

Conduas Anticompetitivas em Indústrias de Rede: O Caso do Porto de Santos

José Tavares de Araujo Jr.¹
Outubro de 2004

Sumário

Este parecer demonstra que a taxa para a liberação de cargas, conhecida como THC2 (Terminal Handling Charge no.2), que é cobrada pelos terminais portuários aos recintos alfandegados do porto de Santos, constitui uma conduta anticompetitiva típica de indústrias de rede. Além de apontar as falhas regulatórias que permitiram o advento desta distorção, a análise também revela que a THC2 é, na verdade, um tributo instituído por agentes privados, sem contrapartida de serviços prestados. Trata-se, portanto, de uma dupla afronta ao interesse público, já que impõe um ônus desnecessário ao consumidor e, ademais, interfere numa atribuição exclusiva do Estado. Por fim, este documento responde aos argumentos que procuram justificar aquela taxa e sugere as providências que deveriam ser tomadas pelo CADE e pela ANTAQ para assegurar condições legítimas de concorrência no Porto de Santos.

¹ Doutor em economia pela Universidade de Londres, consultor de *Trench, Rossi e Watanabe Advogados* e sócio da *Ecostrat Consultores*. Este texto foi preparado por solicitação da *Marimex, Despachos, Transportes e Serviços Ltda.*

1. Introdução

O setor portuário é uma indústria de rede onde há espaço para um tipo particular de conduta anticompetitiva que a teoria econômica denomina de “problema da extorsão” (*the hold-up problem*). No porto de Santos, este fenômeno vem se manifestando desde o final da década passada nas atividades de importação, com o advento de uma taxa para a liberação de cargas, conhecida como THC2 (*Terminal Handling Charge no.2*), que é cobrada pelos terminais portuários aos recintos alfandegados. Esta taxa implica diversos prejuízos ao país, porque vem limitando o processo de modernização da atividade portuária, através da elevação indevida do poder de mercado do terminais e do conseqüente enfraquecimento de seus competidores no setor de armazenagem, além de impor um ônus desnecessário aos importadores e reduzir a competitividade internacional de várias indústrias.

Este parecer analisa os fatores que deram origem a esta distorção, bem como os danos causados ao processo de competição no setor portuário, e aponta as medidas necessárias à sua eliminação. O texto está organizado da seguinte forma. A próxima seção apresenta brevemente os instrumentos da teoria econômica apropriados à análise de indústrias de rede. A seção 3 mostra que o setor portuário é uma indústria deste tipo e descreve as circunstâncias geradoras de condutas anticompetitivas nessa indústria. A seção 4 analisa a THC2, com ênfase nas distorções provocadas por essa taxa nas condições de concorrência vigentes no porto de Santos. A seção 5 resenha os trabalhos que procuram defender a racionalidade da THC2, e revela que os argumentos ali apresentados ignoram, não por acaso, a característica fundamental da atividade portuária, que é a de constituir uma indústria de rede. Por fim, a seção 6 resume as conclusões do trabalho e comenta as medidas que deveriam ser tomadas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ).

2. Concorrência e regulação em indústrias de rede

No passado recente, as principais inovações introduzidas na teoria econômica da regulação foram advindas de trabalhos dedicados à análise das peculiaridades das indústrias de rede. Algumas referências obrigatórias dessa literatura são os estudos de Baumol e Sidak (1994), Beard e outros (2001), Bernheim e Willig (1996), Economides (1998, 2003), Noam (2002), Laffont e Tirole (2001) e Vogelsang (2003). A característica fundamental de uma indústria de rede é a estrita complementaridade entre os diversos segmentos da cadeia produtiva, cujos elos estabelecem – por razões de natureza tecnológica – graus de interdependência entre os componentes da rede bem mais elevados do que aqueles existentes em outros tipos de indústria. Quase todas as indústrias de rede não são, de fato, “indústrias” no sentido convencional, mas atividades prestadoras de serviços de infraestrutura, como água e saneamento, energia elétrica, telecomunicações, gás e combustíveis, ferrovias, transporte aéreo e portos.

A configuração de cada indústria de rede – isto é, o número de empresas incumbentes, seus tamanhos relativos e respectivos vetores de bens e serviços ofertados – depende de quatro fatores básicos: a natureza das tecnologias vigentes, o tamanho do mercado, as estratégias de competição das empresas incumbentes e o estado da regulação nacional. O conjunto de tecnologias disponíveis delimita os níveis potenciais de economias de escala, escopo e densidade a serem exploradas pelas empresas incumbentes. Os níveis efetivos de tais economias resultarão, em cada caso, da interação entre a base tecnológica, a dimensão do mercado e as estratégias de competição das empresas. Em virtude destes fatores, certos segmentos da indústria tenderão eventualmente a ser operados por monopolistas nacionais ou regionais, e certos tipos de bens e serviços poderão ser ofertados preponderantemente por empresas integradas verticalmente. Entretanto, a história de diversas indústrias de rede mostra que estas tendências são frequentemente revertidas através de estratégias inovadoras de empresas entrantes ou incumbentes não verticalizadas. Assim, são

usuais situações em que firmas especializadas em certos bens e serviços competem com empresas verticalizadas que, por sua vez, são detentoras de recursos essenciais² às primeiras. Em muitos casos, como na atividade portuária, por exemplo, as empresas verticalizadas (terminais portuários) não são provedoras de insumos às não verticalizadas (recintos alfandegados), mas ambas participam de segmentos interconectados de uma rede de prestação de serviços, na qual as funções do recinto alfandegado só podem ser executadas se o terminal cumprir sua tarefa.

Devido à formação de estruturas monopolistas ou oligopolistas, e a rigidez tecnológica das relações insumo–produto, a regulação governamental cumpre duas funções normativas primordiais à defesa do interesse público em indústrias de rede. A primeira é a de assegurar que as empresas do setor explorem adequadamente suas vantagens competitivas e, desta maneira, permitam a utilização racional dos recursos produtivos do país. A segunda é a de eliminar o espaço para condutas empresariais oportunistas que, além de sobrecarregar a agenda de trabalho das autoridades antitruste, reduzem o nível de bem estar da sociedade.

