

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO  
INSTITUTO DE ECONOMIA  
MONOGRAFIA DE BACHARELADO

**ANÁLISE ECONÔMICA SOBRE A LEGITIMIDADE  
DA TAXA DE SEGREGAÇÃO E ENTREGA**

ERIC SILVA VENTURA  
110051680

ORIENTADOR: Prof. João Bosco M. Machado

MARÇO 2014

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO  
INSTITUTO DE ECONOMIA

MONOGRAFIA DE BACHARELADO

**ANÁLISE ECONÔMICA SOBRE A LEGITIMIDADE  
DA TAXA DE SEGREGAÇÃO E ENTREGA**

---

ERIC SILVA VENTURA  
110051680

ORIENTADOR: Prof. João Bosco M. Machado

MARÇO 2014

*As opiniões expressas neste trabalho são da exclusiva responsabilidade do autor.*

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço primeiramente aos meus pais, pela confiança depositada em mim e, principalmente, pela instrução e motivação recebida durante toda a minha existência.

Sou profundamente grato ao João Bosco pela paciência e pelo esforço empreendido. Certamente a qualidade deste trabalho é mérito deste professor, que com uma modestia e um profissionalismo sem tamanho, possibilitou o enriquecimento do trabalho.

Agradeço também ao meu amigo Christiano Citrângulo. Com imenso altruísmo, este amigo não mediu esforços para compartilhar seus notórios conhecimentos sobre as regras da ABNT.

Por fim, um muito obrigado à Bianca Carrasco, pelo companherismo, pela convivência engrandecedora e pela paciência nos meus momentos de ausência.

## **RESUMO**

Em meados da década de 90, os operadores portuários do Porto de Santos começaram a cobrar a TSE (Taxa de Segregação e Entrega) para a liberação de contêineres destinados a armazenagem alfandegada em Terminais Retro Alfandegados. A prática desta cobrança foi avaliada pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e sua cobrança considerada ilegal pois, segundo este órgão, se tratava de uma dupla cobrança por um mesmo serviço, além de representar significativa restrição ao ambiente competitivo. Porém, seis anos após o julgamento do CADE, a ANTAQ, agência reguladora do setor em questão, definiu-se pela legalidade da taxa, o que, na prática, implicou no restabelecimento de sua cobrança. Esta monografia busca fazer uma análise, de contexto econômico, sobre a legalidade da TSE. Recorrendo à teoria econômica, à legislação antitruste brasileira e aos autos do processo administrativo julgado pelo CADE, concluiu-se que é bastante provável que este órgão teve decisão acertada ao deliberar pela ilegalidade da cobrança. Buscou-se, ademais, examinar os motivos que levaram aquela agência a sustentar uma posição contrária ao CADE sem que, todavia, tivesse sido possível identificar uma justificativa para tal medida.

**Palavras-Chave** – THC 2, TSE, Operador Portuário, Terminal Retro-portuário Alfandegado, CADE, Defesa de Concorrência

## **ABSTRACT**

In the mid-90s, the port operators of the Port of Santos began to charge the THC 2 (Terminal Handling Charge 2) for release of containers for storage in bonded Retro Bonded Terminals. The practice of this collection was reviewed by the Administrative Council for Economic Defense (CADE) and collection considered illegal because, according to this body, it was a double billing for the same service, and represents a significant constraint to the competitive environment. However, six years after the trial of CADE, ANTAQ, regulatory agency of the segment, defined by the legality of the tax, which in practice meant the restoration of its collection. This monograph seeks to make an analysis, in economic context, about the legality of the THC 2. Using the economic theory, the Brazilian antitrust legislation and administrative acts of the case decided by CADE, it was concluded that it is quite likely

that this council had to decide right decision for the illegality of charge. We sought, moreover, to examine the reasons that took ANTAQ to support a contrary position to CADE without, however, have been possible to identify a justification for such a measure.

## **SÍMBOLOS, ABREVIATURAS, SIGLAS E CONVENÇÕES**

ANTAQ – Agência Nacional de Transportes Aquaviários

CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica

CODESP – Companhia Docas do Estado de São Paulo

EADI – Estação Aduaneira de Interior

OP – Operador Portuário

PA – Processo Administrativo

SBDC – Sistema Brasileiro de Defesa de Concorrência

SDE – Secretaria de Direito Econômico

SEAE – Secretaria de Acompanhamento Econômico

THC – Terminal Handling Charge

TRA – Terminal Retro-portuário Alfandegado

TSE – Taxa de Segregação e Entrega

# ÍNDICE

|  |    |
|--|----|
| INTRODUÇÃO .....   | 10 |
| CAPÍTULO I – DEFESA DE CONCORRÊNCIA.....   | 12 |
| 1.1. INTRODUÇÃO .....  | 12 |
| 1.2. ORGÃOS EXECUTIVOS DA POLÍTICA ANTITRUSTE BRASILEIRA.....                        | 12 |
| 1.3. O PROCESSO DE DEFESA DE CONCORRÊNCIA NO BRASIL.....                             | 13 |
| 1.3.1. FUNÇÃO SOCIAL DA DEFESA DE CONCORRÊNCIA.....                                  | 13 |
| 1.3.2. IDENTIFICAÇÃO E CARACTERIZAÇÃO DA CONDOTA .....                               | 14 |
| 1.3.3. PODER DE MERCADO .....  | 14 |
| 1.3.4. MERCADO RELEVANTE .....   | 16 |
| 1.3.5. GRAU DE CONCENTRAÇÃO.....   | 17 |
| 1.3.6. ELASTICIDADES.....  | 18 |
| 1.3.7. ESTRUTURA DO MERCADO .....  | 18 |
| 1.3.8. EFICIÊNCIA PRODUTIVA.....   | 20 |
| 1.3.9. O MODELO BÁSICO DE DEFESA DE CONCORRÊNCIA .....                               | 21 |
| CAPÍTULO II – CONHECENDO A TSE .....   | 22 |
| 2.1 ESTRUTURA E ORGANIZAÇÃO PORTUÁRIA .....  | 22 |
| 2.2 EXPLORAÇÃO DOS TERMINAIS ALFANDEGADOS .....                                      | 24 |
| Tabela I - Quantidade de cargas transportadas em toneladas.....                      | 24 |
| 2.3 – ARMADORES.....   | 26 |
| 2.4 RELAÇÃO ENTRE OS AGENTES PORTUÁRIOS E RESPECTIVAS REMUNERAÇÕES.....              | 26 |
| 2.4.1 ARMADORES E OPERADORES PORTUÁRIOS .....  | 26 |
| 2.4.2 ARMADORES E SEUS CLIENTES.....   | 27 |
| 2.4.3 PORTOS SECOS E OPERADORES PORTUÁRIOS .....                                     | 28 |
| 2.5 – ESQUEMATIZAÇÃO .....   | 29 |
| Fluxograma 1 – Dinâmica da Atividade Portuária.....                                  | 30 |
| CAPÍTULO III – ESTUDO DO CASO DO PORTO DE SANTOS.....                                | 31 |
| 3.1 IDENTIFICAÇÃO DA INFRAÇÃO .....  | 31 |
| 3.2 VERIFICAÇÃO DE AUMENTO DE CUSTOS PARA A ENTREGA DE CONTÊINERES AOS TRAS .....    | 32 |
| 3.3 – ABRANGÊNCIA DA BOX RATE .....  | 36 |
| 3.4 – IDENTIFICAÇÃO DOS MERCADOS RELEVANTES.....                                     | 38 |
| 3.4.1 – MERCADOS RELEVANTES NA DIMENSÃO PRODUTO .....                                | 38 |
| 3.4.2 – A INEXISTÊNCIA DE UM TERCEIRO MERCADO RELEVANTE NA DIMENSÃO DO PRODUTO ..... | 38 |



|   |    |
|---|----|
| 3.4.3 – MERCADOS RELEVANTES NA DIMENSÃO GEOGRÁFICA .....  | 39 |
| 3.5 – MENSURAÇÃO DO GRAU DE CONCENTRAÇÃO .....  | 39 |
| Tabela II - Mercado de Movimentação de Contêineres no Porto de Santos – Em número de contêineres..... | 40 |
| 3.6 –ANÁLISE DA ESTRUTURA DOS MERCADOS RELEVANTES .....   | 41 |
| 3.7 – INDÍCIOS QUE APONTARIAM A EXISTÊNCIA DE INCENTIVOS A PRÁTICAS ANTICOMPETITIVAS..                | 42 |
| Tabela III - Mercado de Armazenagem no Porto de Santos: 1997-2003 .....                               | 43 |
| 3.8 INDÍCIOS QUE APONTARIAM A INEXISTÊNCIA DE INCENTIVOS A PRÁTICAS ANTICOMPETITIVAS .....            | 44 |
| 3.9 – RESULTADO LÍQUIDO DA COBRANÇA DA TSE PARA O CONSUMIDOR .....                                    | 46 |
| 3.10 – A CONTRADIÇÃO DA ANTAQ .....   | 48 |
| CONCLUSÃO .....   | 51 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....  | 53 |

## INTRODUÇÃO

No início da década de 90, os portos brasileiros se encontravam com grande atraso tecnológico e organizacional. Consequentemente, os mesmos apresentavam enormes custos frente ao cenário do comércio internacional, prejudicando a competitividade das exportações brasileiras e aumentando os custos de importação.

Frente a um processo de mudanças nos portos dos países com grandes volumes de comércio marítimo, o governo brasileiro decide adotar medidas visando melhorar a eficiência portuária. Essas medidas foram estabelecidas, em grande parte, pela Lei n. 8.630/93. Talvez a maior deliberação decorrente desta lei tenha sido a implementação do regime de concessão para administração e operação dos portos no Brasil.

Ao fim da década em questão, os operadores portuários do Porto de Santos, responsáveis pela operação do mesmo, estabelecem a cobrança da TSE, Taxa de Segregação e Entrega<sup>1</sup>, cuja suposta contrapartida seria a de remunerar custos gerados pelo direcionamento de contêineres para recintos retro-portuários alfandegados. Porém esta taxa não é cobrada quando a carga é armazenada no próprio armazém do operador portuário.

Em agosto de 1999, a SDE instaurou um processo administrativo para investigar possíveis infrações à ordem econômica geradas por essa “taxa”<sup>2</sup>. Como resultado deste processo, em 2005 o CADE deliberou pela ilegalidade e pela suspensão de sua cobrança, sob a justificativa de que esta gerava barreiras significativas à concorrência, além de constituir uma dupla cobrança pela execução de um mesmo serviço. Porém, em fevereiro de 2011, a ANTAQ, agência reguladora deste setor, sem explicações detalhadas, garantiu a legitimidade da cobrança, sendo esta retomada.

Tendo em vista o imbróglgio gerado, esta monografia se concentrará em realizar uma análise, de contexto econômico, sobre a legalidade dessa taxa, tanto no âmbito concorrencial quanto no sentido de existência ou não de contrapartida de serviço.

Este é um assunto que está relacionado com o tema do chamado “Custo-Brasil”. Nesse sentido, a cobrança da taxa impacta, direta ou indiretamente, o custo de manipulação de todo

---

<sup>1</sup> As seções 1.2 e 1.3 terão como objetivo explicar minuciosamente o que é e como se dá a cobrança desta taxa. O foco desta seção, como explicitado, é a contextualização da mesma.

<sup>2</sup> Futuramente, revela-se que a TSE não tem natureza de “taxa”, mas de preço.

contêiner importado e transportado por via marítima no país. A cobrança da mesma encarece os custos de importação, onerando os custos produtivos que de todo produto que utiliza na sua fabricação insumos, partes e peças ou equipamentos importados.

A análise desta monografia está dividida em três capítulos:

No **primeiro capítulo** procura-se explicar como se dá a execução da política antitruste brasileira e quais os fundamentos econômicos utilizados para analisar as práticas competitivas em determinado mercado.

No **segundo capítulo** demonstra-se como é a organização e a logística portuária no Brasil, à luz da Lei dos Portos de 1993, como se dá a cobrança da TSE e o cenário em que ela está inserida.

Já no **terceiro capítulo**, busca-se primeiramente determinar se a TSE representa uma dupla cobrança pela execução de um mesmo serviço. Posteriormente, faz-se uma análise sobre os efeitos que essa cobrança gera no ambiente competitivo e seus resultados para o bem-estar social, utilizando os procedimentos elucidados no Capítulo I. Por fim, com o entendimento desta análise, procura-se demonstrar se há racionalidade, pela ótica da preservação do bem-estar social, na decisão da ANTAQ ao legitimar a referida cobrança.

## **CAPÍTULO I – DEFESA DE CONCORRÊNCIA**

### **1.1. INTRODUÇÃO**

É notório que o ambiente econômico, favorecido pelos processos de globalização produtiva e financeira, oferece amplas oportunidades de acordos, conluios e concentrações entre ofertantes de determinado mercado. Neste cenário, torna-se necessária uma política anti-truste eficiente, que coloque o bem-estar social acima da busca dos interesses privados por maiores lucros e promova a eficiência produtiva.

Assim, o interesse juridicamente protegido pela lei antitruste é da sociedade como um todo e é este que deve nortear toda a análise concorrencial. Portanto o foco da manutenção de mercados competitivos não é a proteção de algum concorrente prejudicado, mas o bem-estar do conjunto da sociedade.

Mesmo com essa necessidade de um ambiente competitivo sadio, a legislação brasileira só estabeleceu de fato um marco regulatório anti-truste em 1994. A lei 8.884 instituiu o Sistema Brasileiro de Defesa de Concorrência (SBDC), formado por três instituições públicas, o CADE, a SDE e a SEAE. Há uma separação de funções entre esses órgãos, que se complementam e dão forma a execução da política antitruste brasileira<sup>3</sup>.

