



ESTADO DE SANTA CATARINA TRIBUNAL DE JUSTIÇA

APELAÇÃO Nº 0300805-87.2018.8.24.0135/SC

RELATOR: DESEMBARGADOR RODOLFO TRIDAPALLI

APELANTE: PORTONAVE S/A - TERMINAIS PORTUARIOS DE NAVEGANTES (RÉU)

ADVOGADO: JONNY PAULO DA SILVA (OAB PR027464)

ADVOGADO: JOSÉ AUGUSTO LARA DOS SANTOS (OAB PR031460)

APELADO: ALL NATIONS COMERCIO EXTERIOR S.A. (AUTOR)

ADVOGADO: DENISSANDRO PERERA (OAB SC011184)

EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL. TRANSPORTE MARÍTIMO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO. COBRANÇA PELO TERMINAL PORTUÁRIO DE TARIFA DENOMINADA "ARMAZENAGEM DE IMPORTAÇÃO 1º PERÍODO", QUE COMPREENDE O SERVIÇO DE ARMAZENAGEM PROVISÓRIA DA CARGA NO PÁTIO, NAS PRIMEIRAS 48H DA DESCARGA DA MERCADORIA, ENQUANTO AGUARDA A TRANSFERÊNCIA PARA RECINTO ALFENDEGADO INDEPENDENTE, EM REGIME DE DTA E DTC. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. APLICAÇÃO DO ART. 71, § 3º, DA IN SRF 248/2002, SOB O ENTENDIMENTO DE QUE NÃO HÁ PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE ARMAZENAGEM, POIS A CARGA, NESTE PERÍODO DE 48H, ESTÁ EM TRÂNSITO NO PÁTIO DO PORTO. INSURGÊNCIA DA REQUERIDA PORTONAVE S/A. ALEGAÇÃO DE QUE AS CARGAS DESCARREGADAS NO TERMINAL PORTUÁRIO PERMANECEM ARMAZENADAS NAS SUAS DEPENDÊNCIAS E SOB SUA GUARDA, DESDE O MOMENTO DA DESCARGA ATÉ A EFETIVA TRANSFERÊNCIA PARA O RECINTO DE ZONA SECUNDÁRIA, OU SEJA, ATÉ QUE OCORRA O TRÂNSITO ADUANEIRO, HÁ A EFETIVA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DE CUSTÓDIA, O QUAL DEVE SER DEVIDAMENTE REMUNERADO POR MEIO DE COBRANÇA DA TARIFA DE "ARMAZENAGEM DE IMPORTAÇÃO 1º PERÍODO". VERBERA QUE OS VALORES COBRADOS POSSUEM PREVISÃO NA TABELA GERAL DE PREÇOS DISPONIBILIZADAS AOS USUÁRIOS E SE SUJEITAM À FISCALIZAÇÃO DA

ANTAQ. DISCUSSÃO QUE PERPASSA PELO EMBATE JURÍDICO ENVOLVENDO A COBRANÇA DA TAXA DE MOVIMENTAÇÃO NO TERMINAL THC (TERMINAL HANDLING CHARGE), QUE COMPREENDE A MOVIMENTAÇÃO VERTICAL DA CARGA (DO CONVÉS OU PORÃO DO NAVIO AO SEU COSTADO), E DE THC2 (TERMINAL HANDLING CHARGE 2), QUE SE REFERE À MOVIMENTAÇÃO HORIZONTAL (MOVIMENTAÇÃO EM TERRA, DO COSTADO DO NAVIO AO ARMAZÉM DO TERMINAL OU ENTREGA AO CONSIGNATÁRIO OU IMPORTADOR). A COBRANÇA DA TARIFA OBJETO DA LIDE, "ARMAZENAGEM DE IMPORTAÇÃO 1º PERÍODO", É RELATIVA À MOVIMENTAÇÃO HORIZONTAL DA MERCADORIA NO PORTO E ESTÁ DIRETAMENTE RELACIONADA NO CONCEITO DE THC2. SSE/THC2 QUE ESTÁ SUSPensa POR DECISÃO DO TCU POR CONFIGURAR PRÁTICA ABUSIVA E ANTICONCORRENCIAL. CONTUDO, O OPERADOR PORTUÁRIO POSSUI DESPESAS COM A GESTÃO DE MOVIMENTAÇÃO DE CARGAS DENTRO DA ZONA PRIMÁRIA ATÉ QUE O CONTÊINER CHEGUE AO PORTÃO DE SAÍDA DO TERMINAL PORTUÁRIO, PARA SEGUIR PARA UMA ZONA SECUNDÁRIA (RETROPORTUÁRIA), ENSEJANDO ESTA ATIVIDADE UMA CONTRAPRESTAÇÃO PELO USUÁRIO DO SERVIÇO. É INEGÁVEL QUE HÁ EFETIVO TRABALHO DESENVOLVIDO PELO TERMINAL PORTUÁRIO QUE DEVE SER ADIMPLIDO. PORÉM, NÃO SOB A RUBRICA DE PREÇO DE ARMAZENAGEM PROVISÓRIA, MAS, TALVEZ, DE GUARDA, TRANSPORTE E MANUSEIO ETC, E DESDE QUE NÃO CONFIGURE ABUSIVIDADE DOS VALORES, CARÁTER DISCRIMINATÓRIO E NÃO ISONÔMICO; FALTA DE RACIONALIDADE ECONÔMICA PARA A COBRANÇA, COMO A DUPLICIDADE DE RUBRICAS JÁ AMBRANGIDAS PELA SSE OU PELA THC. A COBRANÇA DA TARIFA DE "ARMAZENAGEM DE IMPORTAÇÃO 1º PERÍODO" PELA PORTONAVE S/A, QUE VISA REMUNERAR EVENTUAL SERVIÇO DE ARMAZENAMENTO, A CONTAR DA DESCARGA DA MERCADORIA E SUA COLOCAÇÃO NO PÁTIO, DEVE ESTAR CONSONANTE COM AS LIMITAÇÕES NORMATIVAS VIGENTES E COM OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE REGEM A ATIVIDADE ECONÔMICA. PRELECIONA A INSTRUÇÃO NORMATIVA SRF N. 248/2002, ART. 71, § 3º, QUE APÓS A DESCARGA DO CONTÊINER DO PORÃO DO NAVIO AO COSTADO, A

PERMANÊNCIA DA CARGA NA PISTA (PÁTIO), NA ZONA PRIMÁRIA DO PORTO MOLHADO, É DE 48 HORAS, CONSIDERANDO SOMENTE O TEMPO DECORRIDO EM DIAS ÚTEIS, A PARTIR DA CHEGADA DA CARGA NESSA ÁREA. O SERVIÇO DE ARMAZENAGEM, ENQUANTO A CARGA PERMENECE, NESSAS CONDIÇÕES, NO PÁTIO DO TERMINAL PORTUÁRIO, NÃO PODE SER CONSIDERADO COMO PRESTADO, POIS ENCONTRA-SE, COMO DITO EM TRÂNSITO, ALÉM DE TRAZER CONSEQUÊNCIAS NEFASTAS À ORDEM CONCORRENCIAL E OFENDER O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA. SOMENTE NAS HIPÓTESES PREVISTAS NOS §§ 1º E 2º DO ART. 71 DA IN SRF N. 248/2002, PODERÁ HAVER A COBRANÇA DA TARIFA DENOMINADA DE "ARMAZENAGEM DE IMPORTAÇÃO 1º PERÍODO". A COBRANÇA DA ARMAZENAGEM PROVISÓRIA PELA APELANTE, DURANTE O LAPSO TEMPORAL DE 48 HORAS DA DESCARGA DA MERCADORIA IMPORTADA NA ZONA PRIMÁRIA, MOSTRA-SE ILEGAL. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO. HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS QUE NÃO COMPORTAM MAJORAÇÃO, PORQUE JÁ FIXADOS NO MÁXIMO LEGAL (ART. 85, §§ 2º E 11, CPC).

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Egrégia 3ª Câmara de Direito Comercial do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina decidiu, por unanimidade, conhecer e negar provimento ao recurso. Custas legais, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 15 de dezembro de 2022.

RELATÓRIO

Da ação

Em atenção aos princípios da economia e celeridade processual, adoto o relatório da sentença por retratar com fidedignidade os fatos narrados na "Ação Declaratória de Inexistência de Débito c/c Pedido de Antecipação de Tutela de Urgência" proposta por ALL NATIONS COMÉRCIO EXTERIOR S/A em face de PORTONAVE S/A - TERMINAIS PORTUÁRIOS DE NAVEGANTES, e o seu trâmite processual no primeiro grau de jurisdição (**evento 32, SENT1**):

All Nations Comercio Exterior S/A ajuizou a presente "ação declaratória de inexistência de débito c/c pedido de antecipação de tutela de urgência" contra Portonave S/A - Terminais Portuários de Navegantes, ambas qualificadas.

Resumidamente, sustentou a autora à exordial a ilegalidade da cobrança supostamente abusiva de taxa de armazenagem intitulada "ARMAZENAGEM 1º Período" prevista na inclusa Tabela de preços e serviços da ré. Em sede de tutela de urgência requereu que a ré se abstenha de cobrar o valor da taxa pelo período das primeiras 48 (quarenta e oito horas) para o container TCLU-7170584, com previsão de chegada no dia 22/03/2018, bem como que se abstenha de retê-lo no porto. Pugnou pela procedência da ação para que seja declarada a abusividade e ilegalidade da cobrança para todas as mercadorias que forem desembarcadas no Brasil pelo porto administrado pela Ré em Navegantes/SC e despachadas através de Declaração de Trânsito Aduaneiro – DTA e Declaração de Trânsito de Contêiner – DTC para outro local autorizado pela legislação aduaneira.

Decisão inicial indeferiu a tutela de urgência (ev. 4).

Citada, a requerida apresentou contestação (ev. 11), onde, em síntese, defendeu a legalidade da cobrança e pugnou pela improcedência da ação.

Despacho pela especificação de provas (ev. 25).

Manifestação pelo julgamento antecipado do feito (ev. 28).

Ato posterior, sobreveio a sentença de mérito.

Da sentença

O Juiz de Direito, Dr. **JOSÉ ILDEFONSO BIZATTO**, da 2ª Vara Cível da Comarca de Navegantes, reconheceu a abusividade da "cobrança de taxa a título de 'armazenagem 1º período' imposta pela ré à parte autora nas primeiras 48 horas em que a carga permanece na área pátio, pois essa permanece ainda em trânsito", a teor do disposto no art. 71, § 3º, da IN SRF n. 248/2002, e julgou, assim, totalmente procedentes os pedidos deduzidos no feito, para **(evento 32, SENT1)**:

[...]

a) DECLARAR a inexistência do débito da taxa de armazenagem relativa ao container TCLU-7170584 da NFPSe nº. 408876, no valor de R\$ 14.290,89;

b) CONDENAR a requerida à devolução à parte autora da quantia de R\$ 14.290,89, corrigida monetariamente pelo INPC desde o desembolso e acrescida de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês a contar da citação;

c) *DETERMINAR que a requerida se abstenha de cobrar a taxa de armazenagem 1º período conforme Tabela de preços e serviços pelo período das primeiras 48 horas para todas as mercadorias que forem desembarcadas pela requerente no Brasil pelo Porto de Navegantes/SC, e despachadas através de Declaração de Trânsito Aduaneiro – DTA e Declaração de Trânsito de Contêiner – DTC para outro local autorizado pela legislação aduaneira.*

Condeno a requerida ao pagamento das custas processuais e aos honorários advocatícios, esses últimos os quais arbitro em 20% (vinte por cento) sobre o valor atualizado da causa, ex vi art. 85, § 2º do CPC.

Publicado e registrado eletronicamente, intinem-se.

Interposta apelação, intime-se para contrarrazões e, após, remeta-se ao e. TJSC.

Transitando em julgado, arquivem-se.

Com o intuito de esclarecer obscuridade e omissão existentes na sentença de mérito, a requerida PORTONAVE S/A, opôs **Embargos Declaratórios**, os quais foram acolhidos parcialmente, sob o entendimento de que "é devida a cobrança da respectiva taxa de armazenagem, PORÉM, após as primeiras 48 horas E iniciando-se a contagem a partir da data da chegada da carga". Dessa forma, alterou-se o dispositivo do *decisum*, nos seguintes moldes (**evento 59, SENT1**):

[...]

