



# “DEBATE SOBRE O THC2 NO CADE”

Audiência Pública – 21.09.2017

**Rodrigo Belon**

*Coordenador de Estudos e Pareceres*

*Procuradoria Federal junto ao Cade*

# RELAÇÕES OPERACIONAIS

- 1) O importador ou exportador contrata o transporte da mercadoria com o armador, pagando, para tanto, o frete do transporte e a taxa de movimentação dos contêineres (*terminal handling charge – THC*);
- 2) O armador, por sua vez, contrata os serviços de atracação, estiva e movimentação horizontal de cargas no porto com o operador portuário. Esses serviços integram a denominada “*box rate*” a qual inclui o valor da THC;
- 3) O importador, proprietário da carga, escolhe se prefere retirar a carga imediatamente (pessoalmente ou por consignatário) ou armazená-la, firmando contrato de armazenagem com o operador portuário ou com o recinto alfandegado;

# ENTENDIMENTO DO CADE SOBRE ESTAS RELAÇÕES OPERACIONAIS

- 1) Quando o importador contrata o armador, este já recebe o valor referente ao frete e à taxa de movimentação de contêiner – assim, qualquer taxa extra referente à movimentação de contêiner para o terminal alfandegado resultaria numa duplicidade de THC.
- 2) O cumprimento do contrato de transporte firmado entre importador e armador ocorre quando da entrega da carga ao seu proprietário, momento em que termina a responsabilidade do armador pela carga. Dessa forma, a THC é antecipada pelo importador ao armador, para que este possa fazer o repasse do valor da THC ao operador portuário e garantir a entrega da carga ao seu dono.

# ENTENDIMENTO DO CADE

A cobrança de valores a título de liberação de contêineres para Recintos Alfandegados viola a ordem econômica.

A dependência dos Recintos Alfandegados em relação aos Operadores Portuários, o poder de mercado destes em relação àqueles, bem como a inexistência de qualquer processo de negociação com os Recintos Alfandegados no que se refere à legitimidade da cobrança da THC2 corroboram esse entendimento.

# ENTENDIMENTO DO CADE

Processo Administrativo n.º 08012.007443/1999-17 – paradigma - Neste caso o CADE condenou a prática por entender caracterizado o **abuso de posição dominante diante da capacidade dos operadores portuários de aumentar os custos dos recintos alfandegados**, que concorrem com aqueles no mercado de armazenagem alfandegada.

# ARGUMENTOS CONTRÁRIOS AO ENTENDIMENTO DO CADE

- ESPECIFICAMENTE SOBRE O PORTO DE SANTOS HÁ ALEGACÕES PERANTE O CADE DE QUE A CODESP – Autoridade Portuária do Porto de Santos – TERIA REGULADO A QUESTÃO. Tais decisões estabelecem o valor máximo que poderia ser cobrado a título de THC2.
- Decisão Direxe n.º 371.2005, de 07.07.2005;
- Direxe n.º 50.2006, de 31.01.06;

# COMO O CADE ANALISA TAL ALEGAÇÃO

- O CADE, EM PRIMEIRO LUGAR, NÃO RECONHECE TAIS DECISÕES COMO REGULAÇÃO, POIS A COMPETÊNCIA PARA TANTO SERIA EXCLUSIVA DA ANTAQ (PA 08012.007443/1999-17 – Conselheiro Vinícius e PA 08012.001518/2006 – ainda não encerrado – Conselheiros Paulo Bournier e Conselheiro Márcio).
- Ao ter ciência de tais decisões a ANTAQ reiterou a sua competência para a regulação, não reconhecendo a estipulação de valores pela CODESP (Ofício ANTAQ 317/2005, de 12.08.2005)

# ARGUMENTOS CONTRÁRIOS AO ENTENDIMENTO DO CADE

- O **Ministro dos Transportes** teria reconhecido a legitimidade da cobrança da THC2 ao acolher, em sede de recurso hierárquico em processo administrativo diverso, os fundamentos do Parecer Conjur/MT n.º 244/2005, de 21.06.2005. Segundo este parecer, “os serviços de segregação e entrega de contêineres pelos operadores aos recintos alfandegados geram custos adicionais não cobertos pela THC do armador, sendo sua cobrança pela recorrente legítima (...)”
- Resolução n. 2.389/2012 estabelece parâmetros regulatórios para cobrança de serviços de movimentação e armazenagem de contêineres;



