrencial. Assim, o Contrato de Concessão deve estabelecer previamente que o caso geral de mercado relevante para analisar a concentração deve ser: (a) mercado relevante na dimensão produto tipos de carga previamente listados no Contrato; e (b) mercado relevante na dimensão geográfica limitada ao Porto de Santos (apenas concorrência intraporto).

113. Ressalte-se ainda que, se o atual estoque de contratos de arrendamento no Porto de Santos que para os diferentes tipos de carga apresenta concentração mais ou menos moderada^[47], condição que a princípio deve ser mantida no curto prazo com a transformação destes em contratos de direito privado, no médio a longo prazo, na medida que os contratos vençam, pode ocorrer elevada concentração horizontal com novas alocações. Tendo em vista o longo prazo da Concessão, um quadro competitivo inicial pode dar lugar a um quadro de elevada concentração e abuso de posição dominante no médio e longo prazo.

114. Um segundo tipo de concentração que pode ser prejudicial à concorrência é aquela que combina a **concentração horizontal com a integração vertical, sendo que na minuta de contrato não existe qualquer restrição quanto a tal aspecto no que tange ao terminais** (apenas na AP, como será apontada mais à frente). Em particular pode ser objeto de preocupação a integração vertical entre terminais e armadores e com ferrovias, integração vertical que já existe no Porto de Santos e pode ser incrementada após a concessão, com o agravante de que estes mercados são, respectivamente: altamente concentrados (armadores) e com características de monopólio natural (ferrovias).

115. De acordo com a OCDE^[48] em indústrias com elos da cadeia produtiva competitivos e não competitivos, agentes integrados verticalmente atuantes em elos com ambas as características têm condições de utilizar de seu poder de mercado no elo não competitivo para criar barreiras à entrada no elo competitivo. Assim, alguma empresa que atue a montante ou a jusante na cadeia de determinado tipo de carga, para a qual detenha instalação de movimentação e armazenagem em área do porto organizado - onde normalmente a disponibilidade de áreas para construção de novas instalações é limitada - pode utilizar sua posição para restringir o acesso a seus concorrentes em outros elos da cadeia, isto é, utilizando prática de fechamento vertical de mercado (*vertical foreclosure*). Tal tipo de situação é agravada se existem outros elos da cadeia que também não são competitivos, tais como o caso de ferrovias, que são tipicamente um monopólio natural, ou altamente concentrados, como armadores. Como apontou-se acima, recentemente pelo Tribunal Administrativo do CADE, a integração vertical no setor portuário também permite outros comportamentos anticompetitivos tais como: (i) estratégias de **discriminação**; (ii) **acesso a informações** concorrencialmente sensíveis de competidores; e (iii) **venda casada**

116. Por outro lado, em determinadas situações, a integração vertical pode promover eficiências econômicas que as justificariam sem necessariamente envolver condutas anticoncorrenciais. Assim, a princípio a situação deve ser avaliada caso a caso. Ao mesmo tempo em que a integração vertical das atividades de uma cadeia redonda nos benefícios citados, ela também pode resultar na adoção de práticas discriminatórias e anticompetitivas, como a possibilidade do exercício do poder de mercado e da adoção do mecanismo de subsídios cruzados entre os segmentos da indústria.

117. A fim de ilustrar a possibilidade de fechamento vertical de mercado no setor portuário, por exemplo, por meio do controle de terminais portuários voltados a determinado tipo de carga, pode-se citar o caso específico de mercados sob o auspício da regulação da ANP. Nesse caso, cita-se a Nota Técnica SEI n.º 12972/2021/ME desta SEAE, em que se enfatiza que terminais voltados a determinado tipo de carga constituem “estruturas essenciais” (*essential facilities*), cuja acesso é necessário para que ocorra a concorrência efetiva nos elos a jusante e a montante da cadeia de determinado produto:

71. O Relatório do Programa para Revitalização das Atividades de Exploração e Produção de Petróleo e Gás Natural em Áreas Terrestres (REATE), ciclo 2020, do Subcomitê Promoção da Livre Concorrência aponta que infraestruturas em terminais portuários podem ser gargalo para concorrência no mercado onshore de petróleo e gás natural, como é o caso do atendido pelo terminal portuário em tela.

72. Sobre problemas concorrenciais da integração vertical, vale citar também avaliação da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Combustíveis (ANP) externada na Nota Técnica Conjunta n.º 2/2019/SDR/ANP-RJ-e (Versão Pública), de 14 de agosto de 2019. No documento, a agência aponta prejuízos potenciais da integração vertical

do segmento de infraestrutura logística com outras etapas da cadeia produtiva de combustíveis. A seguir transcrição do trecho da nota técnica a respeito do assunto.

"12. Conforme exposto, as áreas portuárias de armazenamento 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.

(...)

73. No âmbito da regulação econômica, as ações para tratar os monopólios naturais em indústria de rede são aplicadas através da utilização da doutrina das infraestruturas essenciais (essential facilities). Essas ações envolvem algum tipo de intervenção do órgão regulador para estabelecer regras de acesso não discriminatório a preços justos para que novos ofertantes possam movimentar combustíveis líquidos nessas instalações.