Assim, as contribuições recentes da teoria econômica da regulação trouxeram instrumentos analíticos novos para auxiliar as autoridades de regulação e defesa da concorrência no desempenho das funções acima referidas. Tais instrumentos permitem estabelecer a diferença conceitual entre estratégias legítimas de competição e condutas oportunistas, além de identificar as circunstâncias que estimulam tais condutas e analisar as distorções provocadas na economia. No plano normativo, esses conhecimentos resultam em três tipos de benefícios. Em primeiro lugar, facilitam a eliminação de regulamentos supérfluos, imprecisos ou irracionais, que frequentemente geram ineficiências no sistema produtivo. Em segundo, evidenciam as eventuais

² A expressão “recurso essencial” (*essential facility*) abrange uma extensa gama de ativos que, dependendo do setor, pode incluir gaseodutos, ferrovias, equipamentos portuários, base de dados, satélites, patentes, serviços de manutenção, etc.

lacunas dos marcos regulatórios vigentes, que podem oferecer oportunidades para condutas oportunistas. Por fim, delimitam as funções complementares das autoridades antitruste e de regulação no monitoramento das indústrias de rede.

Em princípio, um marco regulatório inteiramente ajustado às características de uma determinada indústria de rede é aquele cujas normas incorporem os conceitos referidos nos parágrafos anteriores. A qualidade desse ajuste é evidentemente efêmera, posto que o progresso técnico, o crescimento da economia e o amadurecimento das instituições nacionais estarão constantemente redefinindo as bases da eficiência produtiva daquela indústria e as respectivas estratégias de competição possíveis de serem implementadas ali. Além disso, quanto mais adequado for o marco regulatório, mais simples será a agenda de trabalho da autoridade antitruste, cuja ação ficará provavelmente restrita à análise de eventuais atos de concentração e um reduzido número de condutas anticompetitivas.

O combate a condutas anticompetitivas em indústrias de rede não é trivial. Frequentemente estas condutas derivam de expedientes sutis, através das quais certas empresas procuram usar o poder advindo do controle sobre algum recurso essencial para fortalecer sua posição em outros segmentos da indústria. Tais artifícios exploram, de forma combinada, as características das tecnologias disponíveis, as deficiências da regulação vigente e as peculiaridades dos serviços prestados pela rede. Os instrumentos utilizados podem incluir a discriminação de preços, a demora intencional na execução de uma tarefa essencial, deterioração dos serviços prestados, ou qualquer outro tipo de expediente que provoque a elevação dos custos dos competidores.

Em virtude desses tipos de práticas, vários estudos sobre indústrias de rede procuraram caracterizar rigorosamente as situações geradoras de condutas oportunistas, bem como os instrumentos a serem usados preferencialmente pelas firmas envolvidas nessas iniciativas (vide Beard e outros, 2001; Economides, 1998).

Por exemplo, um dos pontos estabelecidos nessa literatura é o de que em setores onde existem empresas verticalizadas e não verticalizadas, e estas dependem de recursos essenciais controlados por aquelas, as primeiras serão tentadas a usar algum artifício para excluir as firmas não verticalizadas do mercado.³ Para a autoridade antitruste, a identificação do tipo particular de instrumento adotado costuma ser árdua, não só pelas razões apontadas acima, mas também porque as firmas verticalizadas sempre dispõem do alibi de que estão apenas elevando a eficiência de suas instalações produtivas, e que, portanto, o interesse público não está sendo afetado. Entretanto, graças aos avanços conceituais recentes, a experiência internacional tem demonstrado que uma análise minuciosa sobre as fontes da atual configuração da indústria onde aquelas empresas operam revelará, inevitavelmente, as deficiências do marco regulatório que estarão permitindo a ocorrência de tais eventos.

3. As condições de concorrência e o problema da extorsão

O porto de Santos é uma indústria de rede onde atuam basicamente dois tipos de firmas, os terminais portuários e os recintos alfandegados.⁴ Os terminais são empresas verticalizadas que participam dos dois mercados relevantes da atividade portuária. O primeiro compreende os serviços de carga/descarga (movimentação vertical) e os serviços em terra, incluindo as atividades entre o costado do navio e o portão do terminal (movimentação horizontal) – ou vice-versa, no caso de exportação. O segundo mercado inclui a armazenagem alfandegada das mercadorias até o

³ Ao dificultar o acesso ao recurso essencial, a firma verticalizada tem um duplo benefício. No curto prazo, amplia sua fatia do mercado através da redução artificial da competitividade das empresas não verticalizadas; no longo prazo, após a eliminação destes competidores, consolida seu poder de mercado, e, conseqüentemente, expande suas margens de lucro.

⁴ Este trabalho analisa o funcionamento do porto de Santos apenas sob a ótica das atividades de importação, porque é nelas onde ocorre a cobrança da THC2.

momento do desembaraço aduaneiro. Os recintos alfandegados independentes (i.e., os que não detêm pier de atracação) operam apenas neste segundo mercado. No porto de Santos estão estabelecidos atualmente cinco terminais portuários e dez recintos alfandegados independentes.

Além de fatores relativos à logística, o principal motivo que confere à atividade portuária o caráter de indústria de rede é o fato de que a carga se torna um *bem infungível* (i.e., que não pode ser substituído por qualquer outro) a partir do momento em que o armador e o importador firmam o contrato de transporte marítimo, e assim permanece durante toda a sequência de operações até a entrega da mercadoria ao importador. Neste contexto, a atividade portuária implica um conjunto de relações jurídicas e econômicas entre quatro pares de agentes econômicos: (a) exportador-importador; (b) importador-armador; (c) armador-terminal portuário; e (d) importador-recinto alfandegado. Os direitos e obrigações que vigoram em cada uma destas relações bilaterais estão amparados por um tipo particular de contrato.

