

**DECISÕES JUDICIAIS QUE FAVORECEM À REGULARIDADE NA COBRANÇA
DO SSE/TCH2 E O RECENTE ENTENDIMENTO DO CADE**

(NOTÍCIA)

É corrente que há muitos anos o assunto SSE/THC2 vem sendo discutido no âmbito da Agência Nacional de Transportes Aquaviários/ANTAQ, do Conselho Administrativo de Defesa Econômica/CADE e do Poder Judiciário, em virtude das inúmeras insurgências por parte dos recintos retro alfandegados que afirmam tratar-se a cobrança do SSE/THC2 ilegal.

Todavia, com o objetivo de contribuir ainda mais para a compreensão do tema, faz-se necessário, antes de tudo, uma breve explicação sobre o que vem a ser SSE/THC2:

A atividade portuária exige a implementação de uma cadeia logística, visando o correto recebimento do contêiner desde o navio e a consequente entrega ao seu consignatário. Toda essa atividade gera um custo operacional. No caso da importação, para custeio do manuseio entre o porão da embarcação para a pilha comum de contêineres, os terminais portuários se remuneram por tais serviços por meio de uma cesta de serviços, denominada *box rate*, paga pelo transportador marítimo/armador do navio. Dentre os serviços contemplados, encontra-se a rubrica THC, sigla para a expressão inglesa *Terminal Handling Charge*, atinente à movimentação do contêiner entre o costado da embarcação e sua colocação na pilha do terminal portuário.

Os contêineres seguem uma regra normal, de acordo com a disposição nos porões dos navios, e são desembarcados nessa ordem, que podemos chamar de ordem natural de desembarque e acomodação na pilha comum do terminal.

Os terminais retro alfandegados ou chamados de terminais secos, entretanto, em relação aos contêineres que a eles se destinam, querem normalmente um serviço diferente ou diferenciado, preferencial: informam, previamente, ao terminal portuário a lista de seus contêineres para que estes sejam liberados tão logo cheguem ao terminal, no prazo máximo de 48 horas, saindo da fila normal para ultrapassarem e serem selecionados preferencialmente aos demais.

Esse pedido demanda dos terminais portuários serviços especializados e direcionados que, por sua vez, geram custos extras cobrados sob a rubrica Serviço de Segregação e Entrega (SSE), equivocadamente denominado pelos terminais retro alfandegados de THC2, como forma de imputar aos terminais portuários a pecha de dupla cobrança do THC.

Adentrando ao tema da legalidade/ilegalidade do serviço, importante frisar que, na esteira de recentes decisões judiciais, não se trata de dupla arrecadação, pois os terminais retro alfandegados, ao solicitarem a entrega expressa de seus contêineres, exigem do terminal portuário a utilização de tecnologia, equipamentos exclusivos e manuseios diferenciados no interior do terminal, custos esses que obviamente são maiores do que aqueles destinados ao manuseio normal, à fila normal e regular de contêineres.

A lógica regulatória que determina a cobrança diferenciada de serviços básicos daqueles considerados adicionais tem como fundamento a necessidade de evitar que existam indevidos subsídios cruzados, o que levaria à injusta situação de um usuário do serviço portuário ser obrigado a custear o serviço realizado em benefício de outro usuário.

Sempre condicionada à efetiva prestação, a cobrança do SSE decorre do exercício regular do contrato de arrendamento portuário, no caso de terminal arrendado, ou do contrato de adesão, tratando-se de terminal privado.

Diante de vários pleitos, a ANTAQ, a fim de dirimir a controvérsia, por meio de duas resoluções, a de nº 2.389/2012 e a nº 34/2019, autorizou expressamente a cobrança do SSE/THC2: Art. 9º da resolução 34: "*O SSE na importação não faz parte dos serviços remunerados pela Box Rate, nem daqueles cujas despesas são ressarcidas por meio do THC, salvo previsão contratual em sentido diverso*".

O Superior Tribunal de Justiça/STJ, também decidiu no Agravo em REsp 1.537.395, entre outros pontos, que "*o Serviço de Segregação e Entrega é oneroso e autônomo dos serviços prestados pelos armadores a justificar a cobrança da taxa questionada*" e que "*na espécie, prevalece a competência da ANTAQ (sem eliminar a do Cade), com a regulamentação que lhe é inerente, que autoriza a incidência do THC2*".

Várias outras decisões no âmbito do Tribunal Regional Federal/TRF da 1º e 3ª Regiões reconheceram como legal a cobrança do SSE/THC2 anulando decisões condenatórias do CADE. Igualmente, várias decisões nos Tribunais de Justiça/TJ dos estados de Santa Catarina e de São Paulo também entenderam pela legalidade da cobrança.