74. Nessa hipótese, também são aplicadas medidas para restringir a verticalização entre segmentos, especialmente do transporte com a produção e com a comercialização. De modo geral, aplicam-se os instrumentos de desverticalização societária e funcional.

75. 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. Segundo NESTER (2006, p. 187)¹⁶, a experiência americana e europeia, a essential facility doctrine diz que ela existirá quando o acesso for indispensável para a realização da concorrência com o seu detentor (sendo que essa concorrência geralmente ocorre no mercado a jusante). Significa que o acesso à facility inviabiliza a atividade do concorrente, impedindo-o de ingressar no mercado. 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.

76. Dessa forma, ativos de infraestrutura que se aproximam das situações estilizadas de essential facility tornam mais evidente a existência de falhas de mercado e risco de fechamento do mercado decorrentes de estratégia de integração vertical. São casos em que eventuais benefícios da verticalização tendem a ser superados pelos problemas de concorrência citados, motivando a adoção de medidas adequadas para mitigá-los.

118. Na medida que constituem infraestruturas essenciais, os terminais voltados para determinado tipo de carga nos quais possa ocorrer integração vertical podem apresentar risco à concorrência, algo que pode ser agravado se ocorrer concentração horizontal concomitante. Por outro lado, consoante a busca de eficiência por meio de integração vertical supracitada, observa-se que em alguns segmentos de produtos que utilizam o Porto de Santos, tem-se a presença de empresas que têm atuação verticalmente integrada em todas as etapas da cadeia a fim de exercer um rígido controle de custos, pois são voltadas para a atividade exportadora e competem em mercados globais com forte competição de preço. Podemos incluir nesse caso, por exemplo, segmentos como celulose e suco de laranja. Neste caso, não obstante a existência de concentração horizontal e integração vertical, as características do mercado poderiam permitir a operação sem riscos concorrenciais relevantes.

119. Assim, como regra geral, seria recomendável que se evitasse tanto a concentração horizontal como a integração vertical de atores com posição dominante

na exploração de instalações portuárias ou a jusante e a montante, podendo, no entanto, existir situações específicas que a operação tenha lógica econômica promotora de eficiência que não leve a abuso de posição dominante. Nesse contexto, caberia uma análise caso a caso, verificando se determinado contrato para exploração de instalação portuária que leve a elevada concentração horizontal para determinado tipo de terminal ou que envolva integração vertical de agente econômico com posição dominante a montante e a jusante pode apresentar riscos à concorrência ou não.

120. Em vista do discutido acima, sugere-se que seja avaliada a introdução dos dispositivos descritos abaixo como obrigações do Contrato de Concessão, como forma de resguardar a concorrência e atender ao disposto no art. 3º, incisos V e VI Lei nº 12.815, de 2013, bem como assegurar o cumprimento do comando geral do Contrato de promoção da concorrência intraporto. Sugere-se, visando prover a devida segurança jurídica, que o Contrato de Concessão aponte a previsão de que a ANTAQ (e a ANP ser for o caso^[49]) regulamentará o funcionamento da sistemática a seguir.

121. Assim, sugere-se por ocasião da intenção de assinatura de contratos com terceiros exploradores de instalação portuária, tais como terminais, **que a Autoridade Portuária Concessionária seja instada a adotar os seguintes procedimentos:**

- a. realizar avaliação preliminar se o contrato pode representar incremento ou criação de posição dominante de determinado grupo econômico (conforme presunção de posição dominante de 20% do mercado relevante definida pelo art. 36, § 2º, da Lei nº 12.529, de 2011 e a ser aplicada ao Complexo Portuário de Santos), seja decorrente de sobreposição horizontal no interior do Porto para a instalação envolvida em um determinado tipo de carga, tal como um terminal, ou decorrente de integração vertical de grupo econômico com posição dominante nos mercados diretamente a jusante (armadores, transportadores aquaviários, etc) ou a montante (ferrovias, etc.);
 - b. caso a avaliação preliminar não aponte concentração que represente incremento de posição dominante horizontal ou não envolva integração vertical com grupo econômico com posição dominante diretamente a montante ou a jusante, submeta à ANTAQ (e à ANP ser for o caso) a minuta de contrato para homologação, via um processo simplificado;
 - c. caso a avaliação indique a existência de potencial concentração que leve a incremento de posição dominante horizontal ou de integração vertical com grupo econômico com posição dominante diretamente a jusante ou a montante, na forma definida no item “a”, proceda de uma de duas formas:
 - realize a contratação por meio de chamada pública a interessados em duas fases: na 1ª fase, poderão participar apenas grupos econômicos que não tenham ou venham a possuir, em razão do novo contrato, posição dominante na instalação voltada ao tipo de carga considerada (critério de sobreposição horizontal), bem como nos mercados imediatamente a jusante e a montante (critério e integração vertical). Caso não haja interessados nessa 1ª rodada, a licitação continuaria com uma 2ª rodada em que qualquer grupo econômico poderia participar e se sagrar vencedor; ou
 - apresente estudo, a ser aprovado pela ANTAQ (e pela ANP ser for o caso), contratado junto a terceiro especializado em defesa da concorrência demonstrando que, não obstante a concentração levar a incremento de posição dominante, seja por meio de sobreposição horizontal, seja por meio de integração vertical, que a operação não apresenta risco relevante à concorrência em vista das características do mercado envolvido.
- A avaliação preliminar acima acerca do mercado relevante deve considerar: (i) a capacidade projetada de curto prazo posterior à operação; (ii) considerar na dimensão produto apenas o tipo de carga do terminal em questão, conforme definido pelo Contrato de Concessão e pela regulação; e (iii) considerar na dimensão geográfica apenas o Complexo Portuário de Santos.
 - a ANTAQ (e a ANP ser for o caso) deverá regulamentar o funcionamento da sistemática acima. **(CONTRIBUIÇÃO 3)**