Ante o exposto, conheço dos aclaratórios, pois tempestivos, acolhendo-os parcialmente para modificar a sentença nos seguintes termos:

Ante o exposto, com fulcro no art. 487, inc. I, do Código de Processo Civil, resolvo o mérito e JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTES os pedidos iniciais para:

a) *DECLARAR a inexistência do débito relativo apenas às primeiras 48 horas a contar da data da chegada do container da taxa de armazenagem 1º Período (fração) quanto ao container TCLU-7170584;*

b) *CONDENAR a requerida à devolução à parte autora do valor cobrado indevidamente a título de armazenagem nas primeiras 48 horas, a contar da chegada, em que a carga permaneceu no pátio aguardando o registro e o desembarço, corrigida monetariamente pelo INPC desde o desembolso e acrescida de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês a contar da citação, a ser apurado em liquidação;*

c) *DETERMINAR que a requerida se abstenha de cobrar a taxa de armazenagem 1º período conforme Tabela de preços e serviços pelo período*

das primeiras 48 horas (por fração), a contar da data da chegada da(s) carga(s), para todos os containers que forem desembarcados pela requerente no Brasil pelo Porto de Navegantes/SC, e despachadas através de Declaração de Trânsito Aduaneiro – DTA e Declaração de Trânsito de Contêiner – DTC para outro local autorizado pela legislação aduaneira.

Por que decaiu a parte demandante em parte mínima dos pedidos, arca a requerida com o pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios aos patronos da parte adversa, estes últimos os quais arbitro em 20% (vinte por cento) sobre o valor atualizado da causa, ex vi art. 85, § 2º do CPC.

Publicado e registrado eletronicamente, intinem-se.

Interposta apelação, intime-se para contrarrazões e, após, remeta-se ao e. TJSC.

Transitando em julgado, arquivem-se.

Da Apelação

Irresignada, a requerida PORTONAVE S/A - TERMINAIS PORTUÁRIOS DE NAVEGANTES apelou (**evento 65, APELAÇÃO01**), arguindo, em apertada síntese, que: **a)** a permanência física da carga nas dependências do terminal portuário após a operação de descarga, independentemente do período de 48h, já abrange o serviço de armazenagem, ainda que amparadas por DTA (Despacho de Trânsito Aduaneiro) e DTC (Despacho de Trânsito de Contêiner); **b)** a partir do momento em que ocorre a operação de descarga, não há como negar que esta mercadoria está fisicamente armazenada na estrutura física do Porto, sob sua responsabilidade, ainda que temporariamente, assumindo, assim, a obrigação de guarda em relação às cargas que movimenta, a teor dos arts. 5º, II, e 13, IV, do Decreto n. 6.759/2009, art. 26, II e VII, da Lei n. 12.815/2013 e art. 2º do Decreto-Lei n. 116/1967; **c)** apenas em relação à DTA processada com base em DTC há a premissa de que se trata da carga destinada a armazenamento em outro recinto alfendegado, que não aquele em que o contêiner é descarregado; **d)** o fato de a mercadoria ser destinada a armazenamento em recinto alfendegado de zona secundária, para posterior realização do despacho de importação, não é condição suficiente para afirmar a ausência de prestação de serviços por parte do terminal portuário de descarga durante o período em que a carga permanece depositada em suas dependências e sob sua custódia; **e)** não há previsão de tratamento de carga pátio para os contêineres sujeitos a DTA; **f)** as cargas descarregadas no terminal portuário permanecem armazenadas nas suas dependências e sob sua guarda, desde o momento da descarga até a efetiva transferência para o recinto de zona secundária, ou seja, até que ocorra o trânsito aduaneiro, há a efetiva prestação do serviço de custódia, o qual deve ser devidamente remunerado por meio de cobrança da tarifa de "Armazenagem de Importação 1º Período"; **g)** a IN SRF n.

248/2002 não traz qualquer impedimento à cobrança por este serviço de custódia da carga durante o período de 48h em que se encontra na condição de carga pátio, até porque não tem competência normativa para tanto; **h)** a regulação de preços e das condições para a prestação dos serviços portuários não se encontram na esfera de atuação da Receita Federal do Brasil, sendo esta competência atribuída à ANTAQ, a teor do art. 27, IV, da Lei n. 10.233/2001; **i)** a Resolução Normativa ANTAQ n. 34/2019, que estabelece os parâmetros regulatórios para movimentação e armazenagem de contêineres nas instalações portuárias, enuncia expressamente, no art. 6º, a possibilidade de que seja prestado o serviço de armazenagem das cargas em trânsito aduaneiro que permanecem em suas instalações; **j)** ainda que a carga permaneça por apenas 48h em área pátio para fins do despacho aduaneiro nas modalidades DTA e DTC, a Apelante incorre em custos necessários à manutenção, vigilância, guarda das cargas, contratação de seguro, mão-de-obra capacitada, gestão da operação, além da própria disponibilização do espaço que não pode ser utilizado para o desempenho das demais atividades econômicas do porto; **k)** é direito da Recorrente obter a justa contraprestação pelos serviços efetivamente prestados relativos à "Armazenagem de Importação 1º Período", cujo preço reflete os custos operacionais mínimos necessários à guarda e manutenção de qualquer carga recebida pelo terminal, durante o lapso temporal de seis dias, independentemente do nome atribuído a este conjunto de atividades, até a transferência da carga ao recinto de zona secundária; **l)** a situação criada pela sentença institui de forma arbitrária a gratuidade na armazenagem de mercadorias em trânsito aduaneiro, única e exclusivamente em favor da Apelada, fato que importa em nítida violação ao princípio constitucional da livre concorrência; e **m)** os preços praticados pela Apelante são tabelados, homologados e fiscalizados pela ANTAQ e podem ser consultados pela *internet*, diretamente por meio dos agentes portuários, despachantes ou demais prepostos contratados pelos importadores.

Ao final, postula o provimento do recurso, para que seja reformada a sentença, a fim de ser "reconhecida a legalidade da cobrança da 'Armazenagem 1º Período' para as cargas amparadas por DTC e DTA, ainda que estas permaneçam depositadas na PORTONAVE por um período de até 48 (quarenta e oito) horas após a descarga, uma vez que há a efetiva prestação de um serviço pelo terminal portuário da Apelante".

Das contrarrazões

Devidamente intimada, a apelada ALL NATIONS COMÉRCIO EXTERIOR S/A, contra-arrazoou (**evento 69, CONTRAZAPI**) a Apelação refutando um a um dos argumentos levantados pela Apelante e ressaltando que "o regime de carga pátio é sim aplicável ao regimento de DTA, e, como consequência, não poderá PORTONAVE cobrar a 'armazenaem 1º período' nas primeiras 48 horas a partir da descarga da mercadoria, tendo em vista que neste período a mercadoria estará em área pátio, e não armazenada nas dependências da Apelante".

Requer, por derradeiro, o improvimento do Recurso de Apelação e, via de consequência, a manutenção da sentença de primeiro grau, bem como a majoração dos honorários advocatícios em sede recursal.

Ato posterior, ascendeu o recurso à segunda instância.

É o breve relatório.

VOTO

I - Da admissibilidade

O recurso interposto preenche os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, merecendo ser conhecido.

II - Do julgamento do Apelo

Cinge-se a controvérsia estabelecida no presente processo a dirimir a possibilidade do Terminal Portuário Apelante de efetuar a cobrança de tarifa denominada "Armazenagem de Importação 1º Período", isto é, de armazenagem provisória pelo lapso temporal de 48 horas após a descarga do contêiner, em que este permanece no pátio do porto, em trânsito, aguardando o despacho aduaneiro relativo às operações em regime de DTC (Declaração de Trânsito de Contêiner) e de DTA (Declaração de Trânsito Aduaneiro).

Da análise detida do feito, denoto que a Apelada efetuou a importação de mercadorias, as quais foram acondicionadas no contêiner TCLU7170584 embarcado no navio CMA CGM RODOLPHE, com previsão de chegada no Porto de Navegantes/SC na data de 22/03/2018.

Objetiva a declaração de inexigibilidade dos valores cobrados a título de "Armazenagem de Importação 1º Período", relativamente às primeiras 48 horas a partir do desembarque, em que a carga, após ser descarregada do navio, permanece no pátio do porto aguardando o despacho aduaneiro e o transporte do contêiner até recinto alfandegado externo. Assevera que a tarifa é abusiva e ilegal, pois está equivocadamente considerando como armazenagem de mercadorias o período em que a carga está em trânsito no Porto, devendo, assim ser cobrada, apenas, a taxa da capatazia.

Fundamenta seu pedido no art. 4º c/c o art. 71 da Instrução Normativa SRF n. 248/2002, os quais prescrevem que se a passagem da mercadoria pelo pátio do Terminal Portuário ocorrer num lapso temporal de até 48 horas, seria considerada como "carga pátio", sendo ilícito qualquer tipo de cobrança neste interregno de tempo, haja vista que a carga não se encontraria armazenada, mas, sim, em trânsito.

Por outro viés, a Apelante defende a cobrança de tal tarifa em razão de a carga, no período de 48 horas, se encontrar sob sua guarda e responsabilidade, depositada fisicamente em seu pátio, despendendo custos de manutenção, vigilância, seguro e gestão de operação, dentre outros, independentemente do nome atribuído a este conjunto de atividades, até a transferência da carga ao recinto de zona secundária. Verbera que os valores são praticados com supedâneo na “Tabela Geral de Preços”, a qual é disponibilizada ao público em geral, e submetida à fiscalização da ANTAQ.

Em um primeiro momento, a questão jurídica a ser resolvida pode parecer simples, no entanto, a matéria é sobremaneira complexa.

Debruçado sobre o estudo do tema, verifiquei que a discussão perpassa pelo embate nas searas administrativa e jurídica envolvendo a cobrança da Taxa de Movimentação no Terminal THC (Terminal Handling Charge), que compreende a movimentação vertical da carga (do convés ou porão do navio ao seu costado), e de THC2 (Terminal Handling Charge 2), que se refere à movimentação horizontal (movimentação em terra, do costado do navio ao armazém do terminal ou entrega ao consignatário ou importador). A cobrança da tarifa objeto da lide, "Armazenagem de Importação 1º Período", é relativa à movimentação horizontal da mercadoria no Porto e possui estrita relação com o conceito de THC2.

Por sua vez, a licitude da cobrança da tarifa SSE/THC2 é frequentemente questionada no âmbito do Judiciário, e administrativo do CADE, da ANTAQ e do TCU, há mais de vinte anos, haja vista que sua exigência pelos portos molhados pode ofender os princípios constitucionais da livre concorrência e da livre iniciativa, além de porventura configurar prática anticoncorrencial, a teor do art. 36 da Lei n. 12.529/2011.

Isso porque, os portos com atracação de navios, além de serem recintos alfendagados, também prestam o serviço de desembarço aduaneiro e são a única porta de entrada de mercadorias importadas transportadas por via marítima, no país. Busca-se, portanto, evitar que exerçam o monopólio nesta atividade mercadológica em detrimento das zonas secundárias, que são recintos alfendagos independentes, ceifando a livre concorrência e a livre iniciativa.

A Resolução ANTAQ n. 72/2022 veio na mesma esteira da Resolução ANTAQ n. 2.389/2012 e da Resolução ANTAQ n. 34/2019 (estas duas últimas sucessivamente revogadas), com o objetivo de regular a prestação de serviços de movimentação e armazenagem de contêineres e carga geral em instalações portuárias públicas e privadas, especialmente respaldar a cobrança de SSE, entretanto, sem sucesso.

Recentemente, o Tribunal de Contas da União, no Processo Administrativo (Denúncia) n. 1448/2002, por meio do plenário, determinou à ANTAQ a anulação de "todos os dispositivos da Resolução 72/2022 que dizem

respeito à possibilidade de cobrança do serviço de segregação e entrega de contêiner (SSE) em face do desvio de finalidade consubstanciado na afronta ao que estabelece o art. 36, incisos I e IV da Lei 12.529/2011, art. 4º, inciso I, da Lei 13.847/2019, bem como o art. 20, inciso II, alínea "b" e art. 27, inciso IV, da Lei 10.233/2001".