### **1.2. ORGÃOS EXECUTIVOS DA POLÍTICA ANTITRUSTE BRASILEIRA**

A definição das funções dos órgãos estatais responsáveis pela aplicação da política de defesa de concorrência brasileira é previsto na citada Lei Antitruste de 1994<sup>4</sup>. Há uma

---

<sup>3</sup> O período da ditadura militar no Brasil foi marcado pelo grande intervencionismo estatal na economia brasileira. Neste cenário, os extintos Conselho Interministerial de Preços – CIP, Conselho de Desenvolvimento Industrial – CDI e Carteira de Comércio Exterior do Banco do Brasil – CACEX eram responsáveis pela execução de estratégias e políticas empresariais do governo. Neste sentido, a política antitruste também é inserida, porém com o viés da promoção do desenvolvimento da indústria doméstica. Nesse sentido, pode-se dizer que a política anti-truste que antecede a Lei 8.884 era totalmente subordinada ao interesse desenvolvimentista do Estado. Como destaca Santacruz (1998), “... o processo de concorrência nos mercados, na história recente do Brasil (referência a década de 70 e 80), foi marcado pela intervenção e pela reserva de mercado.” (SANTACRUZ, Ruy. 1998, p. 4)

<sup>4</sup> A Lei Antitruste brasileira foi alterada num passado recente, mais especificamente no dia 30 de novembro de 2011. No entanto, como o caso analisado nesta monografia precede tal alteração, a Lei Antitruste tomada como referência é a de 1994

exceção para as agências reguladoras, que também desempenham, entre outras coisas, esta função. Conforme explicitado, três são os órgãos executivos considerados autoridades antitruste: o CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), a SDE (Secretaria de Direito Econômico) e a SEAE (Secretaria de Acompanhamento Econômico). As duas primeiras autoridades antitruste são vinculadas ao Ministério da Justiça, enquanto que a última é vinculada ao Ministério da Fazenda. Esses três órgãos conjuntamente formam o Sistema Brasileiro de Defesa de Concorrência (SBDC).

A SDE tem como principais funções a identificação e investigação de infrações à ordem econômica, bem como instituir a análise de atos de concentração econômica. Ou seja, é a SDE que, ao identificar alguma suspeita de prática anticompetitiva, abre o processo administrativo para dar início às investigações e auxilia o CADE, em esfera jurídica, na análise do processo aberto.

A SEAE compete principalmente a emissão de pareceres da esfera econômica para auxílio da análise de atos de concentração e de práticas anticompetitivas.

Já ao CADE compete, entre suas principais atribuições, julgar os casos identificados e previamente analisados pela SDE e pela SEAE. Ou seja, cabe ao CADE a decisão final sobre qualquer assunto relacionado à política antitruste. Este órgão possui funções: (i) preventiva, ao julgar os atos de concentração; (ii) repressiva, ao condenar práticas anticoncorrenciais; (iii) e educativa, atuando na difusão da cultura concorrencial.

Em termos práticos, a organização do SBDC é muito bem resumida por Santacruz (1998):

“A notificação de um ato, no âmbito do artigo 54 (da Lei 8.884), é feita na SDE, que a envia para a SEAE elaborar um parecer econômico. Uma vez emitido o parecer da SEAE, cabe à SDE emitir um parecer de corte jurídico sobre a operação. Os dois pareceres são, então, enviados para o CADE, que decide pela aprovação ou não da operação notificada, podendo também realizar diligências complementares.”  
(SANTACRUZ, Ruy. 1998, p. 118)

### 1.3. O PROCESSO DE DEFESA DE CONCORRÊNCIA NO BRASIL

#### 1.3.1. FUNÇÃO SOCIAL DA DEFESA DE CONCORRÊNCIA

Acredita-se que, deixando de lado exceções onde o monopólio resulta em menores custos (como, por exemplo, o caso de monopólios naturais), quanto maior a concorrência em

um determinado mercado, maior será a eficiência deste. Em outras palavras, a existência de concorrência é vista como fator que contribui para diminuição de preços, aumento de qualidade dos produtos, maior geração de inovações e diversificações, ou seja, fatores que contribuem para a geração de bem estar social. Como destaca Maria Mello (2001),

“Uma política de defesa da concorrência tem por finalidade garantir a existência de condições de competição, preservando e/ou estimulando a formação de ambientes competitivos com vistas a induzir, se possível, maior eficiência econômica como resultado do funcionamento dos mercados.” (MELLO, Maria. 2001, p. 3)

A forma pela qual a defesa de concorrência se realiza seria reprimindo a criação e o exercício do poder abusivo de mercado das empresas, que na busca por maiores lucros, tendem a utilizar sua possível posição dominante para, cercear o processo competitivo e, conseqüentemente, aumentar arbitrariamente o preço de seus produtos. Deste modo, quando há o exercício do poder de mercado, os consumidores são prejudicados e, por conseqüência, o interesse social é contrariado.

### 1.3.2. IDENTIFICAÇÃO E CARACTERIZAÇÃO DA CONDUTA

Toda análise de alguma conduta concorrencialmente restritiva tem seu início, obviamente, na identificação e caracterização desta conduta. De acordo com a Resolução nº 20 do CADE, de 9 de junho de 1999<sup>5</sup>, esta caracterização consiste em descobrir por meio de qual produto/serviço essa prática se realiza, bem como a sua autoria, a racionalidade de quem a pratica, a natureza horizontal ou vertical do ato, a análise preliminar de seus efeitos prováveis sobre o(s) mercado(s) e, por fim, uma primeira proposta de enquadramento legal.

Portanto, a *(i) identificação e caracterização de uma conduta potencialmente restritiva* é o primeiro passo para a análise antitruste<sup>6</sup>.

### 1.3.3. PODER DE MERCADO

É consenso na teoria econômica que o fator que favorece uma prática prejudicial à concorrência é o poder de mercado. Se um agente não tem poder de mercado, ele não tem condições de elevar preços arbitrariamente, visto que este agente perderia o mercado para

<sup>5</sup> A referida resolução disciplina e formaliza os processos no CADE, referentes aos atos que trata a Lei n. 8.884/94

<sup>6</sup> A explanação do “passo a passo” de uma defesa de concorrência no Brasil, iniciado nesta seção, foram baseados na tese de doutorado de Guilherme Maia (2003).

seus concorrentes. Assim, a própria concorrência o puniria e a prática restritiva não se sustentaria.

Esta idéia é melhor elaborada por Santacruz (1998), quando este diz que “é fundamental ressaltar que a caracterização da conduta anticompetitiva depende da existência de poder de mercado por parte do(s) vendedor(es). No limite, num mercado perfeitamente competitivo, as firmas não teriam poder para impor sua política comercial, uma vez que o cliente sempre teria outras opções de fornecimento. Dessa maneira, a conduta anticompetitiva só se efetiva quando a firma tem poder de mercado para constranger o cliente ou impor a ele suas condições, (...)”<sup>7</sup>.

De acordo com o “Guia Prático do CADE – A Defesa de Concorrência no Brasil”, o poder de mercado existe quando uma empresa possui a capacidade de “manter seus preços sistematicamente acima do nível competitivo de mercado sem com isso perder todos os seus clientes”<sup>8</sup>.

Geralmente uma empresa possui essa capacidade de fixar o preço de seu produto acima do nível competitivo por um tempo significativo, quando ela possui um *market-share* elevado, ou seja, quando a empresa possui grande parcela de vendas no mercado em questão.

De acordo com a Lei Antitruste de 1994, a existência de poder de mercado por si só não é algo ilícito. Vejamos o que diz o artigo 20, desta Lei Antitruste.

“Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros;

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

§ 1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II.”<sup>9</sup>

De acordo com o artigo em tela, pode-se inferir que a existência de poder de mercado é uma condição necessária para a existência de alguma prática anticompetitiva, não obstante a

<sup>7</sup> SANTACRUZ, Ruy. 1998, p. 6-7

<sup>8</sup> BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Guia Prático do CADE – A defesa da concorrência no Brasil. 3. ed. Brasília p. 24

<sup>9</sup> BRASIL. Lei n. 8.884 de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências.

existência do poder de mercado não poder ser considerada, *per se*, algo ilícito. O que configura uma ilicitude, portanto, é uma conduta anticompetitiva, um efeito, cuja existência está baseada no poder de mercado. Portanto, um agente econômico cumpre a lei enquanto não provoca efeitos anticoncorrenciais.

Complementando a explanação deste artigo, em termos jurídicos, a Lei Antitruste é um caso de responsabilidade objetiva. O ofertante responde pela prática independentemente da culpa, visto que a intenção da prática não é o foco da análise.

#### 1.3.4. MERCADO RELEVANTE

Desta forma, uma prática anticompetitiva está condicionada à existência de poder de mercado. O passo logicamente prévio à identificação deste poder consiste na delimitação do mercado em que tal poder é exercido e dos mercados que influenciam ou são influenciados por essa posição dominante. Ou seja, é preciso definir, o que no âmbito da análise antitruste se denomina “mercados relevantes”.

No Brasil, a definição legal de mercado relevante se encontra na citada Resolução n. 15, de 1998 do CADE. Na referida resolução, a definição de mercado relevante se dá pelas óticas do produto e geográfica.

Pela ótica do produto, o mercado relevante “compreende todos os produtos/serviços considerados substituíveis entre si pelo consumidor devido às suas características, preços e utilização”<sup>10</sup>. Ou seja, na dimensão produto, delimita-se os produtos idênticos e substituíveis em relação ao produto cujo mercado é alvo de análise.

Já pela ótica geográfica, o mercado relevante “compreende a área em que as empresas ofertam e demandam produtos/serviços em condições de concorrência suficientemente homogêneas em termos de preços, preferências dos consumidores, características dos produtos/serviços. (...) fazem parte de um mercado relevante geográfico, de um modo geral, todas as firmas levadas em conta por ofertantes e demandantes nas negociações para a fixação dos preços e demais condições comerciais na área considerada.”<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Resolução n. 15 de 19 de agosto de 1998. Disciplina as formalidades e os procedimentos no CADE, relativos aos atos de que trata o artigo 54 da Lei 8.884, de 11 de junho de 1994. p. 13

<sup>11</sup> *Ibidem*



Portanto, faz todo o sentido delimitar uma área geográfica para os mercados relevantes, visto que a distância atua de forma a limitar a oferta de produtos, dada a localização do demandante.

Assim, a análise antitruste, apresentada até aqui envolve duas etapas: *(i) identificação e caracterização de uma conduta potencialmente restritiva; e (ii) a delimitação dos mercados relevantes e as firmas participantes.*

### 1.3.5. GRAU DE CONCENTRAÇÃO

Uma vez delimitados os mercados relevantes, é em relação a estes que serão realizados os estudos sobre o grau de concentração. Na maioria dos casos, a existência de posição dominante está totalmente relacionada à parcela de mercado que tal ofertante possui. Assim, o grau de concentração reflete se a participação de vendas num determinado mercado se encontra bem distribuída ou concentrada em poucos ofertantes.

Existem diversos indicadores de concentração utilizados para verificar se determinado mercado é concentrado ou não, e, principalmente, para verificar o poder de mercado gerado por um ato de concentração. De um modo geral, não existe um indicador melhor ou pior. A estrutura de cada mercado e a disponibilidade de dados é que definem qual o melhor indicador a ser utilizado para a análise.

A mencionada Resolução nº 20 do CADE explicita um índice de concentração comumente utilizado numa análise concorrencial, o “Índice  $C_i$ ”. Conforme esta resolução, o Índice  $C_i$  “mede a participação percentual das “i” maiores empresas no mercado relevante. Assim, pode-se utilizar o “C2” que é a participação percentual das 2 maiores empresas no mercado, o “C3” das três maiores e assim por diante.”<sup>12</sup>

Para a identificação de posição dominante, é importante estabelecer uma fronteira que defina a existência ou inexistência do poder de mercado, baseado na concentração do mesmo. O art. 20 da Lei nº 8.884 (Lei Antitruste) define um parâmetro de presunção de posição dominante. Qualquer empresa que possua 20% ou mais de *market-share* num determinado mercado tem a possibilidade de possuir posição dominante. Portanto, de uma maneira geral,

---

<sup>12</sup> BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Resolução n. 15 de 19 de agosto de 1998. Disciplina as formalidades e os procedimentos no CADE, relativos aos atos de que trata o artigo 54 da Lei 8.884, de 11 de junho de 1994.

qualquer empresa com menos de 20% de controle do mercado relevante não é considerada capaz de realizar práticas restritivas.

Desse modo, pode-se considerar um procedimento adicional a análise de uma conduta concorrencialmente restritiva. Começa-se, como dito, pela *(i) identificação e caracterização de uma conduta potencialmente restritiva*; posteriormente faz-se a *(ii) delimitação dos mercados relevantes e as firmas participantes*; para então *(iii) mensurar a grau de concentração* a fim de se identificar a existência de poder de mercado.

### 1.3.6. ELASTICIDADES

A literatura de defesa de concorrência, em sua maioria, instrui que, para uma análise concorrencial, após definidos os mercados relevantes é necessário identificar as elasticidades dos mesmos. A condição para que haja poder de mercado é que os mercados relevantes apresentem baixa elasticidade-preço de demanda. Esta noção é bem explicada por R. Posner:

“(...) o conceito de elasticidade (é) indispensável para conferir significado ao conceito de mercado. Os ganhos potenciais de colusão serão quase certamente pequenos se um pequeno aumento acima do preço competitivo vier a ocasionar uma redução proporcionalmente muito maior na quantidade demandada do produto, resultando numa receita total acentuadamente inferior sob o preço mais elevado. Em tais circunstâncias é de qualquer modo improvável que os vendedores venham a formar alguma colusão, de forma que não é preciso preocupar-se muito com uma fusão ou conjunto de fusões que reduza o seu número, com isso reduzindo os custos de colusão.” (POSNER, R. Antitrust Law. An Economic Perspective. University of Chicago Press, 1976, p.126.)