122. Ressalte-se que a ideia da proposta acima é que a possibilidade de alocação de espaços para exploração de instalações portuárias **que não envolvam elevada concentração horizontal ou integração vertical**, a partir da avaliação preliminar, **seja ágil, com custos mínimos de observância da regulação e homologação célere** das Agências Reguladoras envolvidas. Já o processo que envolva concentração que potencialmente eleve posição dominante deve ser objeto de justificativa fundamentada mais aprofundada, sendo naturalmente mais oneroso e prolongado, semelhante ao processo de aprovação que ocorre para atos de concentração pelo CADE. Nesse caso, inclusive, poderiam ser delimitadas condicionantes que assegurem a concorrência com o objetivo de viabilizar a aprovação do uso da área, em sistemática semelhante à adotada por aquele Tribunal Administrativo em atos de concentração.

123. A mencionada sistemática de regulação visaria assegurar a promoção da concorrência e manter agilidade no modelo, tomando como premissa a não concentração e integração vertical como caso geral, ao mesmo tempo em que permitiria, em casos específicos e devidamente fundamentados, operações que apresentem justificativa econômica (eficiências) e ausência de problemas concorrenciais. Conforme apontado pelo CADE em sua jurisprudência, podem ser

aceitáveis concentrações de até 30% no mercado relevante sem que ocorra presunção de posição dominante ou ainda que seja possível considerar a concorrência interporto na dimensão geográfica do mercado relevante em casos específicos. Também é possível que a análise de rivalidade no caso permita uma maior concentração do que apenas indicado pela presunção de posição dominante. A questão aqui é que, **sem uma análise mais profunda, por cautela, é necessário presumir que qualquer concentração no mercado relevante acima de 20% representa posição dominante e, portanto, passível de abuso de poder de mercado.** De forma semelhante, por cautela, sem uma análise mais profunda, **como regra geral não deve se permitir que integrantes da cadeia com posição dominante a jusante e a montante detenham terminais.** A partir de uma análise mais profunda pela ANTAQ (e pela ANP, se for o caso) pode ser constatada que mesmo ocorrendo uma concentração horizontal mais elevada ou integração vertical de ente com posição dominante a partir do novo contrato para exploração de instalação portuária (terminal) a operação possa não representar risco relevante à concorrência.

124. Ressalte-se que a sugestão é que tais procedimentos não se apliquem a renovações de contratos de atuais exploradores de instalações portuárias, que poderiam ser renovados a critério da Concessionária. Seriam aplicáveis, portanto, apenas a áreas *brownfield* em que a Concessionária ou o arrendatário não tenham interesse na renovação ou a áreas *greenfield* ainda não exploradas.

125. Cumpre apontar que, de acordo com a documentação apresentada^[50] e conforme previsto no art. 5º-A da Lei nº 12.815/2013 e no art. 22 do Decreto nº 8.0233/2013, os contratos dos atuais arrendatários de áreas para exploração de instalações portuárias devem ser transformados em contratos de direito privado, podendo ser renegociados apenas caso exista tal disposição de ambas as partes. Assim, existe o direito de manutenção das condições contratuais atuais pelos arrendatários pelo prazo de vigências dos contratos, caso assim desejem, **mas não existe qualquer direito quanto às condições de renovação desses contratos.** Tal possibilidade de renovação se dará a critério da Autoridade Portuária Concessionária, da mesma maneira que hoje a renovação se dá a critério do Poder Concedente. Existe apenas, conforme apontou-se mais acima, a necessidade de que se pratiquem condições de contratação equitativas e não discriminatórias. Assim, caso não sejam adotadas as devidas medidas regulatórias, o atual quadro de concentrações horizontais relativamente diluídas no Porto de Santos por tipo de carga e integração vertical limitada pode ser amplamente modificado a partir do vencimento de tais contratos, levando a alta concentração e integração vertical com elevados riscos à concorrência.