Feitas essas digressões, antes de adentrar na análise propriamente dita da (i)legalidade da cobrança da tarifa de "Armazenagem de Importação 1º Período" pela apelante PROTONAVE S/A, dentro do interregno de tempo de 48 horas imediatos ao desembarque da carga, em que esta fica no pista aguardando o início do desembaraço aduaneiro, necessário se faz estabelecer alguns conceitos inerentes à temática.

Por conseguinte, extraio do voto do Desembargador **MONTEIRO ROCHA**, na Apelação Cível n. 0311872-35.2016.8.24.0033, cujo objeto era a cobrança da tarifa SSE (THC2):

[...]

Sobre a distinção entre zona primária e zona secundária, discorre Fernanda Acordi Costa:

"O território aduaneiro compreende todo o território nacional, onde será exercido o direito aduaneiro. Ou seja, ele poderá ser em todo o território nacional, inclusive o mar territorial, as águas territoriais e o espaço aéreo correspondente.

Para o controle das mercadorias, o controle aduaneiro possui três vertentes principais, que são: o controle das mercadorias, dos veículos que transportam estas mercadorias e dos locais por onde elas transitam ou ficam armazenadas. Sendo assim, uma das formas utilizadas para concretizar este controle de trânsito é a restrição de locais por onde as mercadorias importadas ou a serem exportadas podem circular ou ficar armazenadas. Para fins de controle aduaneiro, o território nacional é dividido em zona primária e zona secundária.

-Zona primária: A zona primária consiste em toda área demarcada pela autoridade aduaneira local, que tem jurisdição sobre um ponto de entrada ou de saída de veículos, podendo ser um aeroporto, um porto ou uma passagem de fronteira. Ela consiste na parte interna de portos, aeroportos, recintos da alfândega e locais habilitados na fronteira terrestre pela autoridade aduaneira para operações de carga e descarga de mercadorias, ou embarque e desembarque de passageiros, vindo ou indo ao exterior.

-Zona secundária: A zona secundária, compreende a parte restante do território aduaneiro, incluindo as águas territoriais e o espaço aéreo. Podemos citar as alfândegas ou inspetorias da receita federal ou delegacias da receita federal com seções/setores/divisões de controle aduaneiro. Elas podem ser conhecidas como Porto Seco, EADI ou Estação Aduaneira do Interior que são recintos alfandegados de uso público nos quais são executadas operações de movimentação, armazenagem e despacho aduaneiro de mercadorias e de bagagem, com controle aduaneiro (Receita Federal).

Tanto a Zona Primária, quanto a zona secundária são utilizadas para liberação de importações e exportações. Muitas empresas acabam [por opção] liberando suas cargas em zonas secundárias, pois elas tornam-se uma alternativa viável, barata e eficaz para incrementar o comércio exterior e melhorar a competitividade das empresas brasileiras. Além disso, eles promovem o escoamento das mercadorias desembarçadas na zona primária e oferecem serviços que nos portos de entrada demandam maior complexidade na execução.

Lembramos que cargas liberadas que se encontram em zonas secundárias podem ter seu trânsito concluído em zonas primárias, sem problemas. Porém, não se pode encaminhar uma carga liberada em zona secundária para outra em zona secundária [...]" (<http://www. eficiencia.com.br/diferenca-entre-zona-primaria-e-zona-secundaria/>)

Em relação à cadeia logística portuária e os conceitos envolvidos no caso em apreço, a fim de auxiliar a compreensão da matéria aqui discutida, vale também destacar da Resolução Normativa ANTAQ n. 72/2022 (em vigor), que revogou a Resolução ANTAQ n. 34/2019:

Art. 2º Para os efeitos desta Resolução, considera-se:

- I – autoridade portuária: administração do porto organizado;*
- II – clientes ou usuários: importadores, exportadores, consignatários, recintos alfandegários, ou transportador marítimo ou seus representantes;*
- III – cesta de serviços ou 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 pelo prazo contratado entre o transportador marítimo, ou seu representante, e a instalação portuária ou o operador portuário, no caso da exportação; ou entre o porão da embarcação e sua colocação na pilha do terminal portuário, no caso da importação;*
- IV – instalação portuária: instalação localizada dentro ou fora da área do porto organizado, pública ou privada e utilizada em movimentação de passageiros, em movimentação ou armazenagem de mercadorias, destinadas ou provenientes de transporte aquaviário;*
- V – operador portuário: pessoa jurídica pré-qualificada para execução de operação portuária no porto organizado;*
- VI – porto organizado: construído e aparelhado para atender às necessidades da navegação, da movimentação de passageiros ou da movimentação e armazenagem de mercadorias, explorado ou concedido pela União, cujo tráfego e operações portuárias estejam sob a jurisdição de uma autoridade portuária;*
- VII – recintos alfandegados: locais declarados pela autoridade aduaneira competente, na zona primária ou na zona secundária, a fim de que neles possa ocorrer, sob controle aduaneiro, movimentação, armazenagem e despacho aduaneiro de:*
 - a) mercadorias procedentes do exterior, ou a ele destinadas, inclusive sob regime aduaneiro especial;*
 - b) bagagem de viajantes procedentes do exterior, ou a ele destinadas; e*

c) remessas postais internacionais.
VIII – regime de trânsito aduaneiro: permite o transporte de mercadoria, sob controle aduaneiro, de um ponto a outro do território aduaneiro, com suspensão do pagamento de tributos, subsistindo do local de origem ao local de destino;

IX – Serviço de Segregação e Entrega de contêineres (SSE): preço cobrado, na importação, pelo serviço de movimentação das cargas entre a pilha no pátio e o portão do terminal portuário, pelo gerenciamento de riscos de cargas perigosas, pelo cadastramento de empresas ou pessoas, pela permanência de veículos para retirada, pela liberação de documentos ou circulação de prepostos, pela remoção da carga da pilha na ordem ou na disposição em que se encontra e pelo posicionamento da carga no veículo do importador ou do seu representante; (Suspensão pelo Acórdão nº 1.448/2022-TCU-Plenário, de 22 de junho de 2022, efeitos a partir de 29/07/2022)

X – taxa de movimentação no terminal ou Terminal Handling Charge (THC): preço cobrado pelos serviços de movimentação de cargas entre o portão do terminal portuário e o costado da embarcação, incluída a guarda transitória das cargas pelo prazo contratado entre o transportador marítimo, ou seu representante, e instalação portuária ou operador portuário, no caso da exportação, ou entre o costado da embarcação e sua colocação na pilha do terminal portuário no caso da importação; e

XI – transportador marítimo: aquele que realiza transporte de bens ou pessoas na cabotagem ou no longo curso, em embarcações próprias ou alheias, emitindo conhecimento de carga ou Bill of Lading (BL).

CAPÍTULO

II

DOS

SERVIÇOS

Seção

I

Da Movimentação e Armazenagem

Art. 3º A taxa de movimentação no terminal ou Terminal Handling Charge (THC) poderá ser cobrada pelo transportador marítimo, diretamente do exportador, importador ou consignatário, conforme o caso, a título de ressarcimento das despesas discriminadas no art. 2º, inciso X, assumidas com a movimentação das cargas e pagas à instalação portuária ou ao operador portuário.

Art. 4º Os serviços contemplados na cesta de serviços ou box rate são realizados pela instalação portuária ou pelo operador portuário, na condição de contratado do transportador marítimo, mediante remuneração livremente negociada, estabelecida em contrato de prestação de serviço ou divulgada em tabela de preços. Parágrafo único. Os serviços realizados para atender exigência da autoridade aduaneira, sanitária, ambiental ou correlata, quando prestados indistintamente a todas as cargas, deverão ser incluídos no valor da cesta de serviços ou box rate ou, se for o caso, da armazenagem, comunicando-se o fato à ANTAQ no prazo mínimo de trinta dias a contar do início da cobrança ou do surgimento do evento que a motivou.

Art. 5º Os serviços não contemplados na cesta de serviços ou box rate e os serviços de armazenagem, quando demandados ou requisitados pelos clientes ou usuários do terminal sob a responsabilidade da instalação portuária ou dos operadores portuários, obedecerão às condições de prestação e

remuneração livremente negociadas, devendo os valores máximos serem previamente divulgados em tabelas de preços, observadas as condições comerciais estipuladas no contrato de arrendamento e nas normas da ANTAQ, vedadas as práticas de preços abusivos ou lesivos à concorrência.

§ 1º A ANTAQ, em caso de conflito, poderá arbitrar o preço dos serviços que não estiverem contemplados em tabela, nem previstos em normas e contratos.

§ 2º A tabela de preços disporá, necessariamente, sobre os valores máximos dos serviços não contemplados na cesta de serviços ou box rate entre o porão da embarcação e o portão do terminal ou vice-versa, nas seguintes condições:

I – as instalações portuárias divulgarão em seu sítio eletrônico e em local visível nos acessos do terminal, com antecedência mínima de trinta dias antes do início da vigência, os valores máximos dos preços, bem como a descrição detalhada dos serviços passíveis de serem cobrados perante os usuários, incluindo as normas de aplicação, franquias e isenções, se houver;

II – as tabelas de preços atualizadas serão encaminhadas à ANTAQ com antecedência mínima de trinta dias da data da mudança de valores, da alteração nos descritivos dos serviços ou da inclusão, junção ou exclusão de serviços, quando ocorrer, para avaliação; e

III – a ANTAQ emitirá instruções específicas para a recepção centralizada e por meio de formulário eletrônico das tabelas de preços.

Art. 6º A armazenagem adicional e outros serviços prestados às cargas não embarcadas em navio e prazo previamente programados nas rotinas de exportação, bem como aqueles prestados às mercadorias não entregues no prazo devido aos importadores ou consignatários na importação, serão cobrados pela instalação portuária ou pelo operador portuário diretamente ao responsável pelo não embarque das referidas cargas.

Seção II

Das Cargas em Regime de Trânsito Aduaneiro

Art. 7º A instalação portuária ou o operador portuário, na qualidade de titulares da exploração de recinto alfandegado em zona primária, poderão prestar serviços de armazenagem, guarda, pesagem, transporte interno e manuseio para realização de vistoria, consolidação e desconsolidação de contêineres e outros serviços vinculados ou decorrentes da permanência das cargas em suas instalações, mediante condições e remuneração livremente negociadas ou divulgadas em tabelas de preços.

§ 1º Na entrega de cargas pátio em regime de trânsito aduaneiro, na importação ou no desembarque de cargas não nacionalizadas, é permitida a cobrança do SSE, perante o importador ou seu representante, pela colocação na pilha em pátio segregado, pelo gerenciamento de riscos de cargas perigosas, pelo cadastramento de empresas ou pessoas, pela permanência de veículos para retirada, pela liberação de documentos ou circulação de prepostos, pela remoção da carga da pilha na ordem ou na disposição em que se encontra e pelo posicionamento da carga no veículo do importador ou do seu representante. (Suspensão pelo Acórdão nº 1.448/2022-TCU-Plenário, de 22 de junho de 2022, efeitos a partir de 29/07/2022)

§ 2º O cumprimento do previsto no § 1º requer, perante a respectiva instalação portuária ou operador portuário, prévio agendamento eletrônico de janelas

operacionais, a serem disponibilizadas nas seguintes condições: I – continuamente e regularmente espaçadas, de maneira a atender a totalidade dos respectivos clientes ou usuários; e II – permitida a reprogramação ou o reagendamento gratuito, com a adequada antecedência ao evento marcado, por qualquer uma das partes. § 3º Nas hipóteses previstas no § 2º, é facultada a cobrança relativa a custos operacionais imputados pelo não comparecimento ou pela desistência, no caso de desatendimento voluntário ao agendamento, sem qualquer reprogramação prévia, com a adequada antecedência ao evento marcado, por parte do importador, ou pelo seu representante.

No mesmo passo, mostra-se imprescindível para a compreensão da temática posta em juízo, trazer à tona os participantes da cadeia logística portuária, conforme consta da decisão de mérito do Processo Administrativo CADE n. 08700.005499/2015-51, que tem por objeto "apurar suposto abuso de poder dominante no mercado de armazenagem de carga na área de influência do Porto de Suape/PE por parte da Tecon Suape S.A. ('Tecon' ou 'Representada'), mediante a cobrança abusiva pelo serviço de segregação e entrega de contêineres, conhecida como *Terminal Handling Charge 2* ('THC2') ou taxa relativa ao serviço de segregação e entrega de contêineres ('SSE'), conduta passível de enquadramento no artigo 36, incisos I, II e IV, c/c §3º, incisos III, IV, X e XII da Lei nº 12.529/2011":

III. CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE O SETOR

[...]