Assim, o contrato de compra e venda firmado entre o importador e o exportador dá origem a um conjunto de atividades cuja realização demandará o suporte de três outros tipos de contratos:

- o contrato de transporte marítimo, que define o frete e as condições de transporte;
- o contrato entre o armador e o terminal portuário, referente às movimentações horizontal e vertical da carga;
- o contrato de armazenagem entre o importador e o recinto alfandegado.

Os únicos agentes envolvidos nesse processo que não necessitam de contratos entre si são o terminal portuário e o recinto alfandegado, já que, embora suas atividades sejam interdependentes, não existe qualquer tipo de vínculo jurídico ou econômico entre esses agentes. A única interação econômica que vigora entre eles é a da competição pelos contratos de armazenagem junto aos importadores.

Como vimos na seção anterior, indústrias de rede onde operam empresas verticalizadas e não verticalizadas constituem ambientes que estimulam condutas anticompetitivas por parte do primeiro tipo de empresas. No caso do setor portuário existe um estímulo adicional, advindo do fato de que a carga é um bem infungível. Em transações econômicas envolvendo esse tipo de bens há sempre algum risco de que ocorra o chamado “problema da extorsão” (*the hold-up problem*), identificado por Ronald Coase (1937) no início do século passado. Como se sabe, a oportunidade para práticas extorsivas surge quando uma empresa realiza um investimento numa instalação que serve exclusivamente para processar insumos produzidos por determinado fabricante, e que se não for usada para tal finalidade o valor da instalação se torna próximo de zero.⁵

O exemplo clássico é o da montadora de veículos que decide lançar um novo modelo que contém um componente fabricado exclusivamente por um determinado produtor de auto-peças. Se o novo modelo se tornar um sucesso de vendas, este fabricante será estimulado a elevar abusivamente o preço do componente, sob a ameaça de que poderá suspender o fornecimento e inviabilizar a produção do veículo. Diante desta chantagem, a empresa montadora dispõe de três opções. A primeira é

⁵ O problema da extorsão tem sido fonte inspiradora de uma vasta literatura econômica que atualmente abrange diversas áreas, como organização industrial (Holmstrom e Roberts, 1998; Acemoglu e outros, 2002), comércio internacional (Beaudry e Collard, 2004), comércio eletrônico (Tavares, 2002) e teoria dos contratos (Schmitz, 2001).

renegociar os termos do contrato de fornecimento do insumo, continuar operando com o mesmo fabricante, e aceitar uma redução da margem de lucro nas vendas do veículo. A segunda é projetar outro modelo sem peças exclusivas, contratar novos fornecedores, e absorver os custos não amortizados dos investimentos realizados no modelo original. A terceira é verticalizar o processo de produção, e passar a produzir diretamente o componente.

A cobrança da THC2 é uma versão radical do problema acima. Em primeiro lugar, porque essa taxa não tem fundamento, dada a ausência de vínculo mercantil entre os dois agentes. Em segundo lugar, porque no instante em que o terminal recebe a carga ele passa a ter um poder de barganha ilimitado em relação ao recinto alfandegado, que não dispõe de outra alternativa senão resgatar a mercadoria, sob pena de descumprir o contrato firmado com o importador. Em terceiro lugar, porque, ao contrário do fabricante de peças, o objetivo do terminal não é apenas extrair mais-valia do recinto alfandegado, mas excluir o competidor do mercado. Por fim, porque neste caso a verticalização não é uma escolha viável a curto ou médio prazo para o recinto alfandegado, em virtude das barreiras à entrada no mercado de movimentação de cargas.

Neste contexto, cabe recordar duas perguntas. A primeira é: por que os terminais portuários estariam dispostos a manter uma conduta abusiva, a despeito do risco de uma punição rigorosa pela autoridade antitruste? Por aqueles dois motivos atraentes já referidos aqui: (a) 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; e (b) no longo prazo, caso consigam extinguir estes competidores – como é provável se a THC2 for mantida indefinidamente – consolidar o poder de mercado nos dois segmentos da indústria.

A segunda pergunta pertinente é: por que este resultado é tão prejudicial ao interesse público? Por quatro razões fundamentais já apontadas anteriormente: (a) ele reduz a variedade de serviços ofertados aos importadores; (b) impede a exploração das vantagens competitivas que diferenciam os recintos alfandegados dos operadores portuários; (c) desestimula o processo de modernização do porto de Santos que vem ocorrendo desde o início dos anos noventa; e (d) resulta em aumento de preços ao consumidor final dos serviços de armazenagem alfandegada.

Para competir com os terminais, os recintos alfandegados oferecem uma série de serviços diferenciados ao importador. De fato, em virtude das barreiras à entrada no mercado de movimentação de cargas, não resta a essas empresas outra estratégia de sobrevivência senão a contínua busca de soluções inovadoras. A Marimex, por exemplo, introduziu o sistema de cobrança *pro rata dia* da armazenagem e não por períodos mínimos, como fazem os concorrentes. Seu serviço de atendimento funciona 24 horas por dia, possui instalações especiais para cargas de alto risco, oferece soluções para a entrega da mercadoria ajustadas às necessidades do cliente, e planeja suas atividades de forma a minimizar o tempo despendido com o desembarço aduaneiro. Para a Marimex, assim como os demais recintos alfandegados, a abolição da THC2 implicará uma redução de custos que fortalecerá a competitividade da empresa de várias formas, permitindo a ampliação da pauta de serviços ofertados e a exploração de economias de escala, bem como a redução de preços, em benefício do consumidor final.

A presença mais atuante dos recintos alfandegados dinamizará o atual processo de modernização do porto. Apesar do desenvolvimento registrado nos últimos onze anos, a qualidade e a variedade dos serviços de logística oferecidos pelo porto de Santos ainda estão distantes da fronteira tecnológica internacional (ver Goebel, 2002). O avanço do processo de modernização beneficiará amplamente o comércio exterior brasileiro, reduzindo os custos de importação e elevando a competitividade das

indústrias exportadoras, encurtando os ciclos de produção, baixando os custos de distribuição, e facilitando a entrega das mercadorias ao consumidor final.