2.8 ASPECTOS CONCORRENCIAIS RELATIVOS À INTEGRAÇÃO VERTICAL DA CONCESSIONÁRIA

126. Um outro aspecto com possibilidade de problemas concorrenciais mais moderados se refere à possibilidade de integração vertical da própria Autoridade Portuária Concessionária. O modelo *landlord* privado veda a possibilidade de controle cruzado entre AP e exploradores de instalações portuárias (terminais), operadores portuários e outros entes com quem possui relação contratual tendo sido acrescida ao modelo também uma vedação de controle cruzado de agentes com atuação ao montante e a jusante, tais como ferrovias que utilizem o porto e de armadores e transportadores marítimos, o que é o positivo. Por outro lado, o Contrato permitiu a possibilidade de integração vertical limitada, via a possibilidade de participação minoritária fora do bloco de controle de todos esses agentes. Tal possibilidade é disciplinada pelas cláusulas abaixo do Contrato de Concessão (grifos nossos):

16.6.2. **Assegurar**, bem como a **estabelecer através do Estatuto Social** da Concessionária ou **em acordo de acionistas**, que (i) **Exploradores de Instalações Portuárias**, (ii) **titulares de contratos de arrendamento** no Porto Organizado, (iii) **titulares de contrato de transição** no Porto Organizado, (iv) **titulares de Contrato de Adesão** para exploração de **Terminais de Uso Privado - TUP** integrantes do Complexo Portuário de Santos conforme definido no Plano Mestre do Porto Organizado, (v) **Armadores**, (vi) **Transportadores Marítimos**; (vii) **Operadores Portuários** pré-qualificados para operar no Porto Organizado (viii) **titulares de contratos de concessão ou subconcessão de ferrovias** que, diretamente ou mediante direito de passagem, se interconectem com o Porto Organizado e (ix) participantes dos respectivos Grupos Econômicos de qualquer das empresas mencionadas nos itens de (i) a (ix) **não possam**:

16.6.2.1. **Possuir participação individual superior a 15%** (quinze por cento) do capital social da Concessionária;

16.6.2.2 Possuir participação conjunta superior a 40% (quarenta por cento) do capital social da Concessionária

16.6.2.3. Participar individual ou conjuntamente por meio de acordo de acionistas ou instrumento congênere, **do grupo de Controle Societário da Concessionária**; ou

16.6.2.4. Deter, por meio de acordo de acionistas ou instrumento congênere, poderes de veto para deliberações sociais da Concessionária para questões relativas a (i) celebração ou aditamento de contratos com Exploradores de Instalação Portuária e titulares de contrato de adesão para exploração de Terminal de Uso Privado que utilizem o canal de navegação do Porto Organizado; (ii) assuntos relacionados a elaboração, alteração e atualização do PDZ do Porto Organizado; (iii) assuntos relacionados à Proposta Apoiada; (iv) quaisquer outras matérias que consubstanciem uma situação que configure potencial conflito de interesses entre a sua posição de acionista e eventual posição, sua ou de empresas de seu Grupo Econômico, como contraparte da Concessionária.

127. **Sugere-se avaliar que seja vedada possibilidade de participação minoritária fora do bloco de controle, no capital da Autoridade Portuária Concessionária.** Essa recomendação justifica-se pelo fato de, mesmo que tal participação não envolva poder decisório de controle, poderia significar acesso privilegiado à Autoridade Portuária e participação do seu processo decisório, em detrimento de outros operadores portuários que não integram o capital da empresa, o que parece ir contra o espírito do modelo. Tais minoritários podem, por exemplo, deter assentos no Conselho de Administração da Autoridade Portuária e, com isso, influenciar a gestão, mesmo que sem participar do bloco de controle.

128. Idealmente a Autoridade Portuária deve ser um ente totalmente neutro em relação aos exploradores de instalações portuárias com que possui contratos ou em relação aos usuários do Porto. A participação minoritária parece passível de gerar algum favorecimento, mesmo que de forma limitada. Tal preocupação de conflito de interesses inclusive ensejou a presença do Item 16.6.2.4. acima, o qual deverá ser fiscalizado na prática pela ANTAQ.

129. Não obstante tais cautelas no Contrato de Concessão, parece que seria mais simples alinhar incentivos por completo ao vedar a participação minoritária desses agentes, reduzindo com isso a necessidade de fiscalização posterior pela ANTAQ e burocratização de processos. Além disso, não se vislumbra qual o ganho de eficiência na gestão do porto em permitir tal possibilidade. Caso o ganho fosse promover sinergias ou aportar expertise dos minoritários isso não poderia ser permitido pelo modelo, pois significar justamente quebrar o princípio de atuação não discriminatória da Autoridade Portuária no modelo *landlord* privado. Em outras palavras, os exploradores de instalações portuárias ou usuários do porto (como armadores e operadores ferroviários) são meros investidores nesse caso ideal aderente ao modelo. Assim, a única vantagem de tal permissão de participação minoritária seria ter um *pool* mais numeroso de investidores potenciais, o que poderia em tese elevar a concorrência no leilão. No entanto, não parece que tal benefício reduzido justifique os riscos concorrências na operação decorrentes da permissão.

130. Portanto, sugere-se avaliar, a fim de garantir a atuação neutra da Autoridade Portuária Concessionária, a retirada da possibilidade de participação minoritária no capital social da Concessionária dos agentes listados no Item 16.2.2 do Contrato. **(CONTRIBUICAO 4)**

131. Entende-se que a consideração das recomendações acima pode ser importante para garantir que o processo de desestatização do Porto de Santos possa não só atender aos seus objetivos, tais como viabilizar os investimentos necessários para ampliação e modernização do porto, mas também ao objetivo de assegurar a concorrência nas diferentes cadeias logísticas envolvidas.