III.1.3 Agência Nacional de Transportes Aquaviários ("ANTAQ")

A ANTAQ, vinculada ao Ministério da Infraestrutura, é a agência responsável por regular, supervisionar e fiscalizar as atividades desenvolvidas nos portos brasileiros e a exploração da infraestrutura portuária. Com a Nova Lei dos Portos, as funções da agência reguladora foram redefinidas e reforçadas no sentido da promoção da concorrência entre os agentes portuários.[7]

Diante desse contexto, é competência da ANTAQ aprovar as propostas de revisão e de reajuste de tarifas encaminhadas pelos administradores dos portos, bem como a remuneração e o desenvolvimento de serviços adicionais prestados pelos operadores portuários.

III.1.4 Importador

É a pessoa física ou jurídica, destinatária final da mercadoria transportada, que utiliza a infraestrutura portuária para importar cargas internacionais. Em geral, é o responsável pela contratação do armador para o transporte da carga e, se for o caso, pela contratação do recinto alfandegado para a armazenagem da carga.

Assim, além da relação contratual com o exportador pelo contrato de compra e venda internacional, o importador deve realizar um contrato de transporte marítimo com o armador, bem como um contrato de armazenagem com (a) o operador portuário que irá descarregar e realizar a movimentação em terra da carga ou (b) com algum recinto alfandegado independente.

III.1.5 Armador

É a pessoa física ou jurídica, estabelecida e registrada, que a partir da utilização de recursos próprios, mantém e explora comercialmente os navios, isto é, pode ser o proprietário dos navios ou possuir a concessão para utilizar navios de terceiros. É, na realidade, o agente encarregado pelo transporte marítimo e entrega da carga no porto de destino, sendo remunerado pelo contrato de transporte mediante o pagamento do valor do frete. Neste momento, junto ao pagamento do frete, o importador antecipa ao armador o pagamento da taxa de movimentação dos contêineres (Terminal Handling Charge – “THC”), exigida pelos operadores portuários para a movimentação horizontal dos contêineres em terra e a entrega da mercadoria ao destinatário.

Como o armador não possui a infraestrutura necessária para o desembarque da carga, o agente responsável pelo transporte subcontrata o operador portuário para os serviços de atracação, estiva, e movimentação da carga no porto até a sua entrega ao destinatário final ou seu consignatário, como os recintos alfandegados. A esses serviços, é firmado, entre o operador portuário e o armador, o pagamento do box rate, que inclui o valor da taxa THC.

Assim, o armador mantém relações contratuais com o importador pelo contrato de transporte, já que é sua responsabilidade realizar o transporte marítimo da carga até o porto de destino, bem como com o operador portuário, em razão da necessidade de contratação pelos serviços do box rate.

III.1.6 Operador portuário

É a pessoa jurídica pré-qualificada para a execução da operação portuária de movimentação de cargas e pessoas. São chamados de terminais molhados, por terem berço de atracação e acesso ao mar, de tal modo que são os arrendatários, concessionários ou autorizatários dos terminais públicos e privados localizados na área do porto organizado. Tais agentes são responsáveis pelo carregamento e descarga dos contêineres nos navios, bem como pelo recebimento, controle e entrega da carga. A entrega do contêiner poderá ser direcionada para o armazém do próprio operador, para o importador, ou se for o caso, para os recintos alfandegados.

À vista disso, o operador portuário mantém relação jurídica-contratual com o poder concedente do porto, pelo contrato de concessão, arrendamento ou autorização, bem como com o armador pela contratação da descarga e movimentação de contêineres, incluída no box rate e com o importador, caso o

destinatário final opte por armazenar os contêineres nos armazéns do operador portuário.

No caso em tela, o Representado é o operador portuário do Porto de Suape/PE.

III.1.7 Recintos alfandegados

Os recintos alfandegados são áreas demarcadas pela Receita Federal (autoridade aduaneira do porto organizado) e são utilizados para movimentação em terra, armazenagem e despacho aduaneiro de mercadorias derivadas ou destinadas à importação, estando localizados na zona primária dos portos organizados ou na zona secundária. Os recintos alfandegados da zona primária são aqueles localizados na área do porto organizado, geralmente sem acesso ao cais. Os recintos alfandegados da zona secundária ou estações aduaneiras interiores (“EADIs”) são comumente chamados de portos secos e servem para facilitar a interiorização da carga, tendo em vista que compreendem o restante do território aduaneiro, isto é, toda a extensão do território nacional.

Assim sendo, os recintos alfandegados mantêm relação contratual com o importador, em razão do contrato de armazenagem. Logo, com a descarga do contêiner, o recinto alfandegado deve requerer a liberação da carga ao operador portuário para realizar a devida armazenagem contratada.

No caso em concreto, os Representantes são recintos alfandegados independentes, localizados na zona primária do Porto de Suape/PE.

III.2. Funcionamento do processo de importação e as relações obrigacionais entre os agentes portuários

As operações realizadas pelos supramencionados agentes portuários no processo de importação, podem ser sintetizadas na ilustração abaixo:

[...]

Como visto, as operações iniciam-se com a celebração do contrato de compra e venda internacional entre o importador e o exportador. Neste momento serão negociadas as condições de venda da mercadoria, como classificações da carga, preço final, logística da entrega, formas de pagamento e as responsabilidades de cada parte.

[...]

O armador, por sua vez, dada a impossibilidade de realizar a movimentação de cargas, contrata os serviços dos operadores portuários para a atracação do navio no porto, a fim de carregamento e descarregamento de mercadoria, estiva (movimentação de mercadorias nos conveses ou nos porões das embarcações) e movimentação horizontal da mercadoria descarregada no

porto. Essas atividades contratadas pelo armador e prestadas pelo operador portuário integram a cesta de serviços denominada “box rate”. Além disso, tal cesta de serviços inclui a taxa THC, destinada a remunerar os operadores portuários pela operação de movimentação dos contêineres em terra, do momento da desestiva (movimentação de desarrumação para a descarga da mercadoria dos conveses ou nos porões das embarcações) até a entrega efetiva ao destinatário. Na prática, o importador, ao remunerar o armador pelo valor do frete, antecipa ao encarregado do transporte (armador), o valor da taxa THC que será cobrada pelo operador portuário do armador para a movimentação em terra.

Vale notar que os armadores possuem contratos com diversos operadores portuários e, em razão disso, são detentores de razoável poder de barganha nas taxas cobradas pelos terminais nas prestações dos serviços incluídos no box rate. Assim, em portos em que vários operadores portuários operam, a concorrência por contratos com armadores é bem intensa.

Em seguida, após o desembarque dos contêineres em terra, o importador, destinatário final da carga, poderá escolher dentre algumas opções para o destino da mercadoria, como (a) a retirada imediata (pessoalmente ou por consignatário) ou (b) armazenagem, a qual pode se dar (b.1) nos armazéns alfandegados do operador portuário ou (b.2) nos recintos alfandegados independentes. Tais recintos alfandegados independentes não possuem poder de escolha referente ao operador portuário que realiza a descarga e movimentação dos contêineres, uma vez que somente recebem a mercadoria para sua armazenagem, sendo, na ausência de qualquer verticalização, dependentes da operação de movimentação horizontal e concorrentes diretos do operador portuário no mercado de armazenagem.

No caso concreto é justamente nessa etapa em que se insere a conduta investigada. Como visto, a Tecon, operador portuário do Porto de Suape/PE, teria efetuado a cobrança da taxa denominada THC2 em face dos recintos alfandegados independentes, a título de serviços adicionais na prestação de “controle documental e gerenciamento com segregação para transferência de contêineres oriundos de importação”.

[...]

Ainda, do voto do Desembargador **MONTEIRO ROCHA**, na Apelação Cível n. 0311872-35.2016.8.24.0033, sobre o fluxo da carga no terminal portuário de atracação, denoto que (grifei):

No fluxo de importação de carga, os terminais operadores portuários cobram dos armadores (transportadores marítimos) um preço contratualmente ajustado para retirar os contêineres do porão do navio e colocá-los na pilha comum do pátio de armazenagem provisória (serviços de Box Rate). Por sua vez, o armador (transportador marítimo) cobra do importador ou consignatário, a título de ressarcimento, as despesas assumidas com a

movimentação das cargas pagas ao terminal portuário (tarifa THC). A cobrança é incorporada no preço do frete e repassada ao responsável da carga.

No caso em que a mercadoria, no fluxo de importação, é armazenada e desembarçada no próprio terminal portuário que recebeu a carga, inexistem maiores discussões.

A controvérsia surge substancialmente quando, por opção do importador, a carga é direcionada para ser desembarçada em terminal alfandegado independente, em que o terminal operador portuário cobra desse terminal independente pelos serviços adicionais de movimentação e segregação de contêineres ocorridos após os serviços de descarga do navio (Box Rate e THC). Aqui, forma-se concorrência entre esses dois terminais no mercado de armazenagem e desembarço aduaneiro, porquanto a armazenagem e o desembarço da carga podem ser realizados também no próprio terminal operador portuário que recebeu a carga do navio.

Com efeito, é exatamente neste ponto do fluxo da importação por meio de transporte marítimo que se estabelece a controvérsia do caso em apreço. A fim de complementar a explanação quanto à controvertida cobrança da SSE/THC2, dessumo da decisão de mérito do Processo Administrativo CADE n. 08700.005499/2015-51 (grifei):

[...]

Conforme mencionado anteriormente, segundo a Resolução ANTAQ no 34/2019, a box rate, quanto à importação, compreende o “preço cobrado pelo serviço de movimentação das cargas entre o porão da embarcação e sua colocação na pilha do terminal portuário”.

Trata-se de tarifa paga pelo armador ao operador portuário (de sua escolha), mediante contrato firmado entre as partes. Tal possibilidade de escolha deriva da inviabilidade econômica e operacional que seria colocada sobre o armador (que transporta mercadorias de diferentes importadores) caso tivesse que fazer desembarques em diferentes terminais portuários devido à vontade de cada importador. Nesse sentido, cabe ao armador escolher o terminal que lhe seja mais vantajoso em termos econômicos e operacionais, de modo que o preço da box rate é fruto da concorrência entre os diferentes terminais portuários de determinada região. Ademais, importante notar que, via de regra, os armadores consistem em empresas de grande porte que transportam volumes substanciais de mercadorias, de modo que possuem elevado poder de barganha nas negociações perante os operadores portuários, como aponta a ANTAQ:

Quanto aos custos envolvidos nas operações portuárias, imperioso destacar que o frete marítimo, bem como os demais preços portuários praticados nos terminais brasileiros, seja na exportação, seja na importação, é definido segundo regras internacionais; normalmente por empresas transnacionais (transportador marítimo), cada vez mais verticalizadas, com participações societárias em terminais de contêineres para reduzir seus custos de transação.

(...) Tal situação, aliada à liberdade de preços, característica do setor, e considerando um mercado oligopolista como o de transporte marítimo internacional, se constitui em cenário potencial para a existência de falhas de mercado tais como subsídios cruzados e assimetria de informação. Assim, esses aspectos podem dar origem a situações nas quais o terminal portuário de contêineres não verticalizado, por exemplo, reduza o preço de sua box rate, cobrada dos transportadores marítimos, para atrair novos armadores, e “compense” tal redução elevando o preço de THC, armazenagem ou serviços acessórios acima de seus custos incorridos, cobrado, em última instância, dos usuários dos serviços.[57]

O THC, por sua vez, é definido, a teor da referida Resolução da ANTAQ, como “preço cobrado pelos serviços de movimentação de cargas entre o portão do terminal portuário e o costado da embarcação, incluída a guarda transitória das cargas pelo prazo contratado entre o transportador marítimo, ou seu representante, e instalação portuária ou operador portuário, no caso da exportação, ou entre o costado da embarcação e sua colocação na pilha do terminal portuário no caso da importação”. Trata-se de tarifa que se refere aos custos de movimentação da carga em terra e, além do frete, é paga pelos importadores aos armadores, que são contratados para fazer o transporte marítimo até o porto de destino.

Segundo a ANTAQ, “apesar da THC ser um conceito aberto e em constante evolução na prática comercial marítima mundial, houve um esforço da ANTAQ, por intermédio dada Resolução nº 34-ANTAQ, de definir a Taxa de Movimentação do Terminal – THC”, cujos serviços podem ser ilustrados abaixo:

[...]