A literatura econômica referida na seção anterior sugere uma lista de soluções alternativas para lidar com práticas anticompetitivas de firmas verticalizadas que operam em indústrias de rede.⁶ Quando a integração vertical não gera economias de escala, escopo ou densidade, e serve apenas para sustentar o poder de mercado daquelas firmas, a melhor opção é simplesmente proibir a verticalização. Quando tais economias existem, mas as empresas não verticalizadas oferecem benefícios adicionais ao consumidor, a solução mais sensata requer uma articulação estreita entre regulação e política de concorrência. Por um lado, o marco regulatório deve conter normas claras que assegurem a sobrevivência dos dois tipos de firmas no mercado. Por outro, a autoridade antitruste deve punir de forma expedita qualquer desvio em relação aos padrões de conduta definidos pelo órgão regulador. Somente naqueles casos em que a superioridade das firmas verticalizadas for inequívoca, o marco regulatório deverá permitir sua presença exclusiva no mercado.

No caso do porto de Santos, a solução regulatória mais adequada se enquadra no segundo grupo da lista acima referida, já que a configuração mais eficiente implica a presença dos dois tipos de firmas. Contudo, a necessária articulação entre regulação e defesa da concorrência ainda está por acontecer. Por um lado, o atual marco regulatório contém lacunas que permitem atos extorsivos como a cobrança da THC2, e, por outro, o CADE ainda não se manifestou sobre a ilegalidade desta prática.

⁶ Para uma descrição detalhada dessas recomendações, ver OECD 2001.

4. A THC2 e suas consequências perversas

A cobrança da THC2 originou-se da conjugação de dois eventos que marcaram a evolução da atividade portuária brasileira nos últimos 20 anos: o surgimento dos recintos alfandegados antes da privatização dos portos e a criação da ANTAQ após à assinatura dos contratos de arrendamento dos terminais portuários com a Cia. Docas do Estado de São Paulo (CODESP).

Os primeiros recintos alfandegados começaram a operar em 1985, a partir de uma providência do governo federal que visava enfrentar, ainda que parcialmente, a monumental ineficiência dos portos brasileiros naquela época, fruto de uma regulamentação estatizante em vigor no país desde os anos 30 do século passado. Até 1985, todas as atividades de carga, descarga e armazenagem de mercadorias no porto de Santos eram monopólio da CODESP, controlada pela União Federal. Com a instituição dos recintos alfandegados, o governo permitiu que a iniciativa privada passasse a oferecer aos importadores os serviços de armazenagem e desembarço aduaneiro. Nos anos seguintes, tal medida promoveu consideráveis reduções nos custos de importação e nos tempos de espera dos importadores para a entrega das mercadorias, além de aprimorar a qualidade dos serviços de armazenagem, sobretudo nos aspectos relativos à segurança da carga.

Uma contrapartida óbvia desses benefícios foi a queda acelerada de receitas da CODESP com armazenagem. Para enfrentar a competição neste mercado, teria sido imprescindível à CODESP promover uma reestruturação radical nos seus padrões operacionais, visando aproximá-los daqueles que estavam sendo praticados pelo setor privado. Diante dos obstáculos institucionais e políticos para implementar uma estratégia deste tipo, a empresa optou por uma solução mais simples, que foi a de recorrer aos privilégios conferidos por sua condição de monopolista legal, com poder de criar novas tarifas através da antiga Portobrás e do Ministério dos Transportes.

Assim, as receitas de armazenagem da CODESP foram parcialmente recuperadas a partir de 14.07.89, através de uma portaria que instituiu a chamada “taxa M.20” com a seguinte redação: “pelo serviço de liberação de contêineres destinados aos terminais retroportuários alfandegados (TRAs), conforme os documentos (conhecimentos marítimos) relacionados na respectiva declaração de transferência, por contêiner.” (ANTAQ, 2003, p. 15).

A taxa M.20, assim como diversas outras taxas cobradas pela CODESP, desapareceu após a privatização dos terminais portuários, visto que os armadores passaram a remunerar todas as atividades da operação portuária (movimentações horizontal e vertical) por meio da taxa intitulada THC (inicialmente THC/Capatazia). A THC corresponde aos serviços de capatazia que, conforme definidos na lei 8630/93, Art. 57, § 3º, I compreendem: “a atividade de movimentação de mercadorias nas instalações de uso público, compreendendo o recebimento, conferência, transporte interno, abertura de volumes para a conferência aduaneira, manipulação, arrumação e entrega, bem como o carregamento e descarga de embarcações, quando efetuados por aparelhamento portuário.”

Apesar de ter sido abolida, a taxa M.20 veio servir de pretexto para que os terminais portuários instituíssem a THC². Entretanto, este expediente só se tornou viável devido a uma deficiência importante no processo de privatização dos portos brasileiros, que foi implementado sem o amparo de um marco regulatório adequado para o setor. Esta falha só começou a ser corrigida em 2001, com a criação da ANTAQ. Embora a sequência de eventos seja conhecida, é útil recordar as principais etapas: Com base nos princípios estabelecidos pela lei 8630/93 para o processo de privatização, a CODESP lançou em 1995 o Programa de Arrendamentos e Parcerias no Porto de Santos (PROAPS), e nos anos seguintes promoveu a licitação dos terminais. Através deste processo os atuais operadores de terminais assinaram com a

CODESP contratos de arrendamento cujos prazos variam de 20 a 25 anos, renováveis por igual período.

Conforme constatou a Superintendência de Portos da ANTAQ: “O que se depreende da análise dos contratos de arrendamento celebrados no Porto de Santos é que as preocupações centrais da CODESP, à época, estavam voltadas primordialmente para a definição de metas de movimentação de mercadorias, de realização de investimentos pelos futuros arrendatários, bem como de arrecadação de recursos para-fiscais via leilão. As preocupações geradas por restrições orçamentárias preponderaram sobre as de natureza regulatória e de eventuais mecanismos de defesa da concorrência.” (ANTAQ, 2003, p. 11)

Por se tratar de uma indústria de rede, onde há fortes estímulos ao surgimento de práticas anticompetitivas como a cobrança da THC2, era indispensável que o lançamento do PROAPS tivesse sido precedido de um marco regulatório que especificasse rigorosamente as regras de competição nos portos brasileiros. Tal como requerido em qualquer setor regulado, a legislação nacional deveria descrever as funções, a personalidade jurídica, os padrões de conduta no mercado, bem como demais direitos e obrigações de todos os agentes econômicos envolvidos na atividade portuária. Ademais, para assegurar a aplicação expedita das normas vigentes, o monitoramento do processo de competição precisaria conter mecanismos formais de cooperação entre a agência reguladora e as autoridades antitruste.