2.9 ANÁLISE DE ONEROSIDADE REGULATÓRIA

132. 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.

133. 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 3.38 da minuta de Edital (p. 23), 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, 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, consequentemente, potenciais limitadores de concorrência. No entanto, a concorrência se dará utilizado o Regime Diferenciado de Contratações – RDC, de que trata a Lei nº 12.4562/2011. Neste caso o Decreto nº 7.581/2011 prevê que:

Art. 51. Quando permitida a participação na licitação de pessoas jurídicas organizadas em consórcio, serão observadas as seguintes condições:

(...)

II - indicação da pessoa jurídica responsável pelo consórcio, que deverá atender às condições de liderança fixadas no instrumento convocatório;

(...)

§ 2º No consórcio de empresas brasileiras e estrangeiras, a liderança caberá, obrigatoriamente, à empresa brasileira, observado o disposto no inciso II do caput.

134. Assim, apesar de a princípio indesejável, a restrição está aderente à normatização infralegal do processo. Nesse contexto, esta Secretaria recomenda a adoção das medidas necessárias para a supressão dessa exigência no referido Decreto.

135. A alocação de riscos de casos fortuitos ou força maior seguráveis à época da contratação do seguro, ao arrendatário (Item 21.1.35 - p. 43 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 das apólices dos seguros exigidos da arrendatária. Nesse contexto, visando a reduzir incertezas, recomenda-se explicitar todos os riscos atribuíveis ao arrendatário. **(CONTRIBUIÇÃO 5)**

3 CONCLUSÕES

136. Em vista do exposto, sugere-se adotar por ocasião do processo de modelagem da desestatização da empresa pública Santos Port Authority S. A. e da concessão associada do Porto Organizado de Santos, as recomendações constantes das seguintes contribuições para a Consulta Pública, em que:

- Sugere-se avaliar alteração quanto ao critério de julgamento da melhor proposta, que se limita ao maior valor de Bonificação pela Outorga. Particularmente, sugere-se incluir o critério de menor tarifa, previsto no art. 6º da Lei nº 12.815, de 2013, para que a melhor proposta permita também redução de custos na prestação de serviços aos usuários. Com isso, o usuário do porto, além do Tesouro, apropriar-se-ia de parte do ganho de eficiência a ser propiciado pelo vencedor do certame. Em vista da importância dessa redução de custos para o usuário do porto e para a competitividade da economia, caso não se considere o critério de menor tarifa no julgamento da melhor proposta, mister esclarecer razões de não se efetivar tal inclusão. **(CONTRIBUIÇÃO 1)**
- Sugere-se a retirada do IGP-M como índice de reajuste do Contrato (e possivelmente do INCC) em virtude de sua elevada volatilidade em contraste ao IPCA, repassando um risco aos usuários do porto que poderia ser melhor suportado pela AP Concessionária ou pelo Poder Concedente (via Contas Vinculadas, conforme comentado nos parágrafos 28, 70 e 82). Preocupa que tal volatilidade tarifária termine por ser repassada aos donos das cargas, o que em última instância pode impactar o consumidor final, que tem poucas condições de administrar tais riscos. Caso se entenda necessário algum mecanismo de redução de risco cambial para concessionários que obtenham financiamentos em moeda estrangeira, sugere-se adotar algo similar ao “Mecanismo de Proteção Cambial” do setor de rodovias, com lastro em contas vinculadas. **(CONTRIBUIÇÃO 2)**
- Sugere-se por ocasião da intenção de assinatura de contratos com terceiros exploradores de instalação portuária, tais como terminais, **que a Autoridade Portuária Concessionária seja instada a adotar os seguintes procedimentos:**
 - a. realizar avaliação preliminar se o contrato pode representar incremento ou criação de posição dominante de determinado grupo econômico (conforme presunção de posição dominante de 20% do mercado relevante definida pelo art. 36, § 2º, da Lei nº 12.529, de 2011 e a ser aplicada ao Complexo Portuário de Santos), seja decorrente de sobreposição horizontal no interior do Porto para a instalação envolvida em um determinado tipo de carga, tal como um terminal, ou decorrente de integração vertical de grupo econômico com posição dominante nos mercados diretamente a jusante (armadores, transportadores aquaviários, etc) ou a montante (ferrovias, etc.);
 - b. caso a avaliação preliminar não aponte concentração que represente incremento de posição dominante horizontal ou não envolva integração vertical com grupo econômico com posição dominante diretamente a montante ou a jusante, submeta à ANTAQ (e à ANP ser for o caso) a minuta de contrato para homologação, via um processo simplificado;
 - c. caso a avaliação indique a existência de potencial concentração que leve a incremento de posição dominante horizontal ou de integração vertical com grupo econômico com posição dominante diretamente a jusante ou a montante, na forma definida no item “a”, proceda de uma de duas formas:
 - i. realize a contratação por meio de chamada pública a interessados em duas fases: na 1ª fase, poderão participar apenas grupos econômicos que não tenham ou venham a possuir, em razão do novo contrato, posição dominante na instalação voltada ao tipo de carga considerada (critério de sobreposição horizontal), bem como nos mercados imediatamente a jusante e a montante (critério de integração vertical). Caso não haja interessados nessa 1ª rodada, a licitação continuaria com uma 2ª rodada em que qualquer grupo econômico poderia participar e se sagrar vencedor; ou
 - ii. apresente estudo, a ser aprovado pela ANTAQ (e pela ANP ser for o caso), contratado junto a terceiro especializado em defesa da concorrência demonstrando que, não obstante a concentração levar a incremento de posição dominante, seja por meio de sobreposição horizontal, seja por meio de integração vertical, que a operação não apresenta risco relevante à concorrência em vista das características do mercado envolvido.
- A avaliação preliminar acima acerca do mercado relevante deve considerar: (i) a capacidade projetada de curto prazo posterior à operação; (ii) considerar na dimensão produto apenas o tipo de carga do terminal em questão, conforme definido pelo Contrato de Concessão e pela regulação; e (iii) considerar na dimensão geográfica apenas o Complexo Portuário de Santos.
- a ANTAQ (e a ANP ser for o caso) regulamentará o funcionamento da sistemática acima. **(CONTRIBUIÇÃO 3)**