Já o SSE é definido como “preço cobrado, na importação, pelo serviço de movimentação das cargas entre a pilha no pátio e o portão do terminal portuário, pelo gerenciamento de riscos de cargas perigosas, pelo cadastramento de empresas ou pessoas, pela permanência de veículos para retirada, pela liberação de documentos ou circulação de prepostos, pela remoção da carga da pilha na ordem ou na disposição em que se encontra e pelo posicionamento da carga no veículo do importador ou do seu representante”. Como explanado anteriormente, após retirar as mercadorias da embarcação e realizar a movimentação da carga em terra, o operador portuário pode oferecer ao importador o serviço de armazenagem da carga ou entregá-la para um recinto alfandegado independentemente que tenha sido contratado pelo importador para fazê-lo. Nesta última hipótese, para liberar a mercadoria a tal recinto alfandegado (e.g., Atlântico; Suata), a Tecon cobra uma tarifa (SSE ou THC2) - desde 2011, segundo elementos dos autos -, tarifa esta objeto de discussão neste Processo Administrativo.

Vale salientar que, quando o operador portuário disponibiliza a carga ao recinto alfandegado independente contratado pelo importador, opera-se o

trânsito aduaneiro da mercadoria. A teor do que dispõe a Instrução Normativa no 248/2002 da Receita Federal, tal trânsito pode tramitar sob diferentes modalidades, incluindo regimes especiais em relação ao processo comum de armazenagem.

O regime Declaração de Trânsito Aduaneiro (“DTA”) é utilizado para a transferência de mercadorias sob controle aduaneiro, possibilitando que a carga seja retirada em uma Zona Primária (e.g., porto) e transferida para uma Zona Secundária (e.g., terminal seco; EADI). Dentre suas vantagens, tem-se que o regime permite a transferência da carga para uma Zona Primária[59] para uma Zona Secundária que não necessariamente estejam no mesmo Estado da Federação, com a suspensão dos tributos até o destino em que será executado o desembarço. O importador, portanto, pode escolher desembarçar sua mercadoria em um recinto alfandegado mais próximo de sua planta. Todavia, como desvantagens cita-se a possibilidade haver um maior tempo de desembarço para mercadoria em comparação ao regime de Declaração de Trânsito de Container (“DTC”).

O DTC, por sua vez, ampara as operações de transporte de contêineres contendo cargas destinados ao armazenamento em recinto alfandegado jurisdicionado à mesma unidade da Receita Federal. Além disto, envolve o transporte de mercadorias sob o controle aduaneiro de um ponto a outro do mesmo território aduaneiro, com a suspensão de todos os tributos, ficando limitado ao mesmo Estado da Federação. Esta modalidade de trânsito deve ser feita em até 48 horas depois do navio descarregar a carga, sob pena de armazenagem pelo operador portuário, segundo dispõe a Instrução Normativa no 262/2002 da Receita Federal. Após o decurso de tal prazo, inicia-se a armazenagem pelo operador portuário e a remoção da mercadoria de um recinto aduaneiro para outro somente poderá ocorrer via DTA. No âmbito do Porto de Suape/PE, o regime DTC é regulado pela Portaria ALF/SPE nº 87/2017, ao passo que a Portaria ALF/SPE nº 2/2015 dispõe sobre o regime DTA.

Em contrapartida aos regimes de DTA e DTC, o processo comum de armazenagem (cita-se o regime Declaração de Importação (“DI”)), é o cenário “em que as cargas ficam armazenadas no próprio terminal portuário até a efetiva nacionalização e retirada pelo importador, não sendo exigidos adicionais relacionados a segregação e entrega de contêineres, pois seguem direto do navio para a pilha comum”. Ademais, neste cenário, “os custos referentes à retirada do contêiner do navio e à sua colocação na pilha comum estão incluídos no Box Rate e são remunerados pelo armador ao terminal portuário, conforme disposto na nova Resolução ANTAQ n. 34/2019”.

[...]

Ademais, conforme predominantemente reconhecido nas decisões judiciais acerca do tema, pormenorizadas anteriormente neste voto, o SSE (ou THC2) envolve de fato serviços adicionais, não contemplados na box rate e no THC e

que são onerosos ao prestador (operador portuário), entendimento este em linha com a normativa setorial da ANTAQ e da própria manifestação da agência reguladora nestes autos, a ser explorada em maiores detalhes adiante.

De todo modo, pondero que a cobrança do SSE, ainda que encontre respaldo regulatório, não é ampla e irrestrita. Nessa esteira, o cerne da questão da conduta sob exame é se a cobrança pelos serviços de segregação e movimentação de contêineres (SSE), ainda que legítima do ponto de vista regulatório, não ocorreu de forma abusiva no caso concreto, configurando infração à ordem econômica.

Para corroborar o debate acerca da (i)legalidade e da (não) abusividade da cobrança da taxa denominada Serviço de Segregação de Entrega de Contêineres (SSE), à qual está relacionada a tarifa de "Armazenagem de Importação 1º Período", colaciono trecho do voto do Ministro **VITAL DO RÉGO**, do Tribunal de Contas da União, no Processo Administrativo n. 1448/2002:

O debate acerca da regularidade da cobrança pelos terminais portuários (molhados) aos recintos alfandegados (terminais secos) dos serviços de segregação e entrega de contêineres - SSE ocorre, no mínimo, há 20 anos e a edição da Resolução 2.389/2012 pela Antaq foi uma tentativa de dirimir a controvérsia. Porém, não foi feliz na busca pela pacificação do assunto.

[...]

O normativo da Antaq permite a possibilidade da cobrança de valores adicionais ao THC, que foram apelidados de THC-2, na importação, pela movimentação de mercadoria entre a "pilha do pátio ao portão do terminal", ante ao entendimento de que existiriam custos adicionais nesse trajeto não cobertos pela THC. Em consequência, legitimou sua cobrança, de acordo com os incisos VI e VII do art. 2º e os arts. 3º, 5º e 9º da Resolução 2.389/2012.

Tal entendimento vai ao encontro do pensamento dos terminais molhados, que alegam que essa taxa remuneraria, de fato, serviços e custos adicionais não inclusos na THC quando da entrega das mercadorias aos recintos alfandegados. Por outro lado, vai de encontro ao entendimento dos recintos alfandegados, que alegam que seria uma cobrança indevida por cobrir custos e serviços que já são remunerados pelo THC, que o armador repassa aos terminais.

Por isso, o conflito instalado no setor, objeto de ações judiciais e administrativas no Cade, no TCU e na própria Antaq.

IV.1

A opção regulatória da Antaq, por meio da Resolução 2.389/2012, foi pelo reconhecimento de serviços que não seriam englobados pelo THC e pela não

intervenção direta no preço estabelecido entre as partes, com a verificação da adequabilidade do valor apenas caso a caso, com a adoção, "quando couber", de preço-teto.

Ao analisar a referida resolução (Acórdão 1704/2018-TCU-Plenário) , este Tribunal elencou os problemas que maculariam sua legitimidade, a saber:

(a) assimetria de conceitos, no conceito de THC, entre serviços que compõem as operações de exportação e de importação (na exportação, a THC engloba a movimentação de cargas desde o portão do terminal até o costado da embarcação; mas, no sentido da importação, a referida taxa alcança o movimento desde o costado da embarcação até a pilha de armazenagem do terminal, excluindo da THC a movimentação de contêineres da pilha até a entrega no portão do terminal) ;

(b) ausência de avaliação da adequação do preço praticado de SSE;

(c) ausência de referência a qualquer mecanismo regulatório para coibir eventual uso abusivo do poder de mercado pelos operadores portuários frente aos recintos alfandegados no âmbito da cobrança das atividades de SSE;

(d) retirada de instrumento regulatório do art. 5º que limitaria a prática de preços abusivos pelos operadores portuários que cobrassem SSE dos recintos alfandegados independentes (preço-teto aos serviços não abrangidos pelo box rate) ;

(e) ineficácia, por sua condição de mera faculdade, do único instrumento regulatório restante que solucionaria o conflito no setor e estabelecido no parágrafo único do art. 9º (adoção de teto de preços, "quando for o caso") .

Por esses motivos, foi determinado à Antaq, por meio do referido acórdão, que procedesse à revisão da regulamentação da SSE, com vistas a dar cumprimento à sua obrigação legal de harmonizar e arbitrar conflitos de interesse entre terminais portuários e recintos alfandegados independentes, em obediência ao art. 20, inciso II, art. 27, incisos II e IV, da Lei 10.233/2001 e ao art. 2º, inciso II, do Decreto 4.122/2002, bem assim que elaborasse e publicasse as composições de custo dos serviços prestados pelos terminais portuários com o objetivo de balizar o exame de pertinência da THC 2 e de ocorrência de abuso em sua cobrança.

IV.2

Após o decidido no Acórdão 1704/2018-TCU-Plenário, a Antaq colocou em revisão a Resolução 2.389/2012. Nesse processo de revisão normativa, foi realizada a Audiência Pública 04/2018, na qual foi submetida aos players uma minuta para edição de nova resolução. Após o exame das contribuições feitas, consubstanciadas no Parecer Técnico 71/2018, a Antaq deliberou, em reunião de sua diretoria, pela edição da Resolução 34/2019.

Nessa nova resolução, não houve alteração da opção regulatória da autarquia, que apresenta, em essência, os mesmos mecanismos regulatórios inseridos anteriormente na Resolução 2.389/2012: pertinência da cobrança do SSE, agora expressamente definido (art. 2º, inciso IX, e art. 6º, § 1º), por serviços não remunerados pela Box Rate nem pela THC (art. 9º), cujo valor deve ser objeto de livre negociação entre os terminais portuários e os recintos alfandegados (art. 5º), com análise pontual de abusividade de preço (art. 5º, § 1º e parágrafo único do art. 9º).

Igualmente, nesse novo normativo, foram mantidos os conceitos de cesta de serviços (Box Rate) e THC disposto na resolução anterior e descritos no parágrafo 21 supra. Houve, apenas, em adição, como dito, o estabelecimento expresso, ao contrário do normativo anterior, do conceito de Serviço de Segregação e Entrega - SSE, com a indicação dos serviços que nele estariam englobados (inciso IX do art. 2º), como a seguir transcrito:

[...]

Em relação à resolução anterior, houve algumas alterações na Resolução 34/2019. Foi estabelecido que (art. 5º), além de os valores máximos de SSE deverem ser previamente divulgados em tabelas de preços pelos terminais, observadas as condições comerciais estipuladas no contrato de arrendamento, devem também ser observadas as normas da autarquia, com vedação expressa a "práticas de preços abusivos ou lesivos à concorrência".

Foram definidas, no art. 8º, o que antes não havia, quais seriam as práticas consideradas abusivas ou lesivas à concorrência, dentre elas, destaco: "aumentar artificialmente os custos operacionais dos rivais à jusante ou do mesmo mercado relevante"; "elevar sem justa causa os preços ou valer-se de meios artificiosos, exercendo posição dominante sobre a carga com a finalidade de aumentar arbitrariamente os lucros"; e "fraudar preços por meio da sua alteração, sem a correspondente modificação da essência ou da qualidade do bem ou do serviço".

Por fim, de acordo com o parágrafo único do art. 9º, apesar de ainda permanecer a previsão de que a fixação de preço máximo a ser cobrado a título de SSE ser uma faculdade da Antaq, a ser analisada a cada caso concreto, foi acrescentado, aí a inovação, que tal análise ocorrerá quando for "demonstrada a verossimilhança de que exista abuso ilegal na cobrança do SSE" e "mediante prévio estabelecimento e publicidade dos critérios a serem utilizados para sua definição".

A título de informação, registro que a Resolução 34/2019 foi revogada pela Resolução 72/2022; porém, sem alteração material nem ampliação de escopo ou criação de novas obrigações, tendo havido apenas adequações redacionais e atualizações de nomenclaturas, em cumprimento ao Decreto 10.139/2019, que determinou a revisão e a consolidação dos atos normativos inferiores a

decretos, com a verificação da forma dos atos vigentes (atendimento de técnica de elaboração, redação e alteração de atos normativos (peça 88) .

IV.3

Isto posto, conhecidos os fatos que até aqui nortearam e norteiam a questão, entendo que é imperioso retomar a discussão sobre a legalidade da cobrança dos Serviços de Segregação e de Entrega de Contêineres (SSE) nas operações de importação.