Como nada disso aconteceu, os terminais portuários encontraram as condições ideais para restabelecer um mecanismo similar à antiga taxa da CODESP, agora denominada de THC2. Embora a M.20 fosse polêmica, não cabem dúvidas quanto ao seu amparo legal, porque a CODESP, na qualidade de empresa pública, tinha acesso a uma prerrogativa exclusiva do Estado, que é o poder de instituir contribuições compulsórias. A THC2, no entanto, constitui um adicional à tarifa de importação

editado por agentes privados, posto que é uma despesa sem contrapartida de serviços prestados. Portanto, se à luz da teoria econômica essa taxa representa um caso limite do problema da extorsão, sob a ótica do direito ela pode ser descrita como uma interferência indevida nas atribuições do Estado.

Para apurar essas irregularidades, em agosto de 1999, a Secretaria de Direito Econômico (SDE) do Ministério da Justiça instaurou o processo administrativo no. 08012.007443/99-17 contra os terminais do porto de Santos. Durante a fase de instrução do processo, os argumentos que os representados usaram em suas defesas tornaram evidentes não só as falhas regulatórias acima apontadas, como também o caráter espúrio da THC2. Na verdade, diante da impossibilidade de reconhecer que se tratava de uma contribuição compulsória, cada terminal portuário procurou justificar sua conduta a partir de fundamentos particulares.

De acordo com a Santos Brasil, por exemplo, (fls. 236 e seguintes) o contrato de arrendamento firmado com a CODESP permite a cobrança “pelos serviços complementares de movimentação de contêineres, que efetivamente são prestados.” A Libra (fls. 389 e seguintes) não menciona o contrato de arrendamento, mas indica uma longa lista de serviços que supostamente seriam oferecidos aos recintos alfandegados. Entretanto, o conjunto de tarefas ali referido é bem distinto daquele apresentado pela Santos Brasil. Já a Usiminas (fls. 152 e seguintes) fornece uma terceira lista e alega problemas de logística não considerados pelos demais representados.

A Superintendência de Portos da ANTAQ avaliou detalhadamente os argumentos acima e chegou à seguinte conclusão: “Assim, em todos os terminais de contêineres do Porto de Santos, as rotinas operacionais de descarga de contêineres do navio com entrega aos recintos alfandegados independentes **não acarretam prestação de serviços adicionais ou incidência de custos adicionais para os operadores portuários**, mas sim prestação de serviços e incidência de custos sempre

menores ou, no máximo, equivalentes, comparativamente às rotinas de descarga com entrega aos recintos alfandegados dos operadores-arrendatários, **razão pela qual a cobrança em exame é considerada indevida**” (ANTAQ, 2003, p. 24) (Grifos meus). Em outro trecho do mesmo documento, a ANTAQ chama a atenção para aspectos que corroboram a análise desenvolvida no presente trabalho: “Inferese assim que está ocorrendo uma disputa pelo mercado de armazenagem alfandegada, pretendendo os operadores portuários, com a tarifa adicional, encarecer, dificultar ou inviabilizar a prestação dos serviços de armazenagem pelos concorrentes.” (ib., p. 12)

Algumas consequências econômicas dos eventos relatados nos parágrafos anteriores podem ser observadas na tabela 1, que descreve as mudanças radicais ocorridas no mercado de armazenagem no porto de Santos no período 1997–2003. Em 1997, por exemplo, os quatro principais recintos alfandegados daquele porto eram Columbia, Deicmar, Localfrio e Mesquita. Em conjunto estas empresas armazenaram 72,4% das cargas desembarcadas no porto naquele ano. Tal parcela declinou sistematicamente nos anos seguintes, tendo ficado reduzida a apenas 22,6% em 2003. De fato, os únicos recintos que conseguiram – a despeito das condições adversas – elevar suas parcelas de mercado nesse período foram a Marimex e a Termares.

Além disso, os montantes de rendas transferidas indevidamente aos terminais através da THC2 podem ser calculados facilmente, multiplicando-se os valores dessa taxa pela quantidade de contêineres armazenados em cada recinto independente. Com base nos dados da Alfândega do porto de Santos, observa-se que entre janeiro de 2001 e agosto de 2003, o total transferido foi de aproximadamente 34 milhões de reais, ou seja, cerca de um milhão de reais por mês. Como vimos anteriormente, este valor vem elevando artificialmente os lucros dos terminais, reduzindo a competitividade dos recintos e encarecendo desnecessariamente os custos das indústrias importadoras. Embora alguns recintos tenham conseguido superar esta desvantagem através de esforços inovadores, certamente esta capacidade de resistir não será duradora.

Tabela 1

Mercado de Armazenagem no Porto de Santos: 1997–2003

Percentagens

Firma \ Ano	Ano						
	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003
Terminais Portuários	0,0	1,2	19,1	33,8	36,2	44,1	47,1
Santos Brasil	0,0	0,0	7,9	14,8	17,2	23,5	23,8
Libra	0,0	0,0	7,8	13,6	11,8	11,5	12,5
Usiminas	0,0	1,2	3,4	5,3	4,3	3,4	3,9
Tecondi	0,0	0,0	0,0	0,1	2,9	5,7	6,9
Recintos Alfandegados	100,0	98,8	80,9	66,2	63,8	55,9	52,9
Marimex	6,9	10,7	12,8	13,6	12,5	12,4	13,0
Columbia	11,1	8,9	6,9	5,1	5,5	4,1	4,2
Deicmar	20,5	18,5	14,4	10,7	10,6	8,1	5,9
Localfrio	17,8	14,6	7,9	6,7	6,4	5,6	5,2
Mesquita	23,0	20,7	15,0	10,6	10,1	9,1	7,3
Eudmarco	5,9	6,3	5,4	4,0	2,5	2,4	1,9
Integral	7,5	5,5	4,8	3,8	3,5	3,1	2,5
Rodrimar*	2,6	4,2	5,6	4,8	4,7	3,3	3,3
Termares	2,0	4,7	2,8	3,0	4,7	4,5	5,3
Transbasa	2,7	4,7	5,3	3,9	3,3	2,1	2,1
Bandeirantes	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	1,2	2,2
Total	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0

Fonte: Alfândega do Porto de Santos

* Atualmente a Rodrimar também opera como Terminal através do cais público.