- Sugere-se avaliar, a fim de garantir a atuação neutra da Autoridade Portuária Concessionária, a retirada da possibilidade de participação minoritária no capital social da Concessionária dos agentes listados no item 16.2.2 do Contrato. **(CONTRIBUICAO 4)**
- A alocação de riscos de casos fortuitos ou força maior seguráveis à época da contratação do seguro, ao arrendatário (Item 21.1.35 - p. 43 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 das apólices dos seguros exigidos da arrendatária. Nesse contexto, visando a reduzir incertezas, recomenda-se explicitar todos os riscos atribuíveis ao arrendatário. **(CONTRIBUIÇÃO 5)**

137. Além das contribuições acima à Consulta Pública, sugere-se que seja recomendado por esta SEAE no âmbito do Ministério da Economia, que seja alterado art, 51, §2º do Decreto nº 7.581, de 11 de outubro de 2011, que regulamenta o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC, a fim de que seja permitida a liderança de Consórcio por empresas estrangeiras.

138. 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, na data de assinatura.

À consideração superior.

Documento assinado eletronicamente

FERNANDO ATLEE PHILLIPS LIGIÉRO

Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental

De acordo.

Documento assinado eletronicamente

FÁBIO COELHO BARBOSA

Coordenador

De acordo.

Documento assinado eletronicamente

MAURÍCIO MARINS MACHADO

Coordenador-Geral

De acordo.

Documento assinado eletronicamente

ANDREY VILAS BOAS DE FREITAS

De acordo.

Documento assinado eletronicamente

GEANLUCA LORENZON

Secretário de Advocacia da Concorrência e Competitividade

[1] Nota Técnica SEI nº 28269/20212/ME, de 13/07/22.

[2] Item 4 do Edital, p. 11.

[3] Item 6.2 do Contrato de Concessão, p. 13.

[4] Ver o vídeo da Audiência Pública disponibilizado no YouTube da ANTAQ: < <https://www.youtube.com/watch?v=WwDnx9NOjQc&t=17275s> >. Acesso em 07/03/22

[5] Segundo o item 2.1 do Anexo 11 do Contrato de Concessão, a União pode exercer uma opção de compra da SPE com o valor integralizado de R\$ 2,988 bilhões pelo valor de R\$ 1,00 (um real).

[6] O Complexo Portuário de Santos congrega o Porto Organizado (Público), terminais retroportuários e os Terminais de Uso Privado – TUPs que utilizam o estáurio. Segundo a Santos Port Authority, existem atuando hoje no Complexo Portuário de Santos: 6 TUPs, 8 terminais retroportuários e 39 terminais no Porto Organizado. Disponível em: < http://www.portodesantos.com.br/wp-content/uploads/Arrendatarios_v2.pdf?29122020 >. Acesso em: 07/03/22.

[7] Santos Port Authority (2020). Complexo Portuária de Santos/Fatos e Dados. Disponível em: < <http://www.portodesantos.com.br/conheca-o-porto/o-porto-de-santos/> > Acesso em 07/03/22.

[8] Ver item “12 Ferrovia Interna do Porto de Santos – FIPS” do Contrato de Concessão, p. 23.

[9] Documento “MDES067_Cálculo de Tarifas_SPA_Rev0” – Cálculos de Tarifas SPA, disponibilizado para a Consulta Pública.

[10] Nota Técnica Nº 4/2022/CGMC-SNPTA/DNOP/SNPTA, de 18/0/22, p. 32

[11] Documento “MDES067_Cálculo de Tarifas_SPA_Rev0” – Cálculos de Tarifas SPA, p. 10.

[12] World Bank (2007). Port Reform Tool Kit – Module 3 – Alternative Port Management Structures and Ownership Models. 2nd Edition. Public-Private Infrastructure Advisory Facility, p. 78-84. Disponível em: < <https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/library/port-reform-toolkit-ppiaf-world-bank-2nd-edition> > Acesso em 07/3/22.

[13] Não obstante tal estudo do Banco Mundial citado na nota anterior ser razoavelmente antigo, documentos mais recentes daquele organismo multilateral tal como o estudo de 2020, “Reforming and Rebuilding Lebanon’s Port Sector: Lessons from Global Best Practices” utilizam a mesma caracterização para modelos de administração portuária.