[...]

O Cade, ao menos desde 2005, tem realizado profundos exames concorrenciais sobre o tema e seu posicionamento atual é inconteste em considerar a SSE como indevida cobrança de valores pelos operadores portuários aos recintos alfandegados, em decorrência da relação de dependência destes para com aqueles no mercado de armazenagem alfandegada, caracterizado pelo abuso de posição dominante pelos operadores portuários em face da capacidade de aumentar os custos dos recintos alfandegados.

Além disso, entende que, nessas condições, os terminais portuários têm incentivos para elevar os custos dos rivais no mercado de armazenagem alfandegada de cargas e detém os meios necessários para tanto. Por isso, considera que a manutenção da cobrança de SSE tem, com base nas recomendações da OCDE e à luz do direito da concorrência, a potencialidade de discriminar e aumentar os custos dos rivais, de expulsar agentes do mercado, de diminuir o incentivo a novos entrantes e de aumentar o nível geral de preços desse mercado.

A antiga SEAE, por sua vez, em parecer de 2015, entendia que a atividade de movimentação de carga desempenhada pelos operadores portuários não guarda um fim em si mesmo, mas tem como objetivo a entrega efetiva da carga ao seu destinatário final, motivo pelo qual afirma não ser possível dissociar, da atividade de movimentação, as etapas de segregação e sua efetiva entrega.

Logo, afirma que a etapa de segregação da carga decorre da solução logística própria dos operadores portuários com o objetivo de melhora da eficiência de sua atividade de operação portuária como um todo. Nessas condições, os custos associados a ela já devem integrar a THC, o que, no seu entender, sugere a impropriedade dos conceitos de Box Rate e THC da hoje Resolução 72/2022 (antiga 34/2019) .

Já mais recentemente, a SEAE, no seu parecer 34/2019 (peça 87, p. 21) , quando da análise da Resolução 34/2019, classificou-a como "Bandeira Vermelha", que quer dizer "ato normativo com caráter anticompetitivo, caso verificados fortes indícios de presença de abuso regulatório que acarretem distorção concorrencial".

Desta forma, recomendou, mais uma vez à Antaq que alterasse o normativo para determinar que todos os custos relativos à movimentação vertical e horizontal de contêineres estejam incluídos nos preços praticados junto aos armadores (Box Rate e THC) .

I

[...]

[...]

Ainda assim, ao me debruçar sobre a questão, e com as informações constantes dos autos, avalio que a resolução atualmente vigente padece de outros vícios, porventura insanáveis, diante do quadro que passo a discorrer.

Como o assunto diz respeito a termos nem sempre utilizados no nosso cotidiano, cabe lembrar quem são os atores envolvidos quando há a cobrança dessa tarifa denominada SSE.

Quando um produto chega ao país por via portuária para ser vendido ou mesmo para servir de matéria prima, há um comprador ou importador (dono da carga) , há a empresa ou o responsável por fazer o transporte marítimo do produto até o porto (armador) , há um operador portuário com contrato de arrendamento com o poder público (opera em um terminal ao lado do navio, na zona primária ou zona molhada) que retira a carga de dentro do navio e a coloca em pilhas, armazenada, até que ela possa ser entregue ao seu dono ou importador.

Por certo, a carga só será entregue ao destinatário final após ser nacionalizada, por meio dos trâmites exigidos pela Receita Federal. Até que se complete essa etapa, o importador paga armazenagem e esse processo é feito por um recinto alfandegado (recinto aduaneiro) .

Esses recintos nada mais são que áreas demarcadas onde ocorre a movimentação, armazenagem e despacho aduaneiro de mercadorias procedentes do exterior, no caso de uma importação, sob o controle do fisco.

Até meados dos anos 1980, toda essa operação era feita na zona primária do porto, o que acabava por abarrotar de cargas as áreas contíguas à atracação, gerando ineficiência na operação e na movimentação das mercadorias, com alto custo para o país, já que os tempos médios de embarque e desembarque de veículos prejudicavam o ciclo de entrega dos produtos, aumentavam o tempo de permanência dos navios, bem como os custos de armazenagem.

Para resolver esse problema, foi criada a figura do recinto alfandegado independente - RAI (área localizada na zona secundária, retroporto ou porto seco) para que as cargas pudessem também ser armazenadas em áreas internas ao porto (fora da área molhada) , a critério de dono da carga que poderia

contratar um dos tipos de recinto, facilitando assim a logística da operação portuária.

Em um primeiro momento, a movimentação e fluxo das cargas dos terminais portuários das antigas companhias docas tiveram incremento de eficiência. Contudo, como o desembarço aduaneiro começou também a ser realizado nas áreas internas ou "interiores" aos portos, as docas começaram a perder receita de armazenagem.

Foi exatamente nesse contexto em que o responsável por retirar a carga do navio (quem opera na área molhada) começou a cobrar uma taxa, a título de segregação e entrega, para o recinto alfandegado independente, ou seja, aquele a quem caberia armazenar o produto até as providências finais de nacionalização e posterior entrega final ao dono.

A partir de 1995, com as privatizações na área portuária, as companhias docas deixaram de operar e foram substituídas pelos terminais portuários (zona molhada) que em um primeiro momento não cobraram nenhum valor por essa entrega, mas posteriormente voltaram a instituir a cobrança de uma taxa denominada THC-2 apenas quando o dono da carga não optava por armazenar a mercadoria no terminal até a completa nacionalização.

Nesse contexto, atualmente temos dois particulares que podem armazenar a carga até o completo desembarço aduaneiro do produto recebendo pela armazenagem desta: (i) o próprio operador do terminal arrendado que está ao lado do navio e a quem cabe retirar a carga da embarcação e colocar no pátio e (ii) o recinto alfandegado independente (RAI) ou instalação portuária alfandegada (IPA) que opera na zona secundária ou em área interna ao porto (terminal seco).

Quem escolhe com quem vai "desembarçar" a mercadoria é o dono da carga. Este também escolhe o armador, caso acorde com a empresa estrangeira que vendeu a mercadoria para ele um preço final sem inclusão do frete. Mas o dono da carga não escolhe o terminal ou operador portuário que vai receber sua mercadoria por uma razão óbvia: cabe ao "dono do navio", que carrega cargas de vários destinatários e até nacionalidades, escolher em qual ponto desembarcar os muitos produtos que transporta.

A ordem lógica da movimentação da carga e suas relações assim se estabelecem quando o ciclo é de importação:

(1) o dono da carga firma contrato com o armador para que seu produto chegue até o porto para ali ser armazenado até a nacionalização;

(2) o armador firma contrato com o operador portuário para descer a carga do navio e levá-la até a pilha na zona primária do porto (há o pagamento da taxa "box rate" que inclui movimentação vertical e horizontal: esta última se chama THC);

(3) o dono da carga ou importador escolhe com quem vai armazenar a mercadoria até o desembaraço:

(3.i) se for o próprio operador portuário: nesse caso ele só paga armazenagem da carga que fica na zona primária;

(3.ii) se for o recinto alfandegado independente: o próprio recinto vai pagar ao operador portuário a segregação e entrega da mercadoria (SSE) para poder retirar a carga do terminal e cobrará do dono da carga não apenas a armazenagem, mas também os custos que teve com o pagamento da SSE.

Percebam que esse fluxo está descrito tanto no art. 7º, § 1º, bem como no art. 9º do texto da Resolução Antaq 72/2022, cujos dispositivos traduzem a seguinte conclusão: se o operador portuário presta o serviço alfandegário, toda a movimentação horizontal (THC) está incluída no "box rate", mas se o importador (dono da carga) escolhe um recinto alfandegado independente (concorrente do operador) , a Antaq permite a cobrança da SSE para que o terminal entregue a carga ao recinto seco (RAI) .

Desse apontamento e do cotejo entre os textos retro apresentados surgem de pronto duas indagações: (1) o que seria esse serviço de segregação e entrega (SSE) que somente é cobrado quando o operador portuário não realiza a armazenagem da carga durante os trâmites de nacionalização e a entrega para seu concorrente fazê-lo; e (2) por qual motivo a SSE somente é devida nos ciclos de importação e sequer é mencionada nas operações de exportação.

A grande questão é que veículos, máquinas, sistemas e mão-de-obra são usados no percurso da mercadoria entre o navio e pilha de armazenagem. Ali a carga fica até ultrapassar o portão do terminal. Ela pode ser entregue na carreta de transporte do dono da carga após a nacionalização ou na de quem vai armazená-la em recinto alfandegário próprio para o desembaraço aduaneiro.

O caminho percorrido por essa carga é o mesmo nas duas situações: quando o operador armazena a carga até a liberação pela alfândega ou quando ele a entrega para um recinto seco armazenar. Não há serviço que exista em um fluxo que não exista no outro. E essas operações estão inseridas em todos os portos do mundo na taxa internacionalmente conhecida como THC, ou seja, o valor pago ao operador portuário para movimentar a carga horizontalmente do costado do navio até seu portão.

Desse modo, sempre haverá colocação na pilha em pátio segregado, gerenciamento de riscos de cargas perigosas, cadastramento de empresas ou pessoas, permanência de veículos para retirada, liberação de documentos ou circulação de prepostos, remoção da carga da pilha na ordem ou na disposição em que se encontra e posicionamento da carga no veículo do importador ou do seu representante.

O que difere é quem vai receber pela armazenagem. Esse é o ponto fulcral dessa cobrança. Ao decidir armazenar sua carga em um recinto alfandegado independente, o importador retira logo a carga da zona primária ou molhada e não a armazena por lá, o que traz benefícios logísticos e operacionais para o porto, consoante já explicado nesse voto.

Em resumo, a permissão para cobrança de SSE se traduz na possibilidade de o operador portuário aumentar os custos de seu concorrente (RAI), custos estes que serão repassados ao dono da carga, sempre que o terminal não for "escolhido" para receber pela armazenagem. Automaticamente, por conclusão lógica, quem paga essa conta é o consumidor final, aumentando-se assim os custos dos produtos em nosso país.

Exatamente por esse motivo não há registro de cobrança de taxa idêntica em sistema portuário de nenhum outro país. Afinal, não há como expressar quais ganhos em termos econômicos, logísticos e concorrenciais serão alcançados incentivando o operador portuário a "equilibrar" o mercado mediante a imposição de um custo ao seu rival com incentivo claro à ineficiência operacional do porto (maior uso da área contígua aos navios para armazenagem), bem como do aumento do valor dos produtos e insumos importados para o consumidor final.

Quando se compara o fluxo da carga para sair do país, nos casos de exportação, não há cobrança de SSE. Ora, a carga será entregue no portão e o operador portuário, arrendatário do terminal molhado, a colocará na pilha para armazenagem até o momento de levá-la até o navio, com movimentações horizontais e verticais, controle e segregação por softwares, armazenagem, entre outras atividades afetas. Tudo do mesmo modo quando o sentido é inverso, ou seja, na importação.

Aliás, as evidências sugerem que haveria até mais uma etapa na exportação não contemplada na importação que é o deslocamento horizontal da carga do portão até a pilha (uso de carretas pelo operador portuário) para armazenagem antes do embarque desta no navio. Na importação o movimento sob responsabilidade do terminal termina na pilha e não no portão, ou seja, o deslocamento da pilha até a saída é feito com o veículo do dono da carga ou de quem vai retirá-la.

Acerca dessa diferença não encontrei qualquer explicação ou motivação válida por parte da Antaq para tal assimetria.

Os fatos demonstram que a parcela SSE sempre existiu e está incluída na THC. O nome THC-2 decorre exatamente da analogia de possibilidade de cobrança em duplicidade de algo já pago pelo dono da carga via armador (THC) quando é o concorrente do terminal que busca a carga para armazenar.

À primeira vista, parece-nos claro que a resolução possibilita que um player eleve artificialmente os preços dos seus concorrentes e ainda traga prejuízos à

cadeia produtiva nacional. Mas a questão não deve ser analisada apenas sob o prisma da guarda do interesse público em sentido estrito, pois há de se considerar também as circunstâncias do caso concreto sob a ótica da livre concorrência.

Há de se avaliar os dois lados, uma vez que este TCU não pode assumir a condição de defensor dos interesses de quaisquer dos grupos em disputa. A jurisprudência é clara ao delimitar que nesses casos, o Tribunal atua em "defesa da estabilidade das regras, do cumprimento dos contratos e da eficiência do jogo regulatório", como bem colocou o ministro Benjamin Zymler no voto revisor do Acórdão 1756/2004-TCU-Plenário:

[...]