5. As tentativas de justificar uma conduta indefensável

Desde a instauração do processo administrativo até a presente data, o Prof. Mário Luiz Possas escreveu – na qualidade de consultor dos advogados que representam a Santos Brasil – três pareceres procurando justificar a existência da THC2 (ver Possas, 2001, 2002 e 2004). Dada a dificuldade de apoiar um tributo criado por agentes privados, e defender uma conduta que visa excluir competidores do mercado, Possas adotou uma linha de argumentação baseada em dois artifícios. O primeiro consiste em abstrair as características centrais do processo de competição no setor portuário. O segundo é o de sugerir um conjunto de “fatos estilizados” que procuram simular questões destituídas de qualquer fundamento, como veremos a seguir.

Assim, em todos os pareceres, Possas ignora que a atividade portuária é uma indústria de rede, e trata o setor como se ali imperasse a livre competição e cujo mercado fosse similar a tantos outros, como o de porcas e parafusos, balas e pirulitos, adereços de fantasias para o carnaval, sabões e velas, etc. Em indústrias deste tipo não há espaço para condutas anticompetitivas, e a única estratégia de sobrevivência viável é a busca da eficiência econômica, salvo naquelas circunstâncias em que o governo decide proteger seus apaniguados. Desta maneira, a expressão “indústria de rede” não aparece uma única vez em qualquer dos pareceres, e tampouco são mencionados os princípios estabelecidos na vasta literatura citada na segunda seção do presente trabalho. Até mesmo o velho problema da extorsão – que inspirou inovações conceituais em diversas áreas da teoria econômica – é ignorado.

Uma vez eliminadas as características fundamentais do setor portuário brasileiro, isto é, uma indústria de rede na qual as empresas verticalizadas praticam atos abusivos em virtude de falhas regulatórias, Possas trata de construir, no seu primeiro parecer, três “fatos estilizados” para demonstrar que a THC2 não seria uma

conduta anticompetitiva. O primeiro “fato” sugere que a discussão sobre a THC2 é irrelevante, já que, a seu juízo, os recintos alfandegados deveriam ser extintos porque são empresas ultrapassadas que não oferecem serviços atrativos ao importador.⁷

Como os importadores insistem em discordar desta avaliação, e continuam utilizando os recintos alfandegados, Possas introduz um segundo “fato estilizado” para insinuar que a sobrevivência dessas empresas no mercado de armazenagem seria fraudulenta, porque estariam oferecendo algum tipo de serviço escuso.⁸ Embora ele só insinue a existência de fraudes e não elabore o ponto, volta a mencioná-lo superficialmente nos pareceres seguintes. É ocioso, portanto, contestá-lo, mesmo porque ele não relata o tipo de delito que estaria ocorrendo. Cabe apenas registrar essa tentativa difamatória como um dos “fatos estilizados” próprios da linha de argumentação referida no início desta seção.

O terceiro “fato estilizado” é o de afirmar que existiriam **transações comerciais obrigatórias** entre o terminal e o recinto alfandegado. Assim, Possas parece ignorar que numa economia de mercado não há lugar para este tipo de transações, já que toda relação econômica entre agentes privados é necessariamente voluntária, e sempre contratual. Numa sociedade civilizada, o único agente que tem

⁷ Segundo Possas (2001), os recintos alfandegados “representam uma herança da ineficiência do sistema portuário, quando os serviços de armazenagem eram caros e precários [...]. A partir do momento em que os terminais portuários (caso do TECON) são privatizados, e os novos operadores portuários privados passam a prestar um serviço eficiente, confiável e competitivo [...] **os TRAs deixam de ter razão de ser e atratividade econômica para o importador.**” (p. 12) (Grifo meu)

⁸ De acordo com o autor desta alegação: “... causa espécie justamente que os *market shares* da SB não estejam aumentando, ainda que por razões distintas das alegadas pelos TRAs – ou seja, não porque a SB seja mais competitiva *artificialmente* (via supostas práticas discriminatórias), mas porque ela o é *naturalmente*. Estabilidade de participações de mercado em circunstância como esta é o que motivou a Secretaria da Receita Federal, em sua Instrução Normativa no. 52 de 08.05.2001, **destinada à coibição de fraudes aduaneiras cometidas nas importações, ...**” (Ib., p. 28) (Itálicos no original; grifo meu)

poder para impor obrigações financeiras aos demais é o Estado, como se sabe. De fato, como ensinou Giuliano Amato (1997) de forma eloquente, o direito antitruste surgiu não só para defender o processo de competição *lato sensu*, mas sobretudo para preservar este fundamento essencial do capitalismo, que é a liberdade de contrato. Portanto, caso o terminal portuário prestasse algum serviço ao recinto alfandegado, é óbvio que essa transação seria precedida de um acordo contratual. A seção 3 deste trabalho mostrou que tal contrato não existe porque as relações entre estes dois agentes não formam um mercado, mas constituem, tão somente, uma interconecção de uma indústria de rede.⁹

No segundo parecer, Possas (2002) retoma os mesmos argumentos, desta vez para responder ao parecer de Paulo Corrêa (2002), que descreveu, corretamente, a THC2 como um expediente para elevar os custos dos competidores. Os tópicos discutidos nas seções anteriores do presente trabalho fornecem diversas evidências para sustentar os argumentos de Corrêa, que foram, ademais, convalidados enfaticamente pela Nota Informativa no. 06/2003 da Superintendência de Portos da ANTAQ. Possas, entretanto, em seu parecer de 2004, não reconsiderou suas críticas a Corrêa à luz da manifestação do órgão regulador.