[14] Organization for Economic Cooperation and Development (2011). Competition in Ports and Ports Services. Policy Roundtables, p. 21-62, 271-299.

[15] Cumpre observar que mesmo que a mão-de-obra portuária seja privada, pode ser que a contratação da mesma se dê por um ente especial responsável nos casos do tool port e landlord port. No caso dos portos organizados do Brasil, conforme disciplinado pelos arts. 32 a 44 da Lei no 12.815/2013, há a obrigatoriedade de que exista um Órgão Gestor de Mão-de Obra - OGMO, entidade de direito privado formada pelos operadores portuários, que centraliza a contratação de mão-de-obra portuária e que continuará a existir mesmo nos casos de desestatização da Autoridade Portuária. Consoante ao previsto no art. 38 do Decreto no 8.033/2013, o Conselho de Supervisão do OGMO, conta com participação de representantes dos operadores portuários, dos usuários do porto e do segmento laboral, sendo a Diretoria-Executiva nomeada e destituída por entidade local que representa os operadores portuários.

[16] World Bank (2020). Reforming and Rebuilding Lebanon’s Port Sector: Lessons from Global Best Practices. III – Criteria for selecting the best port governance model for Lebanon, p. 26. Disponível em: < <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/34989> > Acesso em: 16/04/21

[17] Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES (2021). Concessão do Porto de Vitória e Barra do Riacho (CODESA). Apresentação de Power Point. Disponível em: < <http://web.ANTAQ.gov.br/Sistemas/LeilaoInternetV2/PaginaPrincipal.aspx> > . Acesso em 22/04/21.

[18] Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE (2017). Guia de

Avaliação da Concorrência. Versão 3.0. Disponível em: <
<http://www.oecd.org/daf/competition/49418818.pdf> >

[19] Um terceiro aspecto seria considerar a concorrência entre “terminais molhados” (aqueles que atuam na movimentação de cargas das embarcações e realizam outros serviços como armazenagem alfandegada) e “terminais secos” (que não tem acesso às embarcações, mas competem com os terminais molhados no demais serviços prestados como a armazenagem alfandegada). Ocorre que tal tipo de concorrência não guarda uma relação mais direta com as questões em tela, cabendo apenas a observação de que menor competição intraportuária também pode ter efeitos deletérios sobre a competição entre terminais secos e molhados. Para mais detalhes sobre tais questões ver o Parecer da SEAE “USUPORT vs Resolução Normativa ANTAQ nº 34/2019” (THC 2) do Programa Frente Intensiva de Análise Regulatória e Concorrencial – FIARC. Disponível em: <
https://www.gov.br/economia/pt-br/aceso-a-informacao/reg/frente-intensiva-de-avaliacao-regulatoria-e-concorrencial-fiarc/pareceres/2022_01_31_parecer-divulgacao-thc-2-com-estrutura-padrao-v10.pdf >. Acesso em 09/03/22.

[20] Ver, por exemplo: (i) World Bank (2007). Port Reform Tool Kit – 2nd Edition; e (ii) Organization for Economic Cooperation and Development - OECD (2011) Competition in Ports and Ports Services. Policy Roundtables.

[21] Idem.

[22] Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE (2017). Mercado de Serviços Portuários. Cadernos do CADE. Departamento de Estudos Econômicos, p. 36 a 43. Disponível em: < <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/cadernos-do-cade/mercado-de-servicos-portuarios-2017.pdf> > Acesso em 07/03/22.

[23] Voto da Relatora Conselheira Paula Farani de Azevedo da Silveira na Consulta 08700.006520/2021-83

[24] O Voto da Conselheira Relatora Paula Farani de Azevedo da Silveira foi vencido pelo Voto Vogal do Conselheiro Sérgio Ravagnani, tendo ocorrido empate por 3 a 3 entre os Conselheiros e tendo o Presidente exercido o voto de qualidade em favor do Voto Vogal. Ocorre que o Conselheiro Sérgio Ravagnani apontou no seu Voto Vogal vencedor que (grifos nossos): “23. Concordo com a análise feita pela Conselheira Relatora que as orientações contidas na minuta do Guia AIC-TP destoam da jurisprudência deste TADE [Tribunal Administrativo de Defesa Econômica], nos termos minuciosamente detalhados no seu judicioso voto...”.

[25] Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE (2016). Guia – Análise de Atos de Concentração Horizontais, p. 17.

[26] Small but Significant and Non-transitory Increase in Price.

[27] Segundo a Santos Port Authority, existem atuando hoje no Complexo Portuário de Santos: 6 TUPs, 8 terminais retroportuários e 39 terminais no Porto Organizado. Disponível em: < http://www.portodesantos.com.br/wp-content/uploads/Arrendatarios_v2.pdf > 29122020 >. Acesso em: 07/03/22.

[28] Organization for Economic Cooperation and Development (2016). Structural separation in regulated industries – Report on implementing the OECD Recommendation. Disponível em: < <https://www.oecd.org/daf/competition/Structural-separation-in-regulated-industries-2016report-en.pdf> > Acesso em: 05/05/21.