Nesse aspecto, hipoteticamente, o terminal portuário poderia cobrar diferentes valores a depender do cliente, afinal no mercado privado há concessão de vantagem ou "desconto" para aquele que fideliza seus serviços, por exemplo.

Em um mercado ordinário, sem as particularidades do sistema portuário, caso um dos clientes seja concorrente direto de um prestador do serviço, e este sempre cobre aqueles valores maiores do que cobra a quem não compete com ele, parece-me que, à primeira vista, o caso seria de fácil solução. Afinal, o cliente rival poderia se valer do próprio equilíbrio de mercado e procurar outro concorrente para contratar esses serviços. Assim, o mercado se autorregularia e a concorrência seria mantida, já que não há nesse exemplo uma relação de dominância entre os que competem.

No caso do pagamento de SSE aos terminais pelos RAI é bem diferente, estes recintos secos sequer podem escolher em qual terminal irão buscar a carga do importador, porquanto quem decide onde o navio vai atracar nem é o dono da carga, quem escolhe o operador portuário é o armador. Ou seja, o "equilíbrio" do mercado concorrencial sequer consegue se efetivar, dado que o recinto alfandegado independente não tem como recorrer a outro "fornecedor".

Daí decorre outra peculiaridade desse mercado: a inexistência de contrato entre o terminal portuário e o recinto alfandegado (RAI) nas operações de importação. O terminal recebe o valor do "box rate" direto do armador, que repassa ao importador esse custo em seu contrato com este. Como já dito, no final das contas, quem paga por essa taxa é o consumidor, o cidadão que consome os insumos e produtos importados.

Não fosse isso o bastante, não há desembarque de mercadoria se um operador portuário não retira a carga do navio e a coloca em seu terminal. Ele está na área molhada. Não à toa, os operadores portuários vêm arbitrando essa taxa da maneira como lhes convém.

À título de exemplo, os dados indicam diferentes valores de cobrança da SSE ao longo do país e até mesmo dentro de um mesmo porto. Segundo dados do

Acórdão 1704/2018-TCU-Plenário, há terminais em Santos que cobram mais de R\$ 300,00 pelos serviços de THC 2. Na mesma época da pesquisa de preços, em Itajaí (SC), a APM Terminais chegava a cobrar R\$ 726,00 por contêiner e a Portonave R\$ 331,00.

Há notícias de que os valores atingem mais de mil reais por contêiner em alguns portos. A depender da demanda, os valores também podem oscilar. As evidências dos autos mostram que em meados de 2020, um operador portuário em Santos informou que passaria a cobrar R\$ 783,00 pela SSE, mas que no período de 3/4/2020 até 30/6/2020 o preço permaneceria em R\$ 399,00 (peça 1 do TC Processo 015.453/2020-0).

A experiência nos mostra que a oscilação dessa cobrança tende a aumentar os preços de nossos produtos a depender da época. Cito como exemplo, a importação de algum insumo agrícola cuja safra tenha tempo certo de plantio e necessite de fertilizante específico em um dado período. Com certeza, a sazonalidade apenas piora o impacto da liberalidade dessa cobrança na cadeia produtiva do país.

Por óbvio, oscilações de preço seriam esperadas e tenderiam ao equilíbrio se estivéssemos em um mercado com uma concorrência natural, mas não é o que se observa nesse caso já que o sistema portuário tem uma lógica de relações e contratos diferenciada dos padrões médios.

Ademais, essas variações extremas nos valores dessa taxa corroboram o que já foi demonstrado aqui: a SSE não está associada a um serviço específico, as atividades desse serviço existem mas já estão contempladas na THC. A cobrança dessa taxa serve para que o operador portuário ofereça diferentes preços em situações distintas, a depender da possibilidade de ele receber pela armazenagem ou não.

Diante do que expus, resta avaliar se os terminais portuários estariam em posição dominante nessa cadeia de importação de cargas pela via portuária. Segundo o parágrafo 2º do art. 36 da Lei 12.529/2011, uma das circunstâncias em que se presume haver posição dominante é sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateralmente ou coordenadamente as condições de mercado.

Por tudo o que foi descrito, está claro que os terminais molhados estão em posição dominante em relação aos recintos alfandegados secos.

Nos termos do mesmo art. 36, atos que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência (inciso I), e/ou permitam o exercício de forma abusiva da posição dominante (inciso IV), constituem infração à ordem econômica:

[...]

Nesse contexto aqui descrito, assinalo que a cobrança de SSE dos recintos alfandegados independentes pelos operadores portuários constitui infração da ordem econômica ao menos pelos seguintes motivos: (1) o recinto seco é concorrente direto do recinto molhado; (2) o recinto molhado recebe pela movimentação horizontal da carga mediante tarifa denominada THC em contrato firmado com o armador; (3) caso o terminal não seja escolhido pelo dono da carga para nacionalizar a mercadoria, ele a entrega ao recinto seco mediante cobrança de SSE; caso seja escolhido, não há SSE; (4) a SSE é uma taxa cobrada por uma serviço que existe tanto na importação quanto exportação, mas somente tem custos devidos quando as cargas chegam ao país; (5) o dono da carga e o recinto seco não podem escolher o operador portuário e ficam à mercê das tarifas cobradas por estes terminais; (6) a SSE resulta na imposição de custo artificial de um concorrente dominante para seu rival.

Vejam que a norma dispõe que o prejuízo ou abuso nem sequer precisa ter se consumado. Se as circunstâncias tiverem probabilidade de produzir os efeitos danosos ali descritos, já se caracterizaria a infração da ordem econômica. Por esse motivo, o Cade vem se posicionado contra a cobrança da referida taxa.

[...]

Meu primeiro ponto de reflexão centrou-se no comportamento do mercado. Muito se diz que o percentual arrecadado dessa taxa é irrelevante frente aos valores totais movimentados nos portos. O estudo feito pela Secretaria de Advocacia da Concorrência e Competitividade (SEAE do Ministério da Economia) , ao mensurar provável sobrefaturamento dessa cobrança, apresentou estudo estimativo (dados de 2016 a 2018) em que se pode verificar que anualmente os terminais portuários arrecadam em média por volta de R\$ 536.465.213,83 de SSE (peça 87, p. 149 do TC Processo 015.453/2020-0) .

Esse custo é pago pelo consumidor final e seria válido se contribuísse para o alcance do interesse público, o que não é o caso. Rememoro que incentivar a dominação de mercado para os terminais molhados ainda tem o ônus de tornar a operação portuária menos eficiente, caso os recintos alfandegados secos tenham sua participação no mercado prejudicada por condições anticoncorrenciais.

O apontamento desse valor se mostrou oportuno para avaliação da lógica inversa. Deve-se refletir se a anulação das disposições da resolução Antaq que permitem a cobrança de SSE é medida capaz de prejudicar o mercado.

O recinto molhado continuará a receber pela movimentação horizontal sem cobrança de SSE tal qual procede quando armazena e desembaraça a carga do importador (receitas oriundas da THC) . Rememoro que a carga não consegue sair do navio sem passar pelo terminal molhado. Diante disso, o operador sempre contará com parcela expressiva do serviço de movimentação de cargas do porto. A probabilidade de um terminal ser excluído do mercado em virtude disso é quase nula.

Quanto à eventual necessidade de reequilíbrio de contratos de arrendamento, estes somente acontecem quando se comprova efetivamente que as receitas estimadas no estudo de viabilidade que compõem o fluxo de caixa estão se realizando em valor inferior ao projetado, situação peculiar e de baixa probabilidade de ocorrência em função da metodologia adotada nas estimativas.

De outro modo, se não houver um ajuste de preços para incrementar a competitividade, o operador provavelmente perderá fatia na armazenagem das cargas para o recinto seco. Essa possibilidade faz com que o mercado se autorregule e os preços oscilem para a convergência de um estado ótimo em que a plena concorrência se estabelece.

Nessa situação, os rivais não apenas apresentam preços mais aderentes à natureza dos serviços, como também incrementam automaticamente a qualidade dos serviços prestados.

Essas breves análises sobre o efeito concorrencial da cobrança da SSE aqui pontuadas foram devidamente detalhadas no robusto documento produzido pela SEAE que já mencionei, cujas conclusões compuseram minhas avaliações.

O estudo, apesar de apenas opinativo, traz importantíssimas ponderações, que muito contribuíram para o meu posicionamento, entre elas destaco a conclusão (peça 87, p. 157) :

Com base no acima exposto, conclui-se que o presente caso se classifica como sendo de bandeira vermelha, uma vez que a permissão para cobrança do SSE/THC 2, particularmente no atual formato, traz caráter anticompetitivo à Resolução Normativa ANTAQ 34/2009, sendo verificados fortes indícios de presença de abuso regulatório que acarreta distorção concorrencial, nos termos do inciso I, art. 18 da Instrução Normativa (IN) SEAE nº 97, de 2 de outubro de 2020, com respectivos efeitos esperados prejudiciais ao bem-estar do consumidor. (grifos acrescentados)

Esse mesmo estudo me levou a concluir que, a despeito de qualquer análise de impacto regulatório que venha a ser realizada, o resultado será sempre o mesmo: a cobrança da SSE não é legítima na medida em que obstaculiza a competitividade do serviço de armazenagem da operação portuária de importação e acarreta infração à ordem econômica.

Em um cenário extremo, haveria alto risco de o player da posição dominante excluir os recintos alfandegados secos do mercado e até mesmo de se criar barreiras à entrada de novos concorrentes.

Por certo, esse evento só tende a acontecer no cenário extremo porque há um outro ator na cadeia que irá patrocinar o desequilíbrio do mercado, qual seja o consumidor final, que é quem efetivamente paga pela tarifa criada para garantir a fatia de participação do operador portuário no mercado.

Com relação às providências elencadas no sentido de controlar a abusividade dos preços, entre elas a apresentação da composição de custos dos serviços e o envio de tabelas de preços da SSE previamente para a agência, cabe salientar que mesmo que a AIR contenha mecanismos eficientes para avaliar o preço justo e evitar distorções, ainda assim persistirá o desvio de finalidade do ato de expedição de resolução que permite a cobrança de tal valor, porquanto foi praticado com um fim diverso do previsto em lei.

[...]

Para finalizar, ressalto que os elementos expostos nos presentes autos permitem concluir que não há respaldo legal para opção regulatória que instituiu a cobrança do THC2. Conforme demonstrado, embora não haja nenhuma relação contratual entre o terminal portuário e o recinto alfandegado, o primeiro consegue impor ao segundo o pagamento de um valor referente à THC2 de maneira cogente, sem que haja qualquer interesse público associado.

Diante do exposto, pelas razões já fundamentadas, proponho determinar à Antaq que anule todos os dispositivos da Resolução 72/2022 que dizem respeito à possibilidade de cobrança do serviço de segregação e entrega de contêiner (SSE) em face do desvio de finalidade consubstanciado na afronta ao que estabelece o art. 36, incisos I e IV da Lei 12.529/2011, art. 4º, inciso I, da Lei 13.847/2019, bem como o art. 20, inciso II, alínea "b" e art. 27, inciso IV, da Lei 10.233/2001.

Pois bem. Como visto a cobrança da taxa de SSE/THC2 pelos portos marítimos do país está suspensa pela decisão acima citada. Todavia, é certo que o operador portuário possui despesas com a gestão de movimentação de cargas dentro da zona primária até que o contêiner chegue ao portão de saída do terminal portuário, para seguir para uma zona secundária (retroportuária), ensejando esta atividade uma contraprestação pelo usuário do serviço, que deve ser prevista em tabela de preços e é livremente negociável entre os *players*.

A remuneração destes serviços pode não ser um ato ilícito, mas isso não significa que não possa ser considerada abusiva, pelos órgãos de fiscalização da atividade e pelos órgãos administrativos de defesa econômica, bem como pelo Judiciário, desde que verificados, por exemplo: **a)** abusividade dos valores; **b)** caráter discriminatório e não isonômico; **c)** a falta de racionalidade econômica para a cobrança, como a duplicidade de rubricas já abrangidas pela SSE ou pela THC; **d)** a cobrança por serviço sem a efetiva contraprestação entre outras (cf. SILVEIRA, Tales. **STF mantém suspensão da cobrança do SSE/THC2 nos portos.** Disponível em: <<https://www.sopesp.com.br/2022/08/02/stf-mantem-suspensao-da-cobranca-do-sse-thc2-nos-portos/>>).