O terceiro parecer visa atualizar os dados sobre o caso e fazer uma “avaliação final da existência ou não de efeito prejudicial à concorrência na cobrança da taxa em questão.” Curiosamente, embora o parecer seja posterior à nota da Superintendência

⁹ No entanto, segundo Possas: “Existe, portanto, uma relação econômica *vertical* entre os dois mercados relevantes, na medida em que é a realização das atividades de *movimentação de contêineres* que disponibiliza as mercadorias a serem *armazenadas* nos recintos alfandegados. Além disso, caso o operador portuário que movimenta os contêineres não realize ele próprio a armazenagem, **cria-se obrigatoriamente uma transação comercial entre este e um recinto alfandegado**, já que o primeiro deverá prestar ao segundo um certo montante de serviços para que os contêineres possam ser movimentados e transferidos para a área de armazenagem, serviços esses que devem ser adequadamente remunerados.” (Ib. p. 18) (Itálicos no original, grifo meu)

de Portos da ANTAQ, Possas não comenta a manifestação da agência reguladora. Evitando polemizar com a autoridade, ele apenas reafirma seus pontos de vista, como se essa atitude bastasse para refutar os dispositivos da lei dos portos, a avaliação técnica contida na nota e os princípios básicos da teoria econômica. Assim, ao contrário do que determina o Art. 57 da lei 8630/93, ele continua arguindo que a THC2 “tem por base serviços efetivamente prestados aos Ras” (p. 2), como se a lei não explicitasse que a capatazia inclui todas as operações relativas à movimentação horizontal e vertical de contêineres, sendo que tais atividades, como vimos anteriormente, são remuneradas por meio da THC paga pelo armador ao terminal portuário. Ignorando a avaliação da Superintendência de Portos da ANTAQ, ele repete, com base em dados privativos do seu cliente, a Santos Brasil, que existem custos adicionais “incorridos pela SB na prestação dos serviços específicos de atendimento aos Ras para entrega dos contêineres desembarcados a estes destinados.” (p. 20) Mas, segundo ele, esses dados não podem ser de conhecimento público: “Infelizmente, por razões de confidencialidade, não foi possível disponibilizá-los no presente Parecer, mas a empresa certamente poderá fazê-lo para os órgãos de defesa da concorrência sob garantia de sigilo.” Portanto, de um lado temos um documento público do órgão regulador, de outro temos a crítica de Possas baseada em alegados dados confidenciais.

Há, entretanto, uma novidade neste terceiro parecer. Ali o autor finalmente reconhece que o processo de competição no setor de portos não é exatamente similar ao de indústrias como a de porcas e parafusos, em virtude da presença de empresas com distintos graus de integração vertical. Mas como ele se recusa a aceitar que se trata de uma indústria de rede, e para eludir a manifestação evidente do problema da extorsão, ele é impelido a uma sequência de proposições absurdas. Em primeiro lugar existiria, segundo Possas, uma *relação comercial* entre o terminal e o recinto alfandegado que **não é** uma *relação de mercado*. Logo, como não há mercado, não se pode dizer que o terminal seja detentor de algum poder mercado! Contudo, pensando

melhor, dirá o autor, não é possível rejeitar a hipótese de venham a surgir práticas anticompetitivas **neste** mercado (que não existe).¹⁰

Finalmente, resta um comentário adicional ao “fato estilizado” mais frequente nos três pareceres: o de que os terminais não teriam poder de mercado para impor práticas abusivas. 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. Contudo, o fator que dá origem à conduta anticompetitiva neste caso não é o poder de mercado *lato sensu* dos terminais, mas a manifestação do problema da extorsão no instante da entrega da carga, um bem infungível que está sendo transacionado entre um exportador e um importador através de uma indústria de rede. Logo, é inquestionável o caráter distorsivo deste fenômeno, conforme mostrou a quarta seção deste parecer.

6. Conclusão

Após examinar detalhadamente as alegações relativas à cobrança da THC2, a Nota Informativa no. 06/2003 da Superintendência de Portos da ANTAQ concluiu que qualquer taxa cobrada pelos terminais aos recintos alfandegados será sempre indevida, por quatro motivos:

¹⁰ Segundo Possas (2004), “Do ponto de vista econômico, a relação comercial estabelecida entre os agentes que operam no (i) *mercado de movimentação de contêineres* e no (ii) *mercado de armazenagem alfandegada de mercadorias transportadas em contêineres* é uma relação econômica ‘vertical’ [...]. Por outro lado, vale ressaltar que esta mesma relação comercial vertical – os serviços de acesso às cargas containerizadas – *não é*, a rigor, uma relação de mercado, [...]. **Segue-se daí que é incorreto classificá-la como um mercado, e portanto o OP como detentor de poder mercado** ou de posição dominante, menos ainda como monopolista em tal ‘mercado’. **De qualquer forma**, é inegável que, dada a integração vertical dos Ops entre os dois mercados relevantes, **é teoricamente possível a existência de condições estruturais e de incentivos à adoção de práticas restritivas verticais por parte destes [...].**” (p. 9) (Itálicos no original; grifos meus)

- (a) “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;
- (b) “a despesa assumida pelo armador ou transportador marítimo com a movimentação das cargas a partir do costado do navio até o portão do terminal portuário, incluindo a respectiva entrega, já é repassada ao importador por meio da taxa chamada THC, estabelecida também com base no custo médio das operações;
- (c) “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;
- (d) “ainda que existisse prestação de serviço adicional pelo operador portuário, a cobrança não poderia ser feita aos recintos alfandegados independentes, mas ao armador ou transportador marítimo, que, no caso, é que contrata os serviços de movimentação das cargas, incluindo a respectiva entrega.” (p.27)

Na mesma linha, tanto a SDE como a Procuradoria do Cade concluíram que a THC2 constitui uma conduta anticompetitiva que tem provocado distorções sérias no setor portuário. Por isto, recomendaram ao CADE a abolição desta prática e a condenação dos terminais por infração à ordem econômica, com base nos artigos 20 e 21 da lei 8884/94.