Isso faz todo o sentido pois mesmo que um ofertante consiga elevar o preço de um produto arbitrariamente, caso a demanda caia mais que proporcionalmente à elevação desse preço (alta elasticidade-preço de demanda), o lucro deste ofertante iria diminuir. Desse modo a alta elasticidade-preço da demanda retiraria o incentivo do ofertante para elevar o preço de seu produto, mesmo este ofertante tendo poder de mercado.<sup>13</sup>

### 1.3.7. ESTRUTURA DO MERCADO

Tendo identificado, através da concentração do mercado, alguma posição dominante, deve-se então analisar se as estruturas do mercado favorecem ou não o exercício deste poder.

<sup>13</sup> Os relatórios, votos e pareceres do processo administrativo referente a TSE em geral pouco utilizam informações sobre elasticidades. De fato, para alguns casos, como o analisado nesta monografia, o cálculo das elasticidades com elevado grau de confiança se torna impraticável. Por isso não se faz aqui um maior aprofundamento sobre este aspecto da defesa de concorrência.

O fator que influencia fortemente a probabilidade do exercício desse poder está relacionado à estrutura do mesmo.

Por isso, a etapa seguinte para a análise concorrencial passa pela identificação de características como barreiras à entrada, o número e tamanho de produtores e dos consumidores.

Conforme Maia (1997), “avaliem-se as condições de entrada, isto é, a probabilidade de novas firmas passarem a atuar no mercado relevante de forma rápida e com uma produção suficiente para contestar as empresas estabelecidas”<sup>14</sup>. Caso essa probabilidade seja alta, “qualquer tentativa de elevar o preço para obter lucros extraordinários seria obstruída pela entrada de novos competidores, o que reduziria o grau de concentração e levaria a reduções de preço.”<sup>15</sup>

A existência de diversos concorrentes também contribui para inibir o exercício do poder de mercado, visto que um mercado desconcentrado (com muitos ofertantes) é, em geral, marcado pela forte concorrência.

O número e tamanho de compradores também influencia na probabilidade do exercício do poder de mercado. Quanto maior o tamanho e menor o número de compradores, maior é o poder de barganha desses consumidores frente aos ofertantes. A existência de considerável poder de barganha dos compradores dificulta o exercício de poder de mercado por parte dos ofertantes.

Além disso, há que se observar se o mercado é marcado pela alta rivalidade entre seus concorrentes, o que incita a concorrência. É prudente levar em consideração o ritmo das inovações no(s) mercado(s) analisado(s). Neste ponto, quanto maior a diferenciação de produtos, menos competitivo é o mercado, visto que a substituição de um produto pelo do outro concorrente se torna menos flexível.

Desta forma, apresentada até aqui, a análise concorrencial envolve: (i) *identificação e caracterização de uma conduta potencialmente restritiva*; (ii) *delimitação dos mercados*

---

<sup>14</sup> MAIA, G. B. S. Defesa da concorrência e eficiência econômica: uma avaliação dos casos Ambev e Nestlé-Garoto. 2005. 218 f. Tese (Doutorado em Economia) – Instituto de Economia – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. p. 71

<sup>15</sup> *Ibidem*

*relevantes e das firmas participantes; (iii) mensuração do grau de concentração; e (iv) análise da estrutura dos mercados relevantes.*

### 1.3.8. EFICIÊNCIA PRODUTIVA

Uma vez identificada uma conduta restritiva, oriunda de um abuso de posição dominante existente dentro do mercado relevante da conduta, aliado à existência de condições estruturais que não dificultam o exercício deste poder, deve-se então, como ultimo passo, ponderar os efeitos líquidos dessa prática restritiva.

Como o bem-estar social é o interesse juridicamente protegido pela Lei Antitruste, deve-se reconhecer que “certas condutas restritivas ou certos atos de concentração, ainda que provoquem efeitos negativos sobre a concorrência, podem também gerar ganhos de *eficiência* que os compensem. (...) Nesses casos, há consenso no sentido de que tais condutas ou atos de concentração não devem ser proibidos quando seus eventuais efeitos restritivos forem devidamente compensados pelas *eficiências* por eles geradas; caso contrário, a aplicação da lei provocaria ineficiências nos mercados e teria um resultado contrário ao interesse social.”<sup>16</sup>

De um lado, o efeito negativo de determinada prática restritiva se sustenta pelo fato de que, ao concentrar o mercado num ofertante, este teria mais poder de mercado, o que torna mais fácil o abuso deste poder e, conseqüentemente, a ocorrência de elevação arbitrária de preços, aumento de barreiras a entrada, diminuição de oferta e de inovações tecnológicas.

Por outro lado, o efeito positivo se sustenta pela possibilidade de se obter ganhos de eficiência. Estes ganhos de eficiência estão, na maioria das vezes, relacionados à economias de escala. Um mesmo agente irá controlar uma maior produção e isto pode fazer com que haja diminuição de custos, aumentos de produtividade e/ou qualidade, aperfeiçoamentos tecnológicos, entre outros.

Ponderando-se os efeitos líquidos da prática restritiva, chega-se a um esclarecimento sobre de que forma esta prática impactará o bem-estar social. Quando o efeito restritivo é mais que compensado pelos benefícios por ele gerados, como explicitado por Mello (2001), recomenda-se a não proibição dessa prática anticoncorrencial. Em outras palavras, quando o efeito líquido de uma prática restritiva for positivo, ela é lícita, mesmo que o ganho em termos de bem-estar venha acompanhado de danos à concorrência.

---

<sup>16</sup> MELLO, M. T. L. Textos para discussão n. 458 IE/UFRJ. Notas sobre o Sistema de Defesa de Concorrência no Brasil. 2001. p. 6

Os casos de existência de monopólio lícito são justificados, em linhas gerais, pelo fato de o custo de produção, e portanto o preço final, ser inferior ao custo produtivo quando comparados com situações nas quais várias empresas ofertam esse mesmo produto. Todavia, o caso de monopólio não é alvo de análise deste trabalho acadêmico, pois não se enquadra no mercado concorrencial de armazenagem de contêineres.

#### 1.3.9. O MODELO BÁSICO DE DEFESA DE CONCORRÊNCIA

Enfim, a análise dos efeitos líquidos de uma conduta restritiva é o último passo da análise antitruste. Desta forma, pode-se completar o modelo básico de defesa de concorrência desenvolvido ao longo do capítulo, que toma a seguinte forma:

- (i) *identificação e caracterização de uma conduta potencialmente restritiva;*
- (ii) *delimitação dos mercados relevantes e das firmas participantes;*
- (iii) *mensuração do grau de concentração; se houver um ofertante detendo mais de 20% do market-share, há posição dominante.*
- (iv) *análise da estrutura dos mercados relevantes, para verificar a probabilidade do abuso do poder de mercado ocorrer;*
- (v) *se há uma conclusão que a prática causa danos a concorrência, deve-se calcular os efeitos líquidos dessa prática.*

#### 1.4. CONCLUSÃO

Definidos todos conceitos referentes a análise de defesa de concorrência e tendo como referência a execução da política de defesa antitruste brasileira, pode-se avançar na avaliação do caso objeto desta monografia. Faz-se a aplicação destes conceitos no caso da cobrança da TSE, a fim de se extrair conclusões sobre a legitimidade da mesma.

## CAPÍTULO II – CONHECENDO A TSE

### 2.1 ESTRUTURA E ORGANIZAÇÃO PORTUÁRIA

Para se ter um pleno entendimento sobre o mercado de serviços portuários no segmento de armazenamento de contêineres e, conseqüentemente, avaliar as práticas competitivas ali investigadas, é imprescindível a abordagem dos seguintes fatores: os agentes econômicos, suas respectivas funções, serviços ofertados dentro deste mercado e nos mercados relevantes. Portanto, é vital para a análise a explicação de como se dá a operação da logística portuária.

A descrição apresentada nesta seção refere-se aos portos com administração federal, que representam a maioria e os mais importantes portos brasileiros, como por exemplo, o Porto do Rio de Janeiro, o Porto de Itajáí e o Porto de Santos.

Apesar de a legislação referente a essa organização portuária ter mudado num passado recente, com a Lei n. 12.815 de 5 de junho de 2013, a análise aqui desenvolvida aplica-se sobre um mercado que operava sob um conjunto de regras que precedeu a legislação vigente. Portanto, descreveremos as bases da organização portuária como prevista na Lei n. 8630 de 25 de fevereiro de 1993. Afinal, foi baseada nesta regulamentação que, tanto o CADE quanto a ANTAQ, tomaram suas decisões.

Para a compreensão do que é a TSE, é preciso definir alguns elementos e agentes que compõem o modelo de exploração dos portos. Tais conceitos estão definidos nesta mesma Lei n. 8630/93.

Conforme prevê a Constituição de 1988, Art. 21 inciso XII alínea d, é de responsabilidade da União a exploração, direta ou indireta (neste último caso, somente mediante concessão), dos portos organizados. Por portos organizados entende-se:

“(…) bem público construído e aparelhado para atender a necessidades de navegação, de movimentação de passageiros ou de movimentação e armazenagem de mercadorias, e cujo tráfego e operações portuárias estejam sob jurisdição de autoridade portuária.” (BRASIL. Lei n. 8630 de 25 de fevereiro de 1993. Dispõe sobre o regime jurídico da exploração dos portos organizados e das instalações portuárias e dá outras providências.)

Desde 1975, uma empresa estatal, vinculada ao Ministério dos Transportes, a Portobrás, era responsável pelo controle e pela exploração e gestão da atividade portuária no

Brasil. Esta empresa detinha sob seu controle diversas instituições, de menor porte, que realizavam toda a operação portuária em si. Este modelo de exploração portuária caracterizava-se pela excessiva centralização, visto que era a Portobrás a controladora dessas instituições menores, que por sua vez eram compostas, em sua maioria, pelas Companhias Docas.

Em 1990, há uma reorganização deste setor com a extinção da Portobrás. Deste modo, a administração dos portos recaiu diretamente para as Companhias Docas. Acreditava-se que descentralizando a administração dos portos haveria maior eficiência no funcionamento dos mesmos.

Com a Lei dos Portos de 1993, a ordem jurídica passa por uma inovação, dando o poder às Companhias Docas de terceirizarem, através de licitações, o serviço de estiva, movimentação, armazenagem de cargas, entre outros. A empresa vencedora dessa licitação é denominada “Operador Portuário”, definida por essa mesma lei como:

“(…) a pessoa jurídica pré-qualificada para a execução de operação portuária na área do porto organizado.” (BRASIL. Lei n. 8630 de 25 de fevereiro de 1993. Dispõe sobre o regime jurídico da exploração dos portos organizados e das instalações portuárias e dá outras providências.)

Desta forma, as Companhias Docas deixam de ser responsáveis por toda a operação portuária, ou seja, deixam de ser monopolistas. Com a terceirização, as Companhias Docas passaram a desempenhar o papel de autoridade portuária, cuja principal função é fiscalizatória.

Em outras palavras, o operador portuário vencedor da licitação atua, dependendo do tamanho do porto, como monopolista, dentro do porto licitado, desempenhando serviços de estivação (embarque e desembarque de cargas), movimentação, separação e armazenagem de cargas. Este agente se submete ao controle da autoridade portuária, como por exemplo as Companhias Docas, que atua de forma a garantir a qualidade, eficiência e regulação dos serviços prestados.

Além disso, a Lei dos Portos de 1993 não previu o monopólio do poder regulatório da administração dos portos. Naquele momento, houve a criação do CAP, Conselho de Autoridade Portuária, tendo cada porto seu próprio CAP. Este conselho, por ser formado por representantes do Governo Federal, Estadual, dos armadores, dos operadores portuários e dos trabalhadores portuários, tinha também como principal atribuição o caráter regulatório, porém com intervenções de vários agentes portuários nas deliberações.

## 2.2 EXPLORAÇÃO DOS TERMINAIS ALFANDEGADOS

Como regra, um acréscimo no volume de cargas transportadas produz em geral um aumento na armazenagem de cargas. Com um crescimento acima do esperado da movimentação de cargas por via marítima (ver Tabela I), os portos organizados tinham uma oferta insuficiente de armazenagem de contêineres, frente a uma crescente demanda por esse tipo de serviço.

**Tabela I - Quantidade de cargas transportadas em toneladas**

| Cargas                          | 1993        |       | 1998        |       | 2002        |         | Var. % no período |
|---------------------------------|-------------|-------|-------------|-------|-------------|---------|-------------------|
|                                 | t           | %     | t           | %     | t           | %       |                   |
| <b>TOTAL GERAL</b>              | 346.967.267 | 100%  | 443.004.594 | 100%  | 532.141.541 | 100,00% | 53,37%            |
| <b>Total Portos Públicos</b>    | 89.529.146  | 25,8% | 126.818.237 | 28,6% | 182.950.259 | 34,38%  | 104,35%           |
| <b>Total Terminais privados</b> | 257.438.121 | 74,2% | 316.186.357 | 71,3% | 349.191.282 | 65,62%  | 35,64%            |

Fonte: ANTAQ

Neste contexto, se tornou necessário estabelecer um conjunto de ações que desafogasse a armazenagem de cargas nos portos organizados. Além disso, a má qualidade no serviço de armazenagem, onde os contêineres eram constantemente sujeitos a furtos e avarias, também contribuiu para o aparecimento de uma alternativa para a armazenagem alfandegada de contêineres. Tendo isso em vista, em 1996 o governo federal começou a adotar medidas regulatórias visando o maior e melhor funcionamento de terminais retroportuários alfandegados.