# COMO O CADE VEM ANALISANDO TAL ALEGAÇÃO

- Não há no texto constitucional qualquer incompatibilidade ou prevalência entre as competências regulatória e concorrencial;
- Não há hipótese de imunidade concorrencial no texto constitucional;
- Assim, não existe, a princípio, qualquer conflito entre as competências do CADE e da ANTAQ, que são complementares;
- O poder de mercado dos operadores portuários frente aos recintos alfandegados merecem especial atenção do Cade;

# COMO O CADE VEM ANALISANDO TAL ALEGAÇÃO

- Existe uma tendência no Cade de que a solução do conflito passe pelos parâmetros seguidos pela OCDE – Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico.
- OCDE é uma organização internacional de 35 países que aceitam os princípios da democracia e da economia de livre mercado, que procura fornecer uma plataforma para comparar políticas econômicas, solucionar problemas comuns e coordenar políticas domésticas e internacionais. A maioria dos membros da OCDE é composta por economias com um elevado PIB per capita e Índice de Desenvolvimento Humano e são considerados países desenvolvidos.

# PARÂMETROS DA OCDE PARA ISENÇÃO CONCORRENCIAL REGULATÓRIA

- AUTONOMIA (OU NÃO) DA EMPRESA NA CONDUTA – A conduta teria isenção da análise concorrencial quando o comportamento fosse imposto pela regulação, não havendo possibilidade de conduta diversa;
- No caso da Regulação referente à THC2, o CADE tem se inclinado ao entendimento de que a resolução da ANTAQ conferiria liberdade às empresas, que, diante do conhecimento do posicionamento do Cade sobre a conduta, deveriam adotar conduta diversa, em especial porque a resolução permite contrato entre as partes em sentido diverso ao da resolução.

# PARÂMETROS DA OCDE PARA ISENÇÃO CONCORRENCIAL REGULATÓRIA

- EFETIVA SUPERVISÃO DO ENTE SETORIAL – possibilidade de fiscalização e punição pelo ente setorial daqueles que descumprirem os limites concorrenciais da conduta;
- A resolução editada pela ANTAQ não contém tais mecanismos, os quais tem no Cade, de fato, seu maior aplicador, o que é facilmente verificado quando observamos os instrumentos previstos pela lei o Cade, como podemos citar a leniência, a busca e apreensão, o Termo de Cessação de Conduta, etc.

# PARÂMETROS DA OCDE PARA ISENÇÃO CONCORRENCIAL REGULATÓRIA

- CLARA POLÍTICA SETORIAL DE IMUNIDADE ANTITRUSTE – A isenção da análise concorrencial deve estar explícita como justificativa da política pública setorial;
- Tal opção não foi expressamente feita e motivada pelo regulador.

# OUTROS ARGUMENTOS

- REITERADAS MANIFESTAÇÕES DO TCU NO MESMO SENTIDO DO CADE;
- TODAS AS CONTRIBUIÇÕES FORMULADAS NA CONSULTA PÚBLICA QUE PRECEDEU A RESOLUÇÃO DA ANTAQ FORAM CONTRÁRIAS A EDIÇÃO DA RESOLUÇÃO, TENDO SIDO DESCONSIDERADAS SEM QUALQUER MOTIVAÇÃO;

# CONSIDERAÇÕES FINAIS

- O Processo 08012.001518/2006-37 ainda está pendente de julgamento, e pode alterar o entendimento do CADE sobre o assunto, mas já conta com três votos no sentido da jurisprudência consolidada;
- Buscando-se uma solução, acredito que qualquer regulação, para ser aceita de forma pacífica pelo Cade, deveria seguir os parâmetros analisados (OCDE):
  1. Obrigatoriedade;
  2. Possibilidade de efetiva fiscalização;
  3. Opção clara pela isenção concorrencial.

**Obrigado!**

**Rodrigo Abreu Belon Fernandes**

rodrigo.fernandes@cade.gov.br