[29] Audiência Pública 02/2021 - Contrato de Concessão do Porto de Vitória e Barra do Riacho - Anexo 3, Apêndice B.

[30] Audiência Pública 20/2021 Consulta Pública Contrato de Concessão do Porto de São Sebastião - Anexo 3, Apêndice B.

[31] A partir do 2º ano da Concessão, no primeiro ano utiliza-se a Tarifa Teto Média – item 5. – Apêndice A – Anexo 3 do Contrato de Concessão.

[32] Para uma referência teórica sobre o assunto, ver: CRAMTON, P. (2007) How Best to Auction Oil Rights. In: Escaping the Resource Curse, Eds. SACHS, D; STIGLITZ J.

[33] Consulta Pública ANTT 12/2021, Minuta de Contrato de Concessão, Anexo 12 – Mecanismo de Proteção Cambial

[34] Ressalte-se que, em tese, sem considerar outras questões, o critério de menor valor de tarifa também cumpriria o mesmo papel de alocar o espaço escasso à empresa mais eficiente.

[35] Essential Services Commission (2020). Port of Melbourne Rent Inquiry – 2020. Disponível em: < <https://www.esc.vic.gov.au/transport/port-melbourne/port-melbourne-reviews/port-melbourne-market-rent-inquiry-2020> >.

[36] Idem, “Appendix D – Reasonable market rent definition in Port of Melbourne’s standard lease contract”. Neste caso, o valor cobrado pela Autoridade Portuária no contrato de uso áreas dos terminais deveria representar “preço de mercado de aluguel razoável” (“reasonable market rent”).

[37] Idem, p. 50.

[38] Idem, item “7 – Recommendations”, p. 51-63. Ver em particular a tabela 7.1, p. 55-56, que resume as opções de regulação a serem adotadas.

[39] Idem p. 57.

[40] Ver a Portaria no 111, de 7 de agosto de 2013, da antiga Secretaria de Portos da Previdência da República, sucedida pelo MInfra, que regulamenta o processo de pré-

qualificação de operadores portuários

[41] Australian Competition & Consumer Commission - ACCC (2020) Container stevedoring monitoring report 2019-2020, 2.4 Further increases in terminal access charges, p. 14-15

[42] Idem p. 14, grifos nossos.

[43] Parecer da SEAE "USUPORT vs Resolução Normativa ANTAQ nº 34/2019" (THC 2) do Programa Frente Intensiva de Análise Regulatória e Concorrencial - FIARC. Disponível em: < https://www.gov.br/economia/pt-br/acesso-a-informacao/reg/frente-intensiva-de-avaliacao-regulatoria-e-concorrencial-fiarc/pareceres/2022_01_31_parecer-divulgacao-thc-2-com-estrutura-padrao-v10.pdf >. Acesso em 09/03/22

[44] É possível que o Tribunal Administrativo do CADE venha a adotar entendimento diverso, mas a princípio um ato de concentração deve envolver duas ou mais empresas que irão explorar de forma conjunta um objeto, assumindo ambas os riscos e o retorno de tal exploração. Tal situação não parece ser o caso dos contratos que a Concessionária assinará com terceiros para exploração das áreas do porto, até porque no modelo landlord privado é vedada a exploração direta da concessionária de serviços portuários, tais como aqueles prestados pelos exploradores de instalações portuárias

[45] Voto da Relatora Conselheira Paula Farani de Azevedo da Silveira na Consulta 08700.006520/2021-83.

[46] Consoante ao disposto no art. 16, § 2º da Lei no 12.815/2013, a ANP deve ser ouvida pelo Poder Concedente previamente quanto este último exercer suas competências do inciso II do mesmo artigo relativas à definição das diretrizes para a realização dos procedimentos licitatórios, das chamadas públicas e dos processos, inclusive para os respectivos editais e instrumentos convocatórios

[47] Ver o documento disponibilizado para a Consulta Pública "Sumário Executivo: Estudo de Mercado - MDE035_BNDES"

[48] OECD Recommendation of the Council concerning structural separation in regulated industries, 26 April 2001, C (2001) 78/FINAL, Paris, 2001. Disponível em < <https://www.oecd.org/daf/competition/recommendationconcerningstructuralseparationinregulatedindustries.htm> > . Acesso em 05/05/21.

[49] No caso de instalações portuárias voltadas à movimentação de petróleo, gás natural, seus derivados e biocombustíveis, como hoje ocorre nos processos licitatórios desse tipo de instalação, conforme o comando presente no art. 16, § 2º da Lei no 12.815/2013

[50] Item 14.2.1 do Contrato de Concessão.



Documento assinado eletronicamente por **Geanluca Lorenzon, Secretário(a) de Advocacia da Concorrência e Competitividade**, em 16/03/2022, às 17:11, 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 16/03/2022, às 17:14, 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 **Fábio Coelho Barbosa, Coordenador(a)**, em 16/03/2022, às 17:16, 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 **Fernando Atle Phillips Ligiéro, Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental**, em 16/03/2022, às 17:19, 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 16/03/2022, às 18:08, 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 **23187924** e o código CRC **C4B1CA48**.