De acordo com o Decreto Presidencial n. 1910/96, que regulamenta e flexibiliza o funcionamento desses terminais, entende-se por terminais retro-portuários alfandegados:

(as) “Instalações destinadas à prestação dos serviços públicos de movimentação e armazenagem de mercadorias importadas ou a exportar, não localizadas em área de porto ou aeroporto” (BRASIL. Decreto n. 1910 de 21 de maio de 1996. Dispõe sobre a concessão e a permissão de serviços desenvolvidos em terminais alfandegados de uso público, e dá outras providências)

O termo “terminal retro-portuário alfandegado” tem abrangência para receber cargas marítimas, terrestres e aéreas. Os terminais alfandegados utilizados para armazenagem de cargas marítimas se dividem em TRAs (Terminais Retroportuários Alfandegados), localizados próximo a um porto, porém fora da zona portuária, e em EADIs (Estações



Aduaneiras Interiores), que se localizam mais afastadas do litoral. Como simplificação, esses dois tipos de terminais alfandegados são chamados de “portos secos”.

A Receita Federal do Brasil define o porto seco da seguinte maneira:

“Portos secos são recintos alfandegados de uso público, situados em zona secundária, nos quais são executadas operações de movimentação, armazenagem e despacho aduaneiro de mercadorias e de bagagem, sob controle aduaneiro.”<sup>17</sup>  
(BRASIL. Ministério da Fazenda. Receita Federal. Disponível em <<http://www.receita.fazenda.gov.br/aduana/LocaisRecintosAduaneiros/PortosSecos/Default.htm>> Acesso em 13/01/2014)

Na prática, os portos secos funcionam como um território neutro. Pela ótica da importação, permite que importador deixe a carga importada armazenada neste local e faça a nacionalização da mesma quando necessitar. Além dessa vantagem de possibilitar postegar o pagamento de impostos aduaneiros, também permite ao importador nacionalizar a carga em frações, o que pode impactar favoravelmente o fluxo de caixa e também reduzir o custo de capital de giro do importador.

Já pela ótica das exportações, os portos secos permitem que o exportador adiante a documentação referente à transação, como se a mercadoria já tivesse sido embarcada. Isso se dá a partir do momento que a mercadoria entra no terminal retro-portuário alfandegado.

Com o aumento da exploração dos portos secos, a oferta de armazenagem de carga se expandiu, ou seja, os agentes econômicos que fazem transações internacionais a partir de então não se encontram limitados somente aos armazéns dos portos organizados. Neste novo cenário, a espera pelo transporte marítimo pode se dar também através dos portos secos. Portanto este, por se tratar de um recinto alfandegado, contribui para gerar certo desafogamento de cargas armazenadas nos portos organizados e, portanto, tende a reduzir a pressão sobre a infra-estrutura portuária.

Um detalhe para a análise é que, anteriormente à Lei n. 9.074/1995, os serviços dos portos secos eram considerados como uma atividade econômica normal. Bastava, portanto, uma autorização da Receita Federal para o seu funcionamento. A partir da entrada em vigor da Lei n. 9.074, os portos secos passaram a ter uma regulamentação bem mais abrangente,

---

<sup>17</sup> Nesta definição, considera-se como zona secundária toda a área que não pertence a nenhuma zona de fronteira, aeroporto ou porto, sendo estas três últimas consideradas como zona primária.

sendo considerados serviços públicos, sujeitos ao regime de concessão ou permissão. Essa mudança das regras foi fundamental para garantir segurança e eficiência aos portos secos, fator que contribuiu fortemente para a expansão da utilização deste tipo de serviço.

O regime de concessão se dá quando o porto seco opera em algum imóvel pertencente à União. Excluindo este caso, o porto seco opera sob regime de permissão ou sob o regime de direito privado. Porém este último caso é excepcional, pois foi permitido por uma medida provisória que não se acabou não se transformando em lei.

### 2.3 – ARMADORES

No linguajar portuário, as empresas de logística marítima, proprietárias dos navios que fazem o transporte de contêineres, são chamadas de armadores. Numa definição mais formal, de acordo com o Portal de Informação Portuárias do Governo Federal, entende-se por armador:

“aquele que física ou juridicamente, com recursos próprios, equipa, mantém e explora comercialmente as embarcações mercantis.” (BRASIL. Governo Federal. Portal de Informações Portuárias. Disponível em <[www.portosempapel.gov.br](http://www.portosempapel.gov.br)> Acesso em 13/01/2014

### 2.4 RELAÇÃO ENTRE OS AGENTES PORTUÁRIOS E RESPECTIVAS REMUNERAÇÕES

#### 2.4.1 ARMADORES E OPERADORES PORTUÁRIOS

Com base nas definições apresentadas desses dois agentes, é possível discutir as suas relações. Os armadores, em razão da necessidade de carregar e descarregar seus navios nos portos organizados, contratam os operadores portuários, exclusivos em seus respectivos portos, para a realização de tal serviço.

A resolução n. 1967 da ANTAQ define que a remuneração que os OP's recebem dos armadores, devido ao serviço prestado, se dá pela taxa Box Rate (BR). Nesta mesma norma, a Box Rate é definida como:

(o) “preço cobrado pelo serviço de movimentação das cargas entre o portão do terminal portuário e o porão da embarcação, incluída a guarda transitória das cargas até o momento do embarque, no caso da exportação, ou entre o porão da embarcação e sua colocação na pilha do terminal portuário, no caso da importação, considerando-se, neste último caso, a inexistência de cláusula contratual que determine a entrega no portão do terminal” (ANTAQ. Resolução n. 1967 de 10 de fevereiro de 2011. Aprova proposta de norma que estabelece parâmetros regulatórios a serem observados na prestação dos serviços de movimentação e armazenagem de

contêineres e volumes, em instalações de uso público, nos portos organizados, a fim de submetê-la à audiência pública.)

A Box Rate, portanto, é um preço único, pago por contêiner, para um conjunto de serviços realizados pelos OPs. No caso de serviços adicionais, como carga refrigerada ou frágil por exemplo, há uma remuneração adicional visto que os custos referentes a estes serviços não são abrangidos pela Box Rate. O preço destes serviços adicionais, segundo normas da ANTAQ, é combinado livremente entre as partes envolvidas, ou seja, OPs e armadores.<sup>18</sup>

#### 2.4.2 ARMADORES E SEUS CLIENTES

Os clientes dos armadores portuários são os agentes econômicos que precisam transportar alguma carga transacionada, seja ela importada, exportada ou transacionada nacionalmente (no linguajar portuário, esse transporte de cargas dentro de um mesmo país é chamado de cabotagem). O meio para se auferir esse transporte é contratando uma empresa de logística marítima, ou seja, os armadores.

Uma característica desta relação é que os clientes dos armadores não escolhem o terminal portuário em que a carga será embarcada. São os próprios armadores que fazem essa escolha. Isso é totalmente plausível, pois, se a escolha do terminal portuário a ser utilizado fosse feita pelos clientes dos armadores, a atividade se tornaria economicamente inviável. Os custos iriam subir significativamente a medida que cada importador/exportador escolhesse um porto diferente para embarcar e desembarcar seus mercadorias.

Além da remuneração cobrada pelo serviço de transporte, os armadores cobram de seus clientes a chamada THC (do inglês, Terminal Handling Charge). Da resolução da ANTAQ n. 1967, a THC é interpretada como:

(o) “preço cobrado pelo serviço de movimentação de cargas entre o portão do terminal portuário e o costado da embarcação, incluída a guarda transitória das cargas até o momento do embarque, no caso da exportação, ou entre o costado da embarcação e sua colocação na pilha do terminal portuário, no caso da importação;” (ANTAQ. Resolução n. 1967 de 10 de fevereiro de 2011. Aprova proposta de norma que estabelece parâmetros regulatórios a serem observados na prestação dos serviços de movimentação e armazenagem de contêineres e volumes, em instalações de uso público, nos portos organizados, a fim de submetê-la à audiência pública.)

---

<sup>18</sup> No terceiro capítulo desta monografia, a abrangência dos serviços remunerados pela Box Rate será fundamental para a análise da legitimidade da TSE.

Em outras palavras, esta taxa é paga pelos agentes econômicos que necessitam transacionar alguma carga e tem a função de restituir a empresa armadora o custo gerado pelo pagamento da Box Rate ao operador portuário. Neste trabalho acadêmico, chamaremos tal taxa de THC.

#### 2.4.3 PORTOS SECOS E OPERADORES PORTUÁRIOS

Como os operadores portuários também ofertam o serviço de armazenagem alfandegada de contêineres, cabe ao importador/exportador escolher qual recinto alfandegado, seja em TRAs, EADIs ou com os OP, sua empresa utilizará para fazer a armazenagem da carga.

Exclusivamente no caso da importação, quando o importador faz uso da armazenagem alfandegada oferecida pelos portos secos, os OP's cobram um taxa dos TRA's devido a possíveis custos adicionais gerados pela segregação e movimentação diferenciada de contêneires dentro do porto.<sup>19</sup>

Tal segregação consistiria na separação de contêineres que destinariam ao armazém do terminal portuário ou aos portos secos. Tal movimentação seria a entrega de contêineres no portão do porto, ao invés de serem destinados ao armazém dos OPs. Tais custos seriam provenientes do ingresso e trânsito de veículos de terceiros dentro do porto organizado, aliados com os custos de controle que essa movimentação gera.

A taxa que onera os OP's em relação a esses custos acima descritos se chama Handling In, Handling Out, THC 2 (Terminal Handling Charge 2), ou ainda Taxa de Segregação e Entrega (TSE). Neste trabalho, utilizaremos a termo TSE para se referir a tal taxa.

Como destacou Luiz Carlos Delorme Prado, conselheiro do CADE e relator do referido processo, na justificativa do seu voto, só compete a pessoa jurídica de direito público instituir e cobrar do que se é denominado taxa. Portanto, apesar do equivocado nome, a TSE tem natureza de “preço” e por isso está sujeita a Lei Antitruste.<sup>20</sup>

Num primeiro momento, são os TRA's que são responsáveis por pagar essa taxa ao OP, porém esse custo é repassado integralmente para o importador, que, como visto, é responsável por pagar a THC.

---

<sup>19</sup> No capítulo III há a explicação técnica sobre o porquê da TSE ser cobrada somente no caso de importação.

<sup>20</sup> BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo n. 08012.007443/99-17. Voto de PRADO, L.C.D. fls. 3863 dos autos

De forma clara, pode-se perceber que se o agente econômico que deseja transacionar cargas não fizer uso da armazenagem de algum porto seco, ou seja, quando se utiliza a armazenagem do porto organizado, não há a cobrança da TSE. Isso se sustenta pois os supostos custos que justificam a existência dessa taxa, descritos no parágrafo anterior, deixam de existir.

Em um primeiro momento, tem-se por intuição que os portos secos se encontram em desvantagem competitiva em relação aos OP's, visto que toda armazenagem oferecida pelos portos secos tem obrigatoriamente um custo a mais, proveniente da TSE.

Além disso, é nesse ponto que se pode afirmar que a existência e legitimidade da TSE afeta diretamente os custos de importação e exportação no Brasil, visto que é o próprio agente exportador/importador que arca com todos os dispêndios referentes a esta cobrança. Descobrir a legitimidade e a correta precificação dessa taxa é um aspecto que se vincula à discussão sobre o custo logístico brasileiro, que se apresenta de forma muito elevada (12% do PIB) quando comparada a economias europeias (6% do PIB), estadunidense (8% do PIB) e de outros países pertencentes ao BRICS<sup>21</sup> (10% do PIB).<sup>22</sup>

## 2.5 – ESQUEMATIZAÇÃO

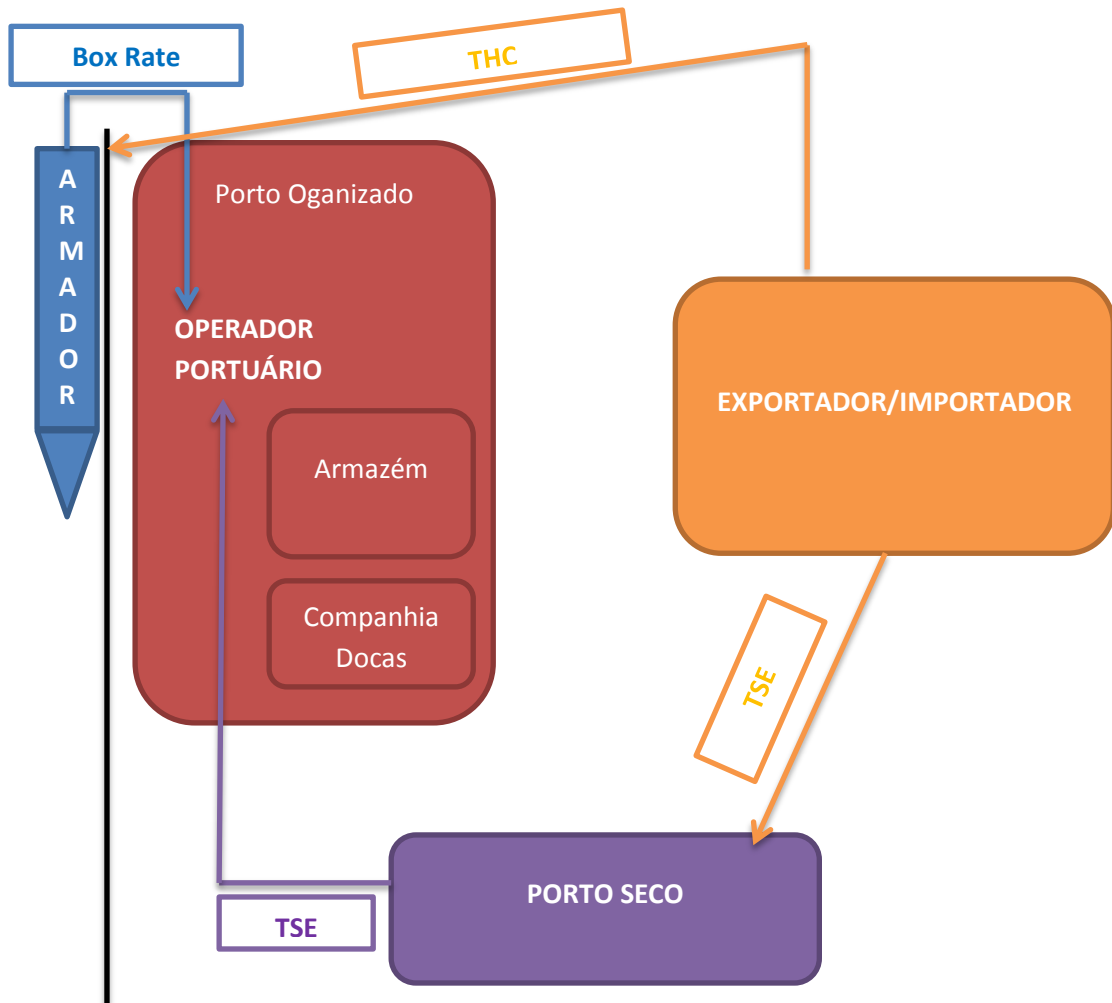
A fim de simplificar as relações e as remunerações portuárias que envolvem o entendimento da cobrança da TSE, pode-se chegar ao fluxograma abaixo, de elaboração própria.