O CADE, com vistas a apurar suposto abuso de posição dominante, consistente na cobrança pelo serviço de SSE/THC2, por sua Superintendência Geral, exarou entendimento pela não ocorrência de infração à ordem econômica para o período posterior à resolução ANTAQ 34/2019. Portanto, o Tribunal do CADE poderá confirmar o entendimento da Superintendência Geral (Processo Administrativo 08700.005499/2015-51) e, por via de consequência, mudar o seu próprio entendimento fundado de que a cobrança do SSE/THC2 é abusiva por si só.

A controvérsia, entretanto, entrou em uma nova fase diante das decisões judiciais mais recentes que conferem estabilidade jurídica ao SSE.

Do ponto de vista regulatório, há duas novidades importantes. A primeira diz respeito à apreciação judicial da RN 34/2019 e a segunda decorre do julgamento do AREsp 1.441.228/SP pelo STJ.

A RN 34/2019 já foi objeto de judicialização pelos terminais retroportuários alfandegados. Em janeiro de 2020, foram ajuizadas, quase simultaneamente, 5 (cinco) ações anulatórias contra a resolução tanto no âmbito do TRF da 1ª Região quanto do TRF da 3ª Região.

Em quatro dessas ações, o pedido liminar com o objetivo de afastar a validade da norma já foi negado. Assim decidiu o Juízo da 14ª Vara Federal da SJDF, em três ações, bem como o Juízo da 3ª Vara Federal de Santos/SP em outra. Em junho de 2020, a decisão proferida pela Justiça Federal de Santos/SP foi mantida pela desembargadora Federal Diva Malerbi ao analisar Agravo de Instrumento 5006342-19.2020.4.03.0000.

Em 25/8/20, ocorreu outro fato relevante na discussão do SSE. Nesse dia, o STJ certificou o trânsito em julgado do AREsp 1.441.228/SP, por meio do qual a 2ª turma do STJ manteve o acórdão do TJSP que reconheceu a legalidade da regulação de preços do SSE realizada pela CODESP, atualmente Santos Port Authority.

Assim, no que diz respeito à ótica civil do SSE, destaca-se a recente consolidação da posição majoritária a favor da cobrança.

Atualmente, já é possível contabilizar 18 (dezoito) acórdãos do TJSP que reconheceram a legalidade da cobrança do serviço, inclusive, na perspectiva da existência de relação jurídica entre operadores portuários e recintos alfandegados retroportuários. Desse total, 7 (sete) foram proferidos em 2019. Outros 2 (dois) são de 2020.

No julgamento de agosto de 2020, na apelação cível 1033989-50.2017.8.26.0562, a 15ª Câmara de Direito Privado atestou que a cobrança do SSE é a *"contrapartida de uma efetiva movimentação e transporte de contêineres"*.

Merece destaque também o julgamento proferido em 2019 pela 23ª Câmara de Direito Privado, no agravo de instrumento 2092429-59.2017.8.26.0000. De modo categórico, os desembargadores cancelaram o laudo pericial determinado em 2º grau que comprovou a prestação do SSE, bem como a disponibilidade de pessoal e equipamento necessários.

Também em 2019, o TJSC, nos 3 (três) acórdãos de apelação que já apreciaram a matéria, igualmente, reconheceu a existência de relação jurídica entre operadores portuários e recintos alfandegados retroportuários.

Por sua vez, a novidade na discussão concorrencial veio com três decisões importantes.

Em junho, o ministro do STJ Sérgio Kukina negou provimento ao AREsp 1.537.395/DF, interposto pelo CADE. Assim, manteve o acórdão do TRF da 1ª Região que havia anulado condenação da autarquia com fundamento na ausência de infração concorrencial em decorrência da simples cobrança do SSE.

O ministro voltará ao tema na análise de acórdão do TRF da 3ª Região que também anulou condenação do CADE acerca do serviço (REsp 1.774.301). Nessa oportunidade, o STJ deve reconhecer que a Lei de Defesa da Concorrência não confere ao CADE competência para rever atos normativos e decisórios das agências reguladoras, assim como contratos de arrendamento e de adesão.

Desse modo, deve afastar a punição de operadores portuários com fundamento apenas na alegada existência de posição dominante - supostamente obtida em razão do acesso ao píer de atracação dos navios. Primeiro, porque essa situação decorre diretamente da outorga de exploração portuária exarada pelo

governo federal e submetida à regulação setorial. Segundo, porque, ainda que se entenda que operador portuário detém posição dominante, tal fato em si não impõe qualquer juízo de reprovabilidade. Afinal, o que lei e a Constituição Federal vedam é o abuso da posição dominante.