O presente parecer mostrou que as conclusões dos órgãos de regulação e defesa da concorrência estão solidamente amparadas pela teoria econômica, e também revelou que, além da manifestação do CADE, é importante corrigir as falhas

regulatórias que deram origem a esta distorção, cujo custo mensal para os recintos alfandegados é da ordem de um milhão de reais, que são apropriados indevidamente pelos terminais. Neste sentido, três providências seriam oportunas. A primeira seria uma resolução da ANTAQ que especificasse, à luz dos princípios gerais determinados pela lei 8630/93, os papéis, direitos e obrigações de todos os agentes econômicos que participam da atividade portuária. A segunda seria ajustar os contratos firmados entre a CODESP e os terminais às normas definidas pela resolução anterior. A terceira seria ampliar a transparência das condições de concorrência no mercado de armazenagem, publicando regularmente na página internet da ANTAQ dados sobre a evolução desse mercado, com indicadores de desempenho das firmas incumbentes, perfil dos serviços prestados, comparações internacionais, índices de produtividade e custos pagos pelos importadores.

As atuais condições de concorrência no porto de Santos constituem um caso paradigmático sobre a interação entre regulação e defesa da concorrência. Como vimos na seção 2, um marco regulatório adequado às características do setor regulado simplifica o trabalho da autoridade antitruste, cuja intervenção só será necessária em raros eventos. Esta divisão de tarefas eleva, pelas razões ali apontadas, a eficácia conjunta dos órgãos de regulação e defesa da concorrência na preservação do interesse público. Entretanto, quanto esta situação ideal não se verifica, e a autoridade antitruste é levada a coibir práticas oriundas de falhas regulatórias, isto não significa que a lei de concorrência esteja sendo aplicada indevidamente, absorvendo funções que caberiam à agência reguladora. Em qualquer situação, o papel de regulador de última instância da economia compete à autoridade antitruste, cuja responsabilidade permanente é impor o cumprimento da lei de concorrência, independentemente da origem das condutas anticompetitivas. A rigor, é justamente na ausência de regulação apropriada que a intervenção dos órgãos de defesa da concorrência se torna indispensável. Este é certamente o caso da cobrança da THC2 no porto de Santos.

Referências

- Acemoglu, D., Aghion, P., e Zilibotti, F. 2002. “*Vertical Integration and Distance to the Frontier*”, **NBER Working Paper no. 9191**.
- Agência Nacional de Transportes Aquaviários. 2003. **Nota Informativa No. 06/2003**, Brasília.
- Amato, G. 1997. **Antitrust and the Bounds of Power**, Hart Publishing, Oxford, U.K.
- Baumol, W., e Sidak, J. 1994. **Toward Competition in Local Telephony**, MIT Press, Cambridge, Mass.
- Beard, T., Kaserman, D., e Mayo, J. 2001. “*Regulation, Vertical Integration and Sabotage*”, **Journal of Industrial Economics**, vol. XLIX, pp.319-333.
- Bearnheim, B., e Willig, R. 1996. “*The Scope of Competition in Telecommunications*”, inedito.
- Beaudry, P., e Collard, F. 2004. “*Globalization, Returns to Accumulation and the World Distribution of Output*”, **NBER Working Paper no. 10565**.
- Coase, R. 1937. “*The Nature of the Firm*”, **Economica**, vol. 4, pp. 386-405.
- Corrêa, P. 2002. **Parecer sobre o Processo Administrativo no. 08012.007443/99-17**. Rio de Janeiro.
- Economides, N. 2003. “*Competition Policy in Network Industries: An Introduction*”, **Discussion Paper**, AEI-Brookings Joint Center for Regulatory Studies, Washington, D.C.
- Economides, N. 1998. “*The Incentive for Non-Price Discrimination by an Input Monopolist*”, **International Journal of Industrial Organization**, vol. 16, pp. 271-284.
- Goebel, D. 2002. “*A Competitividade Externa e a Logística Doméstica*”, em A. Castelar Pinheiro, R. Markwald e L. Valls Pereira (Orgs.) **O Desafio das Exportações**, BNDES, Rio de Janeiro.

- Holmstrom, B., e Roberts, J. 1998. “*The Boundaries of the Firm Revisited*”, **Journal of Economic Perspectives**, vol. 12, no. 4, pp.73-94.
- Laffont, J.J., e Tirole, J. 2001. **Competition in Telecommunications**, MIT Press, Cambridge, Mass.
- Noam, E. 2002. “*Interconnection Practices*”, em M. Cave, S. Majumdar e I. Vogelsang (Orgs.) **Handbook of Telecommunications Economics**, Elsevier Publishers, Amsterdam.
- Organisation for Economic Co-operation and Development. 2001. **Structural Separation in Regulated Industries**, Paris.
- Possas, M. 2001. **Parecer sobre o Processo Administrativo no. 08012.007443/99-17**. Rio de Janeiro.
- Possas, M. 2002. **Comentários a Parecer de Paulo Corrêa**. Rio de Janeiro.
- Possas, M. 2004. **Parecer Econômico sobre o Processo Administrativo no. 08012.007443/99-17**. Rio de Janeiro.
- Schmitz, P. 2001. “*The Hold-up Problem and Incomplete Contracts: A Survey of Recent Topics in Contract Theory*”, **Bulletin of Economic Research**, vol. 53, no. 1.
- Tavares de Araujo, J. 2002. “*Trade and Competition in B2B Markets*”, em P. Giordano (Org.) **An Integrated Approach to the European Union – Mercosur Association**, Chaire Mercosur de Sciences PO, Paris.
- Vogelsang, I. 2003. “*Price Regulation of Access to Telecommunications Networks*”, **Journal of Economic Literature**, vol. XLI, pp. 830-862.