---

<sup>21</sup> Congregação dos países Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul

<sup>22</sup> Instituto Brasileiro de Logística. Disponível em <<http://www.ibralog.org.br>> Acesso em 15/01/2014

Fluxograma 1 – Dinâmica da Atividade Portuária



## CAPÍTULO III – ESTUDO DO CASO DO PORTO DE SANTOS

Iniciado em 1999 e encerrado em 2005, o processo administrativo analisado pelo CADE, relativo a legalidade do cobrança da TSE refere-se à prática do Porto de Santos. A decisão do CADE baseou-se em pareceres e relatórios de diversos acadêmicos, do Conselho do CADE, da Secretaria de Direito Econômico (SDE), da SEAE, do Ministério Público Federal (MPF), da ANTAQ, além de cinco diferentes defesas referentes aos cinco operadores portuários do Porto de Santos. Somente após seis anos de análise, o processo teve um fim. Mesmo assim seu efeito foi temporário, devido à revogação da decisão pela ANTAQ.

Como veremos, a legitimidade da cobrança da TSE suscitou muitas controvérsias, e o caso pode ser considerado bastante complexo.

### 3.1 IDENTIFICAÇÃO DA INFRAÇÃO

A SDE deu abertura ao processo administrativo do caso afirmando que a cobrança da TSE no Porto de Santos possivelmente violava a ordem econômica no tocante aos Art. 20, incisos I a IV, e Art. 21, incisos IV, V, X e XXIV, ambos da Lei Antitruste n. 8.884<sup>23</sup>.

Com base nisto, o Secretário de Direito Econômico, em despacho publicado no Diário Oficial da União de 27 de agosto de 1999, especificou as condutas potencialmente restritivas, praticadas pelos OPs perante aos TRAs, cujos efeitos eram “limitar o acesso de novas empresas ao mercado; criar dificuldades ao funcionamento de empresas concorrentes; regular

---

<sup>23</sup> “Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros;

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.” Lei n. 8.884/94

“Art. 21. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica;

(...)

IV - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;

V - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços;

(...)

X - regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição;

XXIV - impor preços excessivos, ou aumentar sem justa causa o preço de bem ou serviço.”

mercados por meio de acordos para limitar ou controlar a prestação de serviços; impor preços excessivos<sup>24</sup>.

A forma como estas possíveis infrações eram realizadas se daria por intermédio da cobrança da TSE, visto que esta poderia representar um poder dos OPs de eliminarem ou disciplinarem seus concorrentes no mercado de armazenagem alfandegada de contêineres. Através dessa eliminação e/ou disciplina, os OPs influenciaram a formação de preços, auferindo assim maiores lucros.

O raciocínio utilizado para a análise busca identificar, tomando como auxílio os pareceres do processo fornecidos pelo CADE, os motivos que justificam a legalidade da cobrança da TSE e motivos utilizados pelos que defendem a tese contrária.

Seguindo esta linha de raciocínio, a investigação, tanto desta monografia quanto a realizada pelo CADE, buscou responder as seguintes perguntas:

- i)* A entrega de contêineres para os TRAs configura maiores custos para os OPs?
- ii)* Em caso afirmativo, estes custos são remunerados pela Box Rate?
- iii)* A remuneração referente à destinação de contêineres para os TRAs se dá de forma prejudicial a concorrência no mercado de armazenagem alfandega de mercadorias transportadas em contêineres?

### 3.2 VERIFICAÇÃO DE AUMENTO DE CUSTOS PARA A ENTREGA DE CONTÊINERES AOS TRAs

Destaca-se, para início de análise, se a destinação de contêineres, descarregados pelos OPs, para os TRAs conferem maiores custos para esses. Caso esses custos maiores inexistem, não há motivo portanto para a cobrança da TSE.

É difícil encontrar um consenso sobre este assunto nos pareceres e votos do processo administrativo. Isso se justifica pelo fato de que os cinco OPs atuantes no Porto de Santos possuem tamanhos e estruturas diferenciadas, fazendo com que a toda a operação e seus respectivos custos sejam diferentes.

---

<sup>24</sup> BRASIL. Ministério da Justiça. Diário Oficial da União. Disponível em <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/DOU/1999/08/27>> Acesso em 05/02/2014



No entanto, como era de se esperar, todos os OPs apresentaram em suas defesas motivos que levam a entrega de contêineres aos TRAs a acarretarem custos adicionais à operação portuária. Além dos OPs, a SEAE, o relator Luiz Carlos Prado e pareceristas como o prof. Mário Possas (IE/UFRJ) e prof. Afonso de Mello Franco Neto (FGV) se posicionaram de forma a reconhecerem os custos adicionais. Já a SDE afirmou que há uma indefinição sobre os serviços abrangidos pela Box Rate e decidiu não se posicionar sobre o assunto.

Enfim, tais custos adicionais, conforme a análise do professor de Economia da FGV/SP Afonso de Mello Franco Neto, podem ser divididos nas seguintes categorias:

a) Serviços físicos – “..., a transferência de contêineres desembarcados na importação aos TRAs gera dois componentes de custo distintos para o OP. O primeiro componente de custo é aquela associado à movimentação horizontal necessária para a entrega e embarque do contêiner no caminhão do TRA. O segundo componente de custo corresponde ao sobre-dimensionamento dos recursos empregados na movimentação horizontal de desembarque, imposto pela necessidade de segregação dos contêineres para entrega aos TRAs.”<sup>25</sup>

Como custo principal tem-se a operação de segregação dos contêineres que serão armazenados no terminal e os contêineres que seguirão para os TRAs. Essa segregação impõe um custo adicional na operação de desembarque do navio, visto que há uma necessidade de segregação imediata (o que implica maior demanda por mão de obra e equipamentos). Essa necessidade surge pelo prazo dado para a entrega dos contêineres aos TRAs, que é de até 48 horas após o desembarque. Caso o OP deixasse para realizar essa segregação com os contêineres acumulados aleatoriamente no pátio, o custo e o tempo da operação seria maior e o prazo de 48 horas poderia ser estourado.

Nesse ponto, pode-se diferenciar a operação de embarque (que envolve exportação) e desembarque (que envolve a importação). A melhor eficiência no porto é atingida através do tempo mínimo que uma embarcação fica atracada no berço do cais. No caso de embarque de mercadorias, há tempo hábil para se programar e realizar a movimentação horizontal previamente à chegada do navio,

---

<sup>25</sup> BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo n. 08012.007443/99-17. Parecer técnico de NETO, A. A. N. F. fls. 3139 dos autos

ou seja, a movimentação horizontal não freia a movimentação vertical. No caso do desembarque, a segregação de contêineres para movimentação horizontal freia a movimentação vertical, diminuindo assim a eficiência da operação. Para manter essa eficiência, é necessário o maior uso de mão de obra e equipamentos, acarretando em maiores custos. Caso não houvesse a segregação, a movimentação horizontal não iria freiar a movimentação vertical e os custos seriam idênticos ao de embarque.

O custo referente à movimentação horizontal adicional dentro do porto aparentemente também se sustenta. Esse custo seria proveniente dos picos, muito acima da média, de trânsito de veículos dentro do porto, quando um navio com grande quantidade de cargas a serem armazenadas nos TRAs é desembarcado. Esse pico de trânsito de caminhões demanda um espaço maior para estacionamento e manobras de caminhões, mão de obra para a coordenação do trânsito e atendimento aos motoristas dos TRAs. Quando a carga é armazenada no próprio terminal, a retirada pelos importadores se dá de forma mais uniforme e distribuída, sem criar grandes picos de trânsito. Portanto, nesse sentido, também pode-se identificar custos adicionais gerados pela destinação da carga aos TRAs.

Os OPs destacam ainda que a movimentação horizontal da carga entre o cais e o local de retirada pelos caminhões dos TRAs também gera maiores custos. Porém isso aparentemente não se sustenta, visto que a única diferença entre levar a carga para o armazém do terminal e para o local de retirada dos TRAs se dá pelo itinerário que o caminhão faz, não representando custos relevantes.

Como conclui o Prof. Neto, “A transferência para os TRAs gera, portanto, uma externalidade negativa sobre a operação de desembarque, que pode provocar ineficiências econômicas quando seu custo não incide especificamente sobre o agente gerador.”

b) Serviços de administração – os procedimentos administrativos são os mesmos (como por exemplo, transferência de responsabilidade), independentemente se a carga será armazenada no próprio terminal portuário ou nos TRAs.

Como destaca o relator do processo em seu voto, “..., uma vez que rotinas de segurança são necessárias, independente da natureza da operação, não há

evidências de aumento significativo em despesas administrativas com a transferência da carga para os TRAs.”<sup>26</sup>

Portanto não há diferenciação de custos administrativos na destinação da carga.

Porém, como destacou muito bem o relator do processo, a desova de contêineres do porto tem um contrapartida positiva, de forma a diminuir os custos da operação portuária.

O relator identificou rendimentos crescentes de escala na atividade de gestão de terminais de contêineres. Esta atividade demanda um elevado capital inicial, para a compra de equipamentos e construção de infra-estrutura, que é abatido ao longo do tempo, de acordo com a volume de contêineres carregados e descarregados. Por isso, o maior volume de operações significa diminuição de custos. Como destaca o relator:

“A privatização no Porto de Santos criou terminais de contêineres pequenos e com pouco espaço pela padrões mundias. Com essa caracterização não há, com a possível exceção do Terminal Santos Brasil, grandes áreas de armazenagem disponíveis nos terminais portuários. Em casos como este, o aumento da eficiência do terminal pode significar a necessidade de liberar área de armazenagem para ampliar o espaço do pátio para operação.”<sup>27</sup>

Com exceção do maior OP do Porto de Santos (Santos Brasil), que possui grande área para a armazenagem, os outros quatro OPs possuem terminais de contêineres pequenos para os padrões de operação deste porto. Logo a liberação da área de armazenagem pode significar aumento de eficiência da operação, pois esta liberação ampliaria o espaço do pátio para as operações portuárias.

Assim, a destinação de contêineres para os TRAs possui **efeito assimétrico** entre os OPs na definição de custos. Não seria um equívoco dizer que o maior OP, o qual possui grande área no cais de atracação e grande capacidade de armazenagem, encara custos maiores com a destinação de contêineres para os TRAs. Isso se sustenta pelo fato deste agente se beneficiar menos com o efeito positivo da liberação da área de armazenagem, frente aos outros OPs menores.

---

<sup>26</sup> BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo n. 08012.007443/99-17. Voto de PRADO, L.C.D. fls. 3870 dos autos

<sup>27</sup> BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo n. 08012.007443/99-17. Voto de PRADO, L.C.D. fls. 3871 dos autos

Concluindo, “uma avaliação final dos ganhos de eficiência depende da determinação do resultado líquido entre o aumento de custos causados pela entrega de contêineres aos TRAs e os ganhos resultantes da liberalização da área de operação próxima aos berços.”<sup>28</sup>

Houve divergências sobre qual seria esse resultado líquido até mesmo nos votos dos conselheiros do CADE. Por precaução, continua-se a análise sobre a legalidade da TSE sobre a ótica da abrangência de cada cobrança.

Resta agora saber se os possíveis custos adicionais, descritos nesta seção, são legalmente abrangidos pela Box Rate, se a cobrança desse serviço se dá de forma a prejudicar o ambiente competitivo e, por fim, verificar se a possível restrição competitiva tem retornos compensatórios para o bem estar social.

### 3.3 – ABRANGÊNCIA DA BOX RATE

O ponto central desta seção é tentar delimitar a fronteira entre os serviços básicos, que são o pagos pela Box Rate, e os serviços complementares, que, quando existentes, exigem uma remuneração adicional à Box Rate.