Além disso, como novidade, vale destacar que, em agosto de 2020, sentença do Juízo da 4ª Vara Federal da SJDF, proferida nos autos da ação 1023375-03.2018.4.01.3400: (I) declarou o direito de um operador portuário a cobrar o SSE e (II) anulou o processo administrativo instaurado pelo CADE com a finalidade de coibir a referida cobrança.

Na mesma linha, em julho de 2019, sentença do Juízo da 17ª Vara Federal da SJDF, na ação 1005826-43.2019.4.01.3400, reconheceu a nulidade de medida preventiva da Superintendência-Geral do CADE e garantiu a continuidade de cobrança do SSE. Além de reafirmar a legalidade do serviço, a decisão destacou a evidente invasão de competência do CADE na esfera de atribuição da ANTAQ.

Nesse cenário, é grande a expectativa em torno do julgamento do CADE que vai apreciar novamente o SSE no âmbito do Processo Administrativo 08700.005499/2015-51.

Naquele processo, com o aval do Superintendente-Geral, a Nota Técnica 7/2020 propôs ao Tribunal Administrativo modular a jurisprudência do CADE acerca do SSE. A sugestão é que, a partir da edição da RN 34/2019, a cobrança do citado serviço não seja mais considerada, por si só, ilícito concorrencial. Após esse marco, caberia à autoridade antitruste atuar apenas nos casos concretos em que se verificar abuso por parte dos operadores portuários.

Apesar de ser louvável a evolução, o grande inconveniente dessa posição é ignorar a licitude civil, regulatória e concorrencial da cobrança também em período anterior à RN 34/2019.

Todavia, mesmo diante de todas essas decisões judiciais favoráveis à cobrança do SSE/THC2, na sessão de julgamento realizada recentemente, no dia 3 de fevereiro de 2021, o CADE impôs medida preventiva contra a Portonave Terminais Portuários, de Navegantes, e contra a APM Terminals, de Itajaí/SC, empresas que operam o complexo portuário de Itajaí.

Com a decisão, as operadoras ficam impedidas de cobrar pelo serviço, restando proibida a cobrança dessa taxa adicional à tarifa básica, ou quaisquer outros valores, a título de separação e entrega de contêineres a recintos alfandegados independentes, até o julgamento do mérito dos processos.

Por maioria, o Conselho deu provimento a dois recursos interpostos pela Localfrio Armazéns Gerais Frigoríficos, prestadora de serviço de armazenagem alfandegada no complexo portuário de Itajaí. A decisão foi tomada em processos que apuram a cobrança de THC2 ou SSE pelos operadores portuários para a movimentação, em solo, de contêineres com cargas originárias de importação.

A Localfrio alegou que a cobrança seria indevida, já que o serviço de “segregação de contêineres” estaria incluso na tarifa básica paga pelo armador, o agente que efetivamente contrata os serviços do operador portuário. Além disso, afirmou que, como Portonave e APM detêm poder de mercado no complexo portuário de Itajaí, e possuem área de armazenamento, um aumento de custo imposto aos recintos alfandegados independentes acaba por desviar demanda para o próprio operador, que não arca com esse mesmo custo. Assim, a cobrança de THC2 ou SSE tornaria os recintos alfandegados uma opção menos competitiva para os importadores.

Os recursos julgados foram interpostos contra decisão da Superintendência-Geral do CADE, em outubro de 2020, que negou o pedido de medida preventiva contra a Portonave e APM Terminals, no âmbito dos processos que apuram suposta cobrança indevida.

Com a decisão do Conselho, a medida preventiva prevalece até que a investigação conduzida pela superintendência geral do CADE seja concluída. Ao final da investigação, a superintendência opinará pela condenação ou arquivamento do caso, encaminhando-o para julgamento pelo Tribunal do CADE, responsável pela decisão final.

REFERÊNCIAS:

- REVISTA PORTOS E NAVIOS – Disponível em: <https://www.portosenavios.com.br/artigos/artigos-de-opiniao/judiciario-legitima-o-sse-thc2-em-momento-decisivo-no-cade>
- MIGALHAS – Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/333433/judiciario-legitima-o-sse-thc2-em-momento-decisivo-no-cade>
<https://www.migalhas.com.br/depeso/333650/cobranca-do-sse-thc2-e-a-possivel-mudanca-do-cade>
- NSCTOTAL – Disponível em: <https://www.nsctotal.com.br/colunistas/loetz/cade-proibe-cobranca-de-taxa-extra-no-complexo-portuario-de-itajai>