Não se olvida que, "se existe a possibilidade de o importador retirar sua carga imediatamente após a retirada do porão do navio, não se vê

plausibilidade na alegação de abuso de poder econômico. Há, na verdade, uma atividade em regime de concorrência quanto à armazenagem de carga entre os terminais molhados e terminais secos. Aqueles, embora em alegada posição de dominância, não podem forçar que o importador utilize seus serviços, mas isso, por óbvio, não impede que, caso armazenem a carga, cobrem pelo serviço. De igual modo, não é defeso que atuem visando a deixar a contratação do serviço algo mais atraente e vantajoso ao importador, o qual sopesará se deve utilizar os serviços de armazenagem dos terminais portuários ou dos terminais retro-portuários" (JFSC, Ação Civil Pública n. 5003215-24.2018.4.04.7208, sentença).

Do mesmo modo, não há dúvida de que "existem vários custos associados ao armazenamento temporário de cargas na área pátio dos terminais. Como os operadores ficam legalmente responsáveis pelas mercadorias, deve-se investir na contratação de mão de obra especializada, em equipamentos de vigilância e na contratação de seguros contra riscos associados a danos ou extravios de cargas" (JFSC, Ação Civil Pública n. 5003215-24.2018.4.04.7208, sentença). Até porque, há respaldo legal para a cobrança de tais serviços na controversa Resolução ANTAQ n. 72/2022, como já havia na, não menos controversa, Resolução ANTAQ n. 34/2019.

Entretanto, a cobrança por esses serviços, como, *in casu*, da tarifa de "Armazenagem de Importação 1º Período" que visa remunerar eventual serviço de armazenagem, a contar da descarga da mercadoria e sua colocação no pátio, devem estar consonantes com as limitações normativas vigentes e com os princípios constitucionais que regem a atividade econômica, em específico, com a Instrução Normativa SRF n. 248/2002, art. 71, § 3º. Veja-se:

Art. 71. O prazo de permanência de carga em área pátio é de vinte e quatro horas contadas, nos dias úteis, a partir da chegada da carga nessa área.
§ 1º Excedido esse prazo e não registrada e desembarçada a declaração de trânsito, a carga será armazenada.
§ 2º Havendo motivo que o justifique, a fiscalização aduaneira poderá determinar o armazenamento da carga que se encontre no pátio ou verificar o seu conteúdo.
§ 3º Nos portos alfandegados, o prazo estabelecido neste artigo será de 48 (quarenta e oito) horas, considerado somente o tempo decorrido em dias úteis, a partir da chegada da carga nessa área. (Redação dada pelo(a) Instrução Normativa RFB nº 1741, de 22 de setembro de 2017).

Após a descarga do contêiner do porão do navio ao costado, portanto, a permanência da carga na pista (pátio), na zona primária do porto molhado, é de 48 horas, considerando somente o tempo decorrido em dias úteis, a partir da chegada da carga nessa área.

Nesse interregno de tempo, em que a carga está em trânsito aguardando o início do desembarço aduaneiro e sua movimentação à zona secundária, não há como efetuar a cobrança de tarifa por armazenagem

provisória, justamente porque o contêiner não está armazenado, está, reforço, em trânsito. O armazenamento pelo terminal portuário só vai ocorrer em duas hipóteses: **a)** quando excedido o prazo de 48 horas e não registrada e desembaraçada a declaração de trânsito (§ 1º, art. 71); e **b)** quando a fiscalização aduaneira determinar o armazenamento da carga que se encontre no pátio, havendo motivo que o justifique (§ 2º, art. 71).

O serviço de armazenagem, enquanto a carga permanece, nessas condições, no pátio do terminal portuário, não pode ser considerado como prestado, pois encontra-se, como dito em trânsito, além de trazer consequências nefastas à ordem concorrencial e ofender o princípio da boa-fé objetiva (conforme STJ, REsp n. 1.181.643/RS, Rel. Ministro **HERMAN BENJAMIM**, j. 01/03/2011, DJe 20/05/2011).

A propósito, cito a ementa do aludido precedente:

ADMINISTRATIVO E CONCORRENCIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ORDEM ECONÔMICA. PORTOS. TARIFA DE ARMAZENAGEM. CARGA PÁTIO. COBRANÇA ABUSIVA PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA. LEI 8.884/1994 E ART. 12 DA LEI 8.630/1993.

1. O Poder Judiciário é competente para examinar Ação Civil Pública visando à proteção da ordem econômica, independentemente de prévia manifestação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Cade ou de qualquer outro órgão da Administração Pública.

2. A tarifa de armazenagem, in casu, caracteriza cobrança por serviço não prestado, com consequências nefastas na ordem concorrencial e no plano do princípio da boa-fé objetiva. No essencial, desestimula o desembaraço rápido de mercadorias, no prazo de até 48 horas, e a sua transferência para armazenamento em Eadis ou portos secos, já que mantidas no próprio terminal portuário pelo período total abrangido pela "tarifa de armazenagem de 15 dias".

3. É abusiva a cobrança, contratual ou não, por produtos ou serviços total ou parcialmente não prestados, exceto quando houver inequívoca razão de ordem social.

4. A distinção entre carga pátio e carga armazenada ostenta ratio concorrencial. O regime de trânsito aduaneiro e a limitação da tarifação de permanência devem viabilizar a competição no setor de armazenamento (e ulterior desembaraço) entre zonas primárias e secundárias nos portos.

5. O art. 12 da Lei 8.630/1993 não oferece justificativa a autorizar tarifas que possam desvirtuar a concorrência no setor. O dispositivo determina a cobrança por armazenagem de mercadorias como contraprestação por serviço efetivamente prestado "no período em que essas lhe estejam confiadas ou quando tenha controle ou uso exclusivo de área do porto onde se acham depositadas ou devam transitar".

*6. Recurso Especial não provido. (REsp n. 1.181.643/RS, relator Ministro **HERMAN BENJAMIM**, Segunda Turma, julgado em 1/3/2011, DJe de 20/5/2011.)*

Assim, somente nas hipóteses previstas nos §§ 1º e 2º do art. 71 da IN SRF n. 248/2002, poderá haver a cobrança da tarifa denominada de "Armazenagem de Importação 1º Período".

Aliás, como visto, todo o serviço de capatazia era, até então, abrangido pela cobrança da tarifa THC. Todavia, a partir do advento da Resolução ANTAQ n. 2.389/2012, após inúmeros debates travados nas searas judicial e administrativa sobre o tema, permitiu-se a cobrança fracionada dos serviços prestados a partir da descarga de mercadorias e sua movimentação até o portão de saída do porto (art. 9º, *caput* e parágrafo único), entre eles o de custódia e armazenagem provisória, devidamente abrangidos pelo art. 6º da aludida Resolução e art 7º da Resolução ANTAQ n. 72/2022 :

Art. 7º A instalação portuária ou o operador portuário, na qualidade de titulares da exploração de recinto alfandegado em zona primária, poderão prestar serviços de armazenagem, guarda, pesagem, transporte interno e manuseio para realização de vistoria, consolidação e desconsolidação de contêineres e outros serviços vinculados ou decorrentes da permanência das cargas em suas instalações, mediante condições e remuneração livremente negociadas ou divulgadas em tabelas de preços.

É inegável que "há efetivo trabalho desenvolvido pelo terminal portuário, o que, salvo melhor compreensão, deve sim ser efetivamente adimplido". "Contudo, não sob a rubrica de preço de armazenagem", mas, talvez, de guarda, transporte e manuseio etc, e desde que não configure abusividade dos valores, caráter discriminatório e não isonômico; falta de racionalidade econômica para a cobrança, como a duplicidade de rubricas já abrangidas pela SSE ou pela THC (conforme decisão monocrática da lavra de relatoria do Des. **GILBERTO GOMES DE OLIVEIRA**, no Agravo de Instrumento n. 5065042-96.2022.8.24.0000).

Em assim sendo, a cobrança da tarifa "Armazenagem de Importação 1º Período" pela PORTONAVE S/A - TERMINAIS PORTUÁRIOS DE NAVEGANTES da apelada ALL NATIONS COMÉRCIO EXTERIOR S/A, durante o lapso temporal de 48 horas da descarga da mercadoria importada na zona primária, na forma do art. 71, § 3º, da Instrução Normativa SRF n. 248/2002, mostra-se ilegal, de maneira que o recurso deve ser improvido, mantendo-se, na íntegra, a sentença de primeiro grau.

Pertinente ao pleito de majoração dos honorários recursais por parte da Apelada, nos termos do art. 85, § 11, do Código de Processo Civil, o cabimento deve observar os requisitos cumulativos assim definidos pelo Superior Tribunal de Justiça: **a)** decisão recorrida publicada a partir de 18/3/2016, quando entrou em vigor o novo Código de Processo Civil; **b)** recurso não conhecido integralmente ou desprovido, monocraticamente ou pelo órgão colegiado competente; e, **c)** condenação em honorários advocatícios desde a origem no

feito em que interposto o recurso. [...] (cf. AgInt nos EREsp 1.539.725/DF, Rel. Min. **ANTONIO CARLOS FERREIRA**, Segunda Seção, j. 9-8-2017).

Na presente hipótese, como houve improvemento da Apelação, cabível é, em tese, a majoração dos honorários recursais em favor dos patronos da Apelada. Entretanto, considerando que o Magistrado *a quo* já arbitrou os honorários sucumbenciais no máximo legal (art. 85, § 2º, CPC), o pedido não comporta acolhimento.

III - Do dispositivo

À luz do exposto, voto no sentido de conhecer e negar provimento ao recurso. Custas legais.

Documento eletrônico assinado por **RODOLFO TRIDAPALLI, Desembargador Relator**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <https://eproc2g.tjsc.jus.br/eproc/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **3043665v87** e do código CRC **45b39c51**.

Informações adicionais da assinatura:
Signatário (a): RODOLFO TRIDAPALLI
Data e Hora: 15/12/2022, às 19:31:4

0300805-87.2018.8.24.0135

EXTRATO DE ATA DA SESSÃO ORDINÁRIA POR VIDEOCONFERÊNCIA DE 15/12/2022

APELAÇÃO Nº 0300805-87.2018.8.24.0135/SC

RELATOR: DESEMBARGADOR RODOLFO TRIDAPALLI

PRESIDENTE: DESEMBARGADOR RODOLFO TRIDAPALLI

PROCURADOR(A): NEWTON HENRIQUE TRENNEPOHL

SUSTENTAÇÃO ORAL POR VIDEOCONFERÊNCIA: JOSÉ AUGUSTO LARA DOS SANTOS POR PORTONAVE S/A - TERMINAIS PORTUARIOS DE NAVEGANTES

SUSTENTAÇÃO ORAL POR VIDEOCONFERÊNCIA: DENISSANDRO PERERA POR ALL NATIONS COMERCIO EXTERIOR S.A.

APELANTE: PORTONAVE S/A - TERMINAIS PORTUARIOS DE NAVEGANTES (RÉU)

ADVOGADO: JONNY PAULO DA SILVA (OAB PR027464)

ADVOGADO: JOSÉ AUGUSTO LARA DOS SANTOS (OAB PR031460)

APELADO: ALL NATIONS COMERCIO EXTERIOR S.A. (AUTOR)

ADVOGADO: DENISSANDRO PERERA (OAB SC011184)

Certifico que este processo foi incluído na Pauta da Sessão Ordinária por Videoconferência do dia 15/12/2022, na sequência 83, disponibilizada no DJe de 28/11/2022.

Certifico que a 3ª Câmara de Direito Comercial, ao apreciar os autos do processo em epígrafe, proferiu a seguinte decisão:

A 3ª CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL DECIDIU, POR UNANIMIDADE,
CONHECER E NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO. CUSTAS LEGAIS.

RELATOR DO ACÓRDÃO: DESEMBARGADOR RODOLFO TRIDAPALLI

VOTANTE: DESEMBARGADOR RODOLFO TRIDAPALLI

VOTANTE: DESEMBARGADOR GILBERTO GOMES DE OLIVEIRA

VOTANTE: DESEMBARGADOR JAIME MACHADO JUNIOR

ANTONIO SHIGUEO NAKAZIMA JUNIOR

Secretário