Isto posto, não seria um equívoco recorrer às definições de serviços básicos e serviços complementares que estão presente no contrato dos OPs de arrendamento do Porto de Santos. Este contrato define o seguinte:

#### “1.1.1 – Serviços Básicos

São os físicos de manuseio, transporte interno, carregamento e descarregamento de contêineres e/ou mercadorias nas áreas internas do Terminal e a movimentação necessária e suficiente, sob ótica técnica e/ou operacional, para transporte dos contêineres do costado de navios ao portão do Terminal e vice-versa; os de armazenagem, nos limites dos períodos de carência ou franquia concedidos pela arrendatária;

#### 1.1.2 – Serviços Complementares

São os físicos determinados com fins de controle fiscal ou administrativo, que extrapolam os básicos; os documentais e administrativos executados por requisição e no interesse dos importadores, exportadores, armadores, transportadores ou demais operadores logísticos intervenientes, dos seguradores ou de suas vistoriadoras – Comissárias de Avaria e/ou dos representantes legais dos referenciados; os próprios serviços básicos, quando executados em duplicação e/ou repetitivamente, à conveniência dos solicitantes, assim como quaisquer outros decorrentes de

---

<sup>28</sup> BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo n. 08012.007443/99-17. Voto de PRADO, L.C.D. fls. 3872 dos autos

determinação legal ou regulamentar, que extrapolem os serviços básicos; os de armazenagem, em prazos que excedam eventuais períodos de carência ou franquia concedidos pela arrendatária;” Disponível nas fls. 3140 dos autos

Há de se destacar que nesta definição de serviços básicos, que estes englobam todos os serviços necessários para o descarragamento da carga até a sua **entrega no portão do terminal**. Deste modo, segundo esta definição, qualquer cobrança adicional para a realização deste serviço seria ilegal, independente da existência de variação de custos para a realização deste serviço.

Como destaca o relatório elaborado pela SDE, **todos os OPs, em suas respectivas defesas, alegam que a cobrança da TSE é ocasionada pelos serviços complementares que a destinação de contêineres para os TRAs gera** e que esses serviços inexisteriam caso a armazenagem fosse feita no próprio terminal portuário.

No entanto, é preciso diferenciar a existência de custos adicionais e serviços adicionais. De fato, pode ser razoável considerar a existência de custos adicionais na operação necessária para destinação de contêineres para os TRAs, porém, segundo a definição da Box Rate, esta mesma cobrança remuneraria tais custos.

Neste ponto, não seria um equívoco afirmar que há uma dupla cobrança pelo realização de um mesmo serviço. Entre os pareceres e votos do processo que chegaram a essa conclusão, destacam-se o voto do relator, que afirma que “os custos da transferência de contêineres para os TRAs devem estar incluído na Box Rate a ser paga pelas empresas de navegação”<sup>29</sup> e também o parecer do doutor e professor José Tavares Araújo, que conclui o seguinte:

“a movimentação de cargas a partir do convés ou dos portões do navio até o portão do terminal portuário, incluindo a respectiva entrega, já é paga pelo armador ou transportador portuário, por meio de valor estabelecido em contrato com base no custo médio das operações.” BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo n. 08012.007443/99-17. Parecer técnico de ARAÚJO Jr., J. T. fls. 3110 dos autos

Mesmo com esta provável ilegalidade da TSE, por motivo de dupla cobrança de um mesmo serviço, continua-se a análise para saber quais os impactos que a referida cobrança gera no ambiente competitivo de seu mercados relevantes.

---

<sup>29</sup> BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo n. 08012.007443/99-17. Voto de PRADO, L.C.D. fls. 3874 dos autos

### 3.4 – IDENTIFICAÇÃO DOS MERCADOS RELEVANTES

Conforme explicitado no Capítulo I, toda análise de defesa de concorrência se inicia na identificação e caracterização da infração. Tendo essa etapa sido realizada no item 3.1, o próximo passo então é a delimitação dos mercados relevantes.

#### 3.4.1 – MERCADOS RELEVANTES NA DIMENSÃO PRODUTO

Os pareceristas do caso tiveram muito pouco consenso em suas análises. Todavia, na identificação dos mercados relevantes houve uma certa convergência, no sentido de considerarem dois mercados relevantes na dimensão do produto, que são os seguintes:

(i) *mercado de movimentação de contêineres* – nele são ofertados os serviços de carga e descarga dos navios, a movimentação das cargas dentro do cais e a armazenagem intermediária para tal processo. Como visto, este conjunto de serviços é ofertado exclusivamente pelos operadores portuários e demanda um acesso ao berço no cais do porto.

(ii) *Mercado de armazenagem alfandegada de mercadorias transportadas em contêineres* – Além da armazenagem em si, este mercado também envolve a questão do transporte dos contêineres e cuidados especiais, como carga refrigerada. Atuam como ofertantes neste mercado os TRAs, as Estações Aduaneiras de Interior (EADIs) e os OPs.

#### 3.4.2 – A INEXISTÊNCIA DE UM TERCEIRO MERCADO RELEVANTE NA DIMENSÃO DO PRODUTO

Alguns pareceristas, cuja formação principal era a área do Direito, identificaram ainda a existência de um terceiro mercado relevante. Segundo eles, esse seria o *mercado de ato de liberação de cargas*. Este possível terceiro mercado seria configurado pelo pagamento da TSE aos OPs para a liberação dos contêineres para armazenamento alfandegado em casos de importação.

Porém, como coloca muito bem em seu parecer o prof. Mario Luis Possas, a liberação de contêineres não configura um mercado, visto que este último “pressupõe necessariamente reiteração de transações e liberdade de escolha. (...) Segue-se daí que é incorreto classificá-la

como um mercado, e portanto o OP como detentor de poder de mercado ou de posição dominante, menos ainda como monopolista em tal ‘mercado’<sup>30</sup>

Assim, esse terceiro mercado relevante não se sustenta, visto que nem há a configuração de um mercado. Os TRAs não tem liberdade de escolha para negar o acesso aos contêineres e muito menos possibilidade de barganha para determinar o preço de acesso ao mesmo.

### 3.4.3 – MERCADOS RELEVANTES NA DIMENSÃO GEOGRÁFICA

Já na dimensão geográfica, o *mercado de movimentação de contêineres* pode ser restringido aos OPs do Porto de Santos, aos portos de seus municípios arredores, respeitando suas respectivas capacidades, e uma pequena pressão competitiva dos portos da região Sul e Sudeste. Neste último caso, deve-se levar em conta o custo adicional gerado pela necessidade da utilização de transporte terrestre, que retira a competitividade destes portos afastados do Porto de Santos.

O *mercado de armazenagem alfandegada de mercadorias transportadas em contêineres*, em sua dimensão geográfica, pode ser identificado, de acordo com Possas, como todas as empresas que num passado recente têm efetivamente realizado a armazenagem alfandegada de contêineres cuja origem de desembarque foi o Porto de Santos. Mais especificamente, são os próprios OPs do Porto de Santos, os TRAs e as EADI próximos a esse porto.

### 3.5 – MENSURAÇÃO DO GRAU DE CONCENTRAÇÃO

Após a definição dos mercados relevantes e sua firmas participantes, a análise concorrencial prosegue, de acordo com a explicação do capítulo I, na mensuração do grau de concentração destes mercados.

A Tabela II mostra todos os OPs que atuam no Porto de Santos com seus respectivos *market-shares* de importação. Trata-se de um mercado consideravelmente concentrado, dado a pequena quantidade de ofertantes (apenas cinco) e a disparidade de tamanho entre estes. Em 2003, os dois maiores ofertantes concentravam 72% do mercado.

---

<sup>30</sup> BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo n. 08012.007443/99-17. Parecer técnico de POSSAS, M. L.. fls. 3480 dos autos

**Tabela II - Mercado de Movimentação de Contêineres no Porto de Santos – Em número de contêineres**

|               | 2001       |      |         | 2002       |      |         | 2003       |      |           |
|---------------|------------|------|---------|------------|------|---------|------------|------|-----------|
|               | Importação | %    | Total   | Importação | %    | Total   | Importação | %    | Total     |
| Santos Brasil | 127.521    | 36%  | 241.791 | 157.652    | 38%  | 303.934 | 214.224    | 41%  | 412.285   |
| Libra         | 147.895    | 42%  | 294.843 | 146.548    | 35%  | 306.690 | 164.318    | 31%  | 339.745   |
| Tecondi       | 16.058     | 5%   | 32.152  | 24.075     | 6%   | 48.042  | 39.543     | 8%   | 77.563    |
| Cais Público  | 15.885     | 4%   | 36.596  | 34.632     | 8%   | 68.843  | 43.250     | 8%   | 90.257    |
| Usiminas      | 48.756     | 14%  | 108.378 | 52.026     | 13%  | 104.648 | 60.993     | 12%  | 117.421   |
| TOTAL Porto   | 356.115    | 100% | 713.760 | 414.933    | 100% | 832.157 | 522.428    | 100% | 1.037.371 |

Fonte: CODESP

Além disso, há um fator agravante para a concentração deste mercado. A atividade portuária, como visto, é um serviço público passível de concessão e, obviamente, exige acesso a um cais de atracação. Esses dois fatores atuam, significativamente, de forma a gerar barreiras à entrada. Assim, a possibilidade de entrada de novos concorrentes fica prejudicada, consolidando a existência do oligopólio.

Como destaca muito bem o parecerista José Tavares Araújo, “por definição, um segmento industrial (o de movimentação de cargas) onde operam apenas cinco firmas constitui um oligopólio. No caso particular, trata-se de um oligopólio protegido por barreiras institucionais à entrada. Portanto, é evidente que existe poder de mercado.”<sup>31</sup>

Deste modo, a própria concentração do mercado, segundo a teoria econômica, confere poder de mercado aos operadores portuários. Do ponto de vista da lei antitruste brasileira de 1994, pode-se dizer que, pela fatia de mercado controlada pelos dois maiores OPs (Santos Brasil e Libra), também há poder de mercado. Isso se sustenta pelo fato desta lei considerar que há poder de mercado quando um ofertante concentra 20% ou mais de *market-share*<sup>32</sup>.

Porém, como veremos na seção seguinte, a posição dominante oriunda do *market-share* elevado não configura a maior “fonte” de poder de mercado. Como destaca o Dr. José Tavares

<sup>31</sup> BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo n. 08012.007443/99-17. Parecer técnico de ARAÚJO Jr., J. T. fls. 3124 dos autos

<sup>32</sup> Art. 20, § 3º A posição dominante a que se refere o parágrafo anterior é presumida quando a empresa ou grupo de empresas controla 20% (vinte por cento) de mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo CADE para setores específicos da economia. BRASIL. Lei n. 8.884 de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências.



Araújo, “o fator que dá origem à conduta anticompetitiva neste caso não é o poder de mercado *latu sensu* dos terminais...” O entendimento da estrutura deste mercado é crucial para a determinação do fator que dá origem a prática restritiva.

### 3.6 –ANÁLISE DA ESTRUTURA DOS MERCADOS RELEVANTES

Os contratantes dos serviços pertencentes ao *mercado de movimentação de contêineres* são as poucas e grandes empresas armadoras, que devido ao seu tamanho e conseqüente significância para os OPs, geram um significativo ambiente competitivo nesse mercado. Como os OPs são ou únicos ofertantes no *mercado de movimentação de contêineres*, eles competem entre si, via preço e qualidade de serviço, para atrair as principais empresas de navegação, a fim de auferirem maiores lucros.

No *mercado de armazenagem alfandegada de mercadorias transportadas em contêineres* os demandantes de serviços são os importadores, que obviamente buscam a combinação mais barata de movimentação e armazenagem alfandegada. Este mercado possui uma quantidade bem maior de ofertantes do que no outro mercado relevante, visto que a entrada de novos participantes no mercado de armazenagem não envolve tantas barreiras quando comparado ao mercado de movimentação. Além da oferta de armazenagem por parte dos OPs, há ainda a oferta fornecida pelos portos secos.

Ao realizarem o seu serviço de operação portuária, os OPs geram o acesso aos contêineres para a armazenagem alfandegada. Logicamente, para os TRAs fazerem a armazenagem alfandegada dos contêineres, eles precisam do acesso a estes. Assim, há uma total dependência dos TRAs frente aos OPs, visto que a atividade de armazenagem somente existe quando há a atividade de movimentação portuária de contêineres.

A atividade portuária e sua respectiva interação entre os agentes<sup>33</sup> dão origem a três tipos de contratos, definidos pelo parecerista José Tavares de Araújo como:

- a) “O contrato de transporte marítimo, que define o frete e as condições de transporte;
- b) O contrato entre o armador e o terminal portuário, referente à movimentação horizontal e vertical da carga;
- c) O contrato de armazenagem entre o importador e o recinto alfandegado.”  
(BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

---

<sup>33</sup> Ver seção 2.5, do capítulo II.

Processo Administrativo n. 08012.007443/99-17. Parecer técnico de ARAÚJO Jr., J. T. fls. 3104 dos autos)

O parecerista sabiamente reconhece que, nesse processo, os únicos agentes que não firmam contratos entre si são os OPs e os TRAs. O mais surpreendente é que mesmo com essa ausência de vínculo jurídico, há uma total dependência dos TRAs frente aos OPs. Como o contêiner se apresenta como um bem infungível (i.e. não pode ser substituído por qualquer outro), o acesso ao mesmo é condição básica para a realização da armazenagem.

Deste modo, os OPs são detentores de um poder de mercado absurdamente grande em relação aos TRAs, “que não dispõe de outra alternativa senão resgatar a mercadoria, sob pena de descumprir o contrato firmado com o importador”.<sup>34</sup>

Como não há formação de preços para a liberação de contêineres para os TRAs, no mínimo faz-se necessária uma regulação que impusesse limites aos OPs em tal cobrança. Visto que essa configuração confere enorme poder de mercado aos OPs, estes agentes se aproveitam de uma ausência de regulação para fazerem o que lhes é mais oportuno.

Essa necessidade de uma regulação que estabeleça limites ao exercício de poder de mercado dos OPs, por intermédio da imposição de controles sobre a formação de preço da TSE é reconhecida pelo relator do P.A., Luis Carlos Prado, em seu voto para o processo.

“Para evitar que isto redunde em perda de bem-estar social é que a regulação se faz necessária. E, sendo a formação de preços uma tarefa fulcral à regulação, esta deve, *a fortiori*, acompanhar a formação de preços de uma atividade controversa – a cobrança pelo serviço de segregação e entrega – sobre a qual pesam dúvidas a respeito de sua legitimidade. No caso em tela, não há formação de preço entre os OPs e os TRAs, que sirva como base para a referida cobrança” BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo n. 08012.007443/99-17. Voto de PRADO, L.C.D. fls. 3876 dos autos

Portanto, a análise de defesa de concorrência passa por descobrir se há incentivos para estes OPs exercerem esse poder de mercado, de modo a prejudicarem seus concorrentes no mercado a jusante (armazenagem alfandegada), para assim auferirem lucros extraordinários em tal mercado.

### 3.7 – INDÍCIOS QUE APONTARIAM A EXISTÊNCIA DE INCENTIVOS A PRÁTICAS ANTICOMPETITIVAS

---

<sup>34</sup> BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo n. 08012.007443/99-17. Parecer técnico de ARAÚJO Jr., J. T. fls. 3110 dos autos

a) Dada a estrutura de mercado descrita na seção anterior, que confere elevado poder de mercado aos OPs, tanto o parecerista José Tavares Araújo, quanto o relator e a presidente do CADE, admitem a existência de incentivos aos OPs de exercerem tal poder, identificando no caso o que a teoria econômica chama de *hold-up problem*. O relator descreve a ocorrência do *hold up problem* “quando existem empresas verticalizadas (OPs) e não verticalizadas (TRAs), aquelas podem tentar excluir estas do mercado através do aumento do preço do insumo essencial.”<sup>35</sup>

Tal motivo para exclusão das empresas não verticalizadas é descrito pelo José Tavares Araújo como uma oportunidade para os OPs de “no curto prazo, ampliar artificialmente suas parcelas de mercado no setor de armazenagem através da erosão da competitividade dos recintos alfandegados, tal como vem ocorrendo nos últimos anos.” Dessa forma, a existência do *hold-up problem* pode significar um incentivo aos OPs de exercerem seu poder de mercado.

b) A Tabela III mostra o *market-share* do mercado de armazenagem de mercadorias transportadas em contêineres de 1997, quando os OPs ainda não atuavam neste mercado, até 2003. É no mínimo alarmante as mudanças radicais de *market-share* ocorridas ao longo desse período, devido ao elevado crescimento de participação dos OPs neste mercado. Isto pode indicar que a TSE atua de forma a desfavorecer concorrencialmente os TRAs e favorecer os OPs.

| <b>Tabela III - Mercado de Armazenagem no Porto de Santos: 1997-2003</b> |      |      |      |      |      |      |      |
|--|------|------|------|------|------|------|------|
| Percentagens   |      |      |      |      |      |      |      |
|  | Ano  |      |      |      |      |      |      |
|  | 1997 | 1998 | 1999 | 2000 | 2001 | 2002 | 2003 |
| Operadores Portuários  | 0    | 1,2  | 19,1 | 33,8 | 36,2 | 44,1 | 47,1 |
| TRAs   | 100  | 98,8 | 80,9 | 66,2 | 63,8 | 55,9 | 52,9 |

Fonte: Alfândega do Porto de Santos

<sup>35</sup> BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo n. 08012.007443/99-17. Voto de PRADO, L.C.D. fls. 3875 dos autos

c) A existência de custos adicionais para liberação de contêineres para os TRAs aliada à ausência de regulação, principalmente no tocante à determinação do preço da TSE, facilita a imposição de preços abusivos por parte dos OPs sobre os TRAs.

d) A rentabilidade do mercado de armazenagem de contêineres é expressivamente mais elevado do que a rentabilidade do mercado de movimentação. Essa diferença de rentabilidade se dá pelo tamanho dos demandantes de cada mercado. O relator do processo explica que “os OPs têm como clientes empresas de navegação que têm um grande poder de mercado, portanto, as margens na atividade de movimentação de contêineres são baixas. Comparativamente, o mercado de armazenagem é mais lucrativo, já que não tem clientes com o mesmo poder de mercado dos armadores”.<sup>36</sup>

Indo um pouco mais além, os próprios OPs reconhecem a maior lucratividade do mercado de armazenagem de contêineres quando um OP em sua defesa menciona “a maior rentabilidade dos serviços de armazenagem alfandegada em comparação com o serviço de operação portuária”.<sup>37</sup>

Isso obviamente gera um incentivo para os OPs exercerem seu poder no mercado de armazenagem e para se aproveitarem dessa maior rentabilidade.

### 3.8 INDÍCIOS QUE APONTARIAM A INEXISTÊNCIA DE INCENTIVOS A PRÁTICAS ANTICOMPETITIVAS

a) Muitos pareceristas do caso, ao defendem os OPs, se utilizam do argumento de que nem mesmo há o poder de mercado. Tal visão é sustentada pela suposição de que o mercado de movimentação de contêineres é marcado por alta concorrência, fazendo com que um OP não tenha capacidade de impor preços no mercado jusante. Como explicita o parecerista Mario Possas “são cinco os OPs atuantes no Porto de Santos, o que representa um número muito alto para os padrões internacionais de operação portuária”.<sup>38</sup> Somado a isso, pode-se destacar outro fator que incita o ambiente competitivo, que seria o grande tamanho das empresas armadoras. Como os

---

<sup>36</sup> BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo n. 08012.007443/99-17. Voto de PRADO, L.C.D. fls. 3876 dos autos

<sup>37</sup> Disponível nas fls. 1894 dos autos.

<sup>38</sup> BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo n. 08012.007443/99-17. Parecer técnico de POSSAS, M. L.. fls. 3482 dos autos

demandantes são de grande porte, torna-se bastante relevante para os OPs uma boa atração desses.

Por causa da existência dessa concorrência, é possível que “qualquer tentativa de exercer unilateralmente poder discricionário na relação vertical de acesso dos TRAs aos contêineres descarregados corre o risco de levar a uma redução de lucros no conjunto dos serviços ofertados por determinado OP...”<sup>39</sup> Deste modo, não haveria incentivos para os OPs exercerem seu poder de mercado.

Porém, este argumento baseado na inexistência de posição dominante pode ser contestado pela já explicitada noção de que a estrutura dos mercados relevantes confere expressivo poder de mercado aos OPs, conforme explicado na seção 3.6.

b) Dada a baixa capacidade de armazenamento de contêineres de quatro OPs (a exceção é da Santos Brasil, OP cuja capacidade de armazenamento é alta) e que isso faz com que o escoamento de contêineres para os TRAs seja crucial para manter uma boa eficiência e lucratividade no mercado de movimentação, uma prática anticompetitiva dos OPs perante aos TRAs seria irracional, visto que os próprios OPs também iriam se prejudicar.

Porém esse argumento é contestado pela Elizabeth Maria Farina, presidente do CADE na época do PA. Segundo seu ponto de vista, não seria benéfico para os OPs a exclusão dos TRAs, visto a baixa capacidade de armazenagem dos OPs e também não há a necessidade de exclusão dos TRAs do mercado para a obtenção de efeitos positivos de uma prática restritiva. A presidente complementa que “em sentido figurado, o OP pode agir como parasita e não como predador. Dadas as características institucionais e a alocação das áreas disponíveis, os OPs precisam da atuação dos demais recintos alfandegados para manter elevados os níveis de produtividade alcançados na movimentação de cargas”.<sup>40</sup>

Assim, até aqui ficou demonstrado que a destinação de contêineres para TRAs pode configurar maiores custos para os OPs, porém esses custos são abrangidos pela Box Rate, de forma que uma cobrança adicional é tida como ilegal. Mesmo assim, estende-se a análise para o âmbito concorrencial, onde fica demonstrado que há a posse de poder de mercado por parte dos OPs e que estes também teriam incentivos a fazerem uso de tal poder.

---

<sup>39</sup> BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo n. 08012.007443/99-17. Parecer técnico de POSSAS, M. L.. fls. 3891 dos autos

<sup>40</sup> BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo n. 08012.007443/99-17. Voto de FARINA E. M. fls. 3961 dos autos

### 3.9 – RESULTADO LÍQUIDO DA COBRANÇA DA TSE PARA O CONSUMIDOR

Por fim, o último passo para a análise concorrencial, seguindo os fundamentos do capítulo I, passa pela ponderação dos resultados líquidos dessa prática no bem estar-social, que é o interesse juridicamente protegido pela lei antitruste.

Como os votos e pareceres que defendiam a legalidade da TSE se fundamentaram na noção de que esta não gerava efeitos anticompetitivos, não houve argumentação que visasse mostrar que esta cobrança tinha impacto positivo no bem-estar social.<sup>41</sup>

Por outro lado, todos os órgãos, pareceristas e conselheiros do CADE os quais concluíram que por meio da TSE havia uma prática restritiva, demonstraram que a existência desta cobrança só tinha efeitos prejudiciais para o importador.

O primeiro passo para se determinar os ganhos e perdas tem termos de bem-estar gerados pela cobrança da TSE seria enumerando os fatores positivos e negativos gerados pela mesma, para assim chegar a uma conclusão com maior grau de assertividade.. Porém, pode-se dizer que os efeitos positivos desta cobrança não recaem sobre o consumidor.

Não obstante, não seria um equívoco considerar os OPs como os únicos agentes que se beneficiam de tal ato, pois a cobrança aumenta a receita destes agentes, ao mesmo tempo em que não há evidências de que as práticas competitivas ali estabelecidas propiciem melhorias de eficiência em qualquer dos mercados relevantes.

Por outro lado, pode-se listar os seguintes efeitos negativos gerados por esta cobrança:

- a) Efeito concorrencial restritivo para os TRAs - como também para os importadores, pois ao escolherem a armazenagem alfandegada dos TRAs, teriam que arcar com o acréscimo da cobrança da TSE. Portanto, os ofertantes do serviço são prejudicados concorrencialmente, podendo tal prática gerar uma “diminuição do número de ofertantes do serviço de armazenagem de cargas”.<sup>42</sup>

---

<sup>41</sup> Conforme prevê o modelo de análise antitruste explicitado no Capítulo I, somente se faz necessária a ponderação dos efeitos líquidos para o bem-estar social quando a prática analisada é considerada restritiva concorrencialmente. Caso contrário, como o explicitado no parágrafo, não é necessário calcular os efeitos líquidos para o bem-estar.

<sup>42</sup> BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo n. 08012.007443/99-17. Parecer técnico da Procuradoria Geral do CADE. fls. 2943 dos autos

Como destaca a Dra. Elizabeth Farina, ex-presidente do CADE em seu voto, “A TSE tem o efeito de criar um limite inferior para os preços praticados pelos TRAs não integrados verticalmente, limitando assim a concorrência neste mercado”.<sup>43</sup>

- b) Reforço das barreiras à entrada – Como os TRAs são prejudicados concorrencialmente em seu mercado de atuação, a existência da TSE faz com que os estímulos para a entrada de novos concorrentes neste segmento seja menor. Isso é muito bem destacado pela Procuradoria Geral do CADE em seu parecer, ao afirmar que “tal estratégia reforça os obstáculos ao ingresso no segmento, haja vista que exigiria do entrante condições para atuar de forma verticalizada na operação portuária e no segmento de armazenagem, reforçando, por conseguinte, as barreiras já existentes.”<sup>44</sup>
- c) Encarecimento dos custos de importação – A existência da TSE, obviamente, encarece os custos de importação, pois constitui uma tarifa adicional paga pelos importadores caso a armazenagem alfandegada de contêineres seja feita nos TRAs. Além disso, essa cobrança permite uma elevação de preços deste tipo de armazenagem quando esta é realizada pelos OPs. Como conclui a Dra. Elizabeth Farina, “Sem guardar proporção com os custos efetivos da movimentação de contêineres, a TSE eleva os custos de todas as indústrias que importam insumos, reduzindo o bem-estar dos consumidores e prejudicando a competitividade da indústria brasileira.”<sup>45</sup>
- d) Desestímulo ao processo de modernização do Porto de Santos – como os TRAs estão em desvangem frente aos OPs no mercado de armazenagem de cargas, “a abolição da TSE implicará uma redução de custos que fortalecerá a competitividade da empresa (TRA) de várias formas, permitindo a ampliação da

---

<sup>43</sup> BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo n. 08012.007443/99-17. Voto de FARINA E. M. fls. 3962 dos autos

<sup>44</sup> BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo n. 08012.007443/99-17. Parecer técnico da Procuradoria Geral do CADE. fls. 2943-2944 dos autos

<sup>45</sup> BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo n. 08012.007443/99-17. Voto de FARINA E. M. fls. 3962 dos autos

pauta de serviços ofertados e a exploração de economias de escala, bem como a redução de preços, em benefício do consumidor final”.<sup>46</sup>

Por fim, resta concluir, baseado nos argumentos apresentados neste seção, que a cobrança a TSE apresenta resultado líquido negativo para o bem-estar social.

### 3.10 – A CONTRADIÇÃO DA ANTAQ

Na seção 3.6 desta monografia há o reconhecimento de uma falta de regulação no que tange à formação de preços da TSE. Conclui-se que a existência da TSE demandaria uma regulação que visasse impor limites na determinação dos preços, para que assim os OPs não detivessem tanto poder de mercado.

Já em fevereiro de 2011, seis anos após o julgamento do CADE, com a já citada Resolução n. 1967 da ANTAQ, esta agência reguladora, legitima a cobrança da TSE, através de uma nova definição para os serviços remunerados para a Box Rate. Desta resolução, retira-se a seguinte definição para a Box Rate:

“preço cobrado pelo serviço de movimentação das cargas entre o portão do terminal portuário e o porão da embarcação, incluída a guarda transitória das cargas até o momento do embarque, no caso da exportação, ou entre o porão da embarcação e sua colocação na pilha do terminal portuário, no caso da importação, considerando-se, neste último caso, a inexistência de cláusula contratual que determine a entrega no portão do terminal” (ANTAQ. Resolução n. 1967 de 10 de fevereiro de 2011. Aprova proposta de norma que estabelece parâmetros regulatórios a serem observados na prestação dos serviços de movimentação e armazenagem de contêineres e volumes, em instalações de uso público, nos portos organizados, a fim de submetê-la à audiência pública.)

Pode-se inferir, segundo esta resolução, que os serviços remunerados por esta taxa terminam, no caso de importação, na colocação da carga na pilha do terminal portuário, **e não mais no portão de saída do terminal**. Com a delimitação desta nova fronteira, abre-se espaço para a cobrança da TSE, pois a transferência da carga da pilha do terminal até o portão de saída significaria um serviço adicional, passível de uma nova remuneração.

Não obstante, a agência vai ainda mais além nesta resolução com a determinação do preço dos serviços adicionais.

---

<sup>46</sup> BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo n. 08012.007443/99-17. Parecer técnico de ARAÚJO Jr., J. T. fls. 3112 dos autos



“Art. 5º **Os serviços não contemplados no Box Rate**, quando demandados ou requisitados pelos clientes ou usuários do terminal sob a responsabilidade de operadores portuários, **obedecerão condições de prestação e de remuneração livremente negociadas com o operador portuário** ou divulgadas em tabelas de preços de serviços, observados os tetos de preços fixados pela Autoridade Portuária e as condições comerciais estipuladas no contrato de arrendamento.” (ANTAQ. Resolução n. 1967 de 10 de fevereiro de 2011. Aprova proposta de norma que estabelece parâmetros regulatórios a serem observados na prestação dos serviços de movimentação e armazenagem de contêineres e volumes, em instalações de uso público, nos portos organizados, a fim de submetê-la à audiência pública. Grifo meu)

Esta deliberação produz ainda um agravante, pois permite a livre determinação de preço dos serviços adicionais, nos quais a TSE se enquadra. Como visto, isso confere um poder de mercado considerável para os OPs, visto que os TRAs não tem opção senão pagar a referida TSE.

Com estas deliberações feitas pela ANTAQ, pode-se verificar que a nova regulamentação vai de encontro às normativas anteriormente definidas pela mesma agência, a saber:

- a) A Nota Informativa no. 06/2003 da Superintendência de Portos da ANTAQ, elaboradas para o processo administrativo aberto pela SDE referente a legalidade da TSE, a ANTAQ reconhece os seguintes fatos:
  - i. “a movimentação das cargas a partir do convés ou dos porões do navio **até o portão do terminal portuário**, incluindo a respectiva entrega, **já é paga pelo armador ou transportador portuário**, por meio de valor estabelecido em contrato com base no custo médio das operações;
  - ii. “não existe prestação pelo operador portuário aos recintos alfandegados independentes de qualquer serviço adicional aos que são prestados na entrega das cargas diretamente ao importador ou consignatário ou ao recinto alfandegado do operador-arrendatário;”<sup>47</sup>

Desse modo, esta Resolução n. 1967 contradiz a própria agência, pois em suas notas, a ANTAQ reconhece que a Box Rate já cobre os custos referentes ao transporte da carga até o portão do terminal portuário.

- b) Uma das funções das agência reguladoras, inclusive a da ANTAQ, é de estimular a competição nos mercados abrangidos por tais agências.

Isso fica evidente no Art. 27, inciso IV, da lei n. 10.233, de 5 de junho de 2001, que criou a ANTAQ.

---

<sup>47</sup> Disponível em fls. 1542 dos autos

“Art. 27. Cabe à ANTAQ, em sua esfera de atuação: IV – elaborar e editar normas e regulamentos relativos à prestação de serviços de transporte e à exploração da infraestrutura aquaviária e portuária, garantindo isonomia no seu acesso e uso, assegurando os direitos dos usuários e fomentando a competição entre os operadores;” (BRASIL. Lei n. 10.233 de 5 de junho de 2001. Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes, e dá outras providências)

Como demonstrado nessa monografia, a cobrança da TSE, além de ser uma dupla cobrança pela realização de um mesmo serviço, também gera significativos danos ao ambiente competitivo e neste particular as mudanças na normativa promovidas pela ANTAQ, além de lesivas ao processo competitivo, contrariam princípios que orientam - e deveriam continuar a orientar - a ação daquela agência no tocante à regulação da prestação de serviços relacionados com a exploração econômica da atividade portuária. A legitimidade da TSE gerada por esta resolução contraria todos os seis anos de minuciosos estudos empregados pelos órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa de Concorrência. Ademais, a mudança normativa, patrocinada pela ANTAQ, na prática revoga uma decisão tomada pelo órgão que representa a autoridade máxima no âmbito concorrencial, o CADE, que elucidou no processo analisado os danos ao bem-estar social gerados pela cobrança da TSE.

Este órgão, no acórdão do processo, por unanimidade, deliberou, entre outras coisas, pela “imediata cessação, por parte das representadas, da cobrança da liberação de contêineres dos recintos alfandegados”<sup>48</sup>, devido aos relevantes efeitos concorrenciais restritivos gerados por essa cobrança.

Portanto, a decisão da referida agência de modificar a abrangência da Box Rate, violando a lógica da defesa do bem-estar e sem fornecer justificativas para tal é, sob qualquer aspecto, injustificável, a não ser que se considere a hipótese de captura do ente regulador pelos interesses de agentes que atuam naquele mercado.

---

<sup>48</sup> BRASIL. Ministério de Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo n. 08012.007443/99-17. Acórdão de 13 de maio de 2005. fls. 3965 dos autos.

## CONCLUSÃO

Com base nos elementos discutidos ao longo desta monografia é possível concluir que a atividade de segregação e entrega de contêineres para os TRAs **gera custos adicionais para os OPs.**

Ademais, de acordo a definição da Box Rate e as condições de aplicação da mesma que emanam dos contratos firmado entre o OP e a CODESP, é factível afirmar que esta cobrança remunera **quaisquer** custos envolvidos para a entrega de contêineres no portão do terminal portuário. Portanto, os possíveis custos adicionais gerados pela segregação e entrega de contêineres para os TRAs são remunerados pela Box Rate. **Assim a TSE configura de fato uma dupla cobrança pela realização de um mesmo serviço.**

A análise concorrencial desenvolvida no âmbito do processo do CADE evidenciou que **existe poder de mercado em posse dos OPs**, oriundo da dependência dos TRAs frente aos operadores, aliado à ausência de vínculo contratual entre as duas partes. Essa dependência se configura pelo fato de o contêiner ser um bem infungível e também em decorrência da evidência de que os TRAs somente podem exercer sua atividade desde que tenham acesso ao contêiner, o qual é fornecido exclusivamente pelos OPs. Além disso, **há uma ausência de regulação no setor**, o que abriu espaço para a cobrança de liberação de contêineres para os TRAs..

Ademais, pode-se afirmar que **os OPs têm grandes incentivos para exercer este poder de mercado**, que se manifesta por intermédio da cobrança da TSE, visto que estes agentes conseguem se beneficiar com esta prática continuada, uma vez que ela não implica a exclusão dos TRAs do mercado de armazenagem alfandegada de contêineres.

Portanto, fica constatado que **o exercício do poder de mercado provavelmente não gera resultados líquidos positivos em termos do bem-estar social**, pois não se verifica nenhum ganho de eficiência gerado pela TSE. Deste modo, resulta que tal cobrança apenas encarece o custo de importação e aumenta as receitas dos OPs, apontados como os únicos beneficiários de tal prática.

Assim, é factível dizer que **a TSE configura uma prática ilegal**, tanto por se tratar de uma dupla cobrança pela execução de um mesmo serviço, quanto pelos seus efeitos líquidos negativos gerados em termos do bem-estar social.

Por fim, em razão do que foi exposto anteriormente, **não há como justificar a atitude tomada pela ANTAQ**, ao regulamentar a legitimidade da TSE através da consolidação do princípio da liberdade na formação de preços no mercado. Como esta era a situação anterior ao início do PA, a deliberação da ANTAQ fez com que o vazio regulatório que propiciava a cobrança da TSE fosse, na prática, institucionalizado. Em outros termos, a atuação daquela agência viabilizou o retorno de práticas lesivas à concorrência já condenadas pelo CADE.

A mudança promovida pela ANTAQ nas regras de funcionamento deste mercado produz um contexto adverso ao reforçar o poder de mercado dos OPs, quando o desejável seria estabelecer uma regulação capaz de assegurar o efetivo controle sobre a cobrança de taxas decorrentes dos custos adicionais gerados pela destinação de contêineres para os TRAs. Ao invés do vazio regulatório, duas abordagens poderiam ser adotadas pela agência: (i) avaliar se o cálculo da Box Rate engloba tais custos; se a resposta a essa investigação for positiva, deveria ser vedada a cobrança de taxa adicional como a TSE, o que significa de fato ratificar a decisão do CADE; (ii) todavia, se o cálculo da Box Rate não englobar tais custos, há que se intervir na formação de preço da TSE, de tal forma a evitar o exercício de poder de mercado pelos OPs.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANTAQ. Resolução n. 1967 de 10 de fevereiro de 2011. Aprova proposta de norma que estabelece parâmetros regulatórios a serem observados na prestação dos serviços de movimentação e armazenagem de contêineres e volumes, em instalações de uso público, nos portos organizados, a fim de submetê-la à audiência pública.
- BOOZ AND COMPANY DO BRASIL. Análise e avaliação da organização institucional e da eficiência da gestão do setor portuário brasileiro. 1. e.d. Relatório Consolidado. Rio de Janeiro. 2001.
- BRASIL. Decreto n. 1910 de 21 de maio de 1996. Dispõe sobre a concessão e a permissão de serviços desenvolvidos em terminais alfandegados de uso público, e dá outras providências)
- BRASIL. Governo Federal. Portal de Informações Portuárias. Disponível em <[www.portosempapel.gov.br](http://www.portosempapel.gov.br)> Acesso em 13/01/2014
- BRASIL. Lei n. 8.884 de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências.
- BRASIL. Lei n. 8630 de 25 de fevereiro de 1993. Dispõe sobre o regime jurídico da exploração dos portos organizados e das instalações portuárias e dá outras providências.
- BRASIL. Ministério da Fazenda. Receita Federal. Disponível em <<http://www.receita.fazenda.gov.br/aduana/LocaisRecintosAduaneiros/PortosSecos/Default.htm>> Acesso em 13/01/2014)
- BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Guia Prático do CADE – A defesa da concorrência no Brasil. 3. ed. Brasília
- BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Resolução n. 15 de 19 de agosto de 1998. Disciplina as formalidades e os procedimentos no CADE, relativos aos atos de que trata o artigo 54 da Lei 8.884, de 11 de junho de 1994
- BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo n. 08012.007443/99-17. Voto de PRADO, L.C.D.
- BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo n. 08012.007443/99-17. Parecer técnico de NETO, A. A. N. F.
- BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo n. 08012.007443/99-17. Parecer técnico da Procuradoria Geral do CADE.
- BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo n. 08012.007443/99-17. Parecer técnico da Secretaria de Direito Econômico

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo n. 08012.007443/99-17. Parecer técnico da Secretaria de Acompanhamento Econômico

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo n. 08012.007443/99-17. Nota Normativa da ANTAQ

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo n. 08012.007443/99-17. Parecer técnico de ARAÚJO Jr., J. T.

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo n. 08012.007443/99-17. Parecer técnico de POSSAS, M. L..

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo n. 08012.007443/99-17. Voto de FARINA E. M.

BRASIL. Ministério de Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Resolução n. 20 de 9 de junho de 1999. Dispõe, de forma complementar, sobre o Processo Administrativo, nos termos do art. 51 da Lei 8.884/94.

HASENCLEVER, Lia; KUPFER David. Economia Industrial. 1. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2002.

MAIA, G. B. S. Defesa da concorrência e eficiência econômica: uma avaliação dos casos Ambev e Nestlé-Garoto. 2005. 218 f. Tese (Doutorado em Economia) – Instituto de Economia – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

MAIA, G. B. S. Defesa da concorrência e eficiência econômica: uma avaliação dos casos Ambev e Nestlé-Garoto. 2005. 218 f. Tese (Doutorado em Economia) – Instituto de Economia – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

MELLO, M. T. L. Textos para discussão n. 458 IE/UFRJ. Notas sobre o Sistema de Defesa de Concorrência no Brasil. 2001.

MELLO, M. T. L. Textos para discussão n. 458 IE/UFRJ. Notas sobre o Sistema de Defesa de Concorrência no Brasil. 2001.

POSNER, R. Antitrust Law. An Economic Perspective. University of Chicago Press, 1976, p.126.)

POSSAS, M. L. Os conceitos de mercado relevante e de poder de mercado no âmbito da defesa da concorrência. Disponível em <<http://www.ie.ufrj.br/grc/publicacoes.php>> Acesso em 22/01/2014

SANTACRUZ, R. A. Prevenção Antitruste no Brasil. 1998. 219 f. Tese (Doutorado em Economia) – Instituto de Economia – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro