

Vilanova e Werberich: Cobrança da THC2 nos terminais portuários

No último dia 22 de junho, o Tribunal do Cade, por maioria, deu provimento ao Recurso Voluntário [\[1\]](#) interposto pelo Terminal Alfandegado Independente Marimex, atuante no Porto de Santos, para restabelecer a medida preventiva anteriormente imposta — 6 de março de 2019 — ao operador portuário Embraport. A determinação se deu, portanto, no sentido de fazer cessar imediatamente os atos relativos à cobrança da SSE ou THC2, ou quaisquer outros valores relativos a supostas despesas adicionais a título de segregação e entrega de contêineres aos recintos alfandegados independentes, até o julgamento de [\[2\]](#).



A relevância dessa decisão, ainda que tomada a título

perfunctório, se dá pelo fato de ter sido a primeira vez que o Tribunal do Cade — e em sua nova composição — analisou a problemática da cobrança da THC2 em terminais portuários desde a edição da nova Resolução nº 34/2019 da ANTAQ, tendo decidido pela manutenção da jurisprudência consolidada da autarquia — qual seja, a ilegalidade da cobrança.

Para melhor compreensão, imperioso esclarecer acerca da natureza da referida taxa. A THC2 ou SSE — *Terminal Handling Charge 2* ou Serviço de Segregação e Entrega — é uma taxa cobrada pelos operadores portuários ou terminal de uso privado, no mercado de serviços de armazenagem alfandegada portuária, pelo serviço de segregação e entrega dos contêineres aos Recintos Alfandegados Independentes.

No caso das importações, as empresas que cobram a chamada THC2 entendem que a movimentação coberta pelo THC se dá somente entre o costado da embarcação e sua colocação na pilha do terminal portuário — sendo que a movimentação da pilha até a saída do portão do porto ou terminal para entrega aos recintos alfandegados independentes seria — de acordo com os OPs —, um serviço extra, o qual ensejaria a cobrança do THC2 ou SSE (Serviço de Segregação e Entrega). No caso das exportações, cujo movimento contrário contempla desde o recebimento da carga no porto ou terminal até o costado do navio, não há qualquer cobrança adicional.

Pois bem. Acerca dessa temática, a Antaq editou em 2012 a Resolução nº 2.389/2012, definindo em seu artigo 2º, VII, a possibilidade expressa de cobrança da THC, referente ao serviço de movimentação de cargas entre o portão do terminal portuário e o costado da embarcação, incluída a guarda transitória das cargas.

Quanto à THC2, apesar de não se referir expressamente à essa taxa, a referida resolução previu em seu artigo 5º que as movimentações que ocorram entre a colocação do contêiner na pilha intermediária e a entrega ao dono da carga, bem como os demais serviços não contemplados pela nova extensão da *box rate*. Isso significa que, a depender do conteúdo do contrato de arrendamento ou de contratos estipulados entre particulares, seria cabível a cobrança pelos "*serviços de segregação de entrega*", conhecida como THC2.

Não obstante a referida previsão regulatória, a jurisprudência consolidada do Cade se dá no sentido da ilegalidade da cobrança da THC2. Isso porque, desde 2005 [3] — ano em que houve a primeira condenação pela cobrança indevida da THC2 — até agosto de 2018 — último julgamento de mérito de processo administrativo em que houve a condenação da representada pela cobrança indevida da THC2 [4] —, o Cade decidiu pela condenação dos operadores portuários em todos os processos administrativos instaurados.

O racional adotado pela autarquia há mais de 15 anos é no sentido de que não há um mercado de prestação de serviços de segregação e entrega, e, conseqüentemente, a manutenção da cobrança de THC2 pelos operadores portuários poderia ser usada para eliminar a concorrência no mercado de prestação de serviços de armazenagem de contêineres — mercado *downstream* no caso dos operadores portuários. A cobrança gera, portanto, um aumento arbitrário de custos dos rivais no mercado de armazenagem alfandegária, possibilitada pela discriminação de sua cobrança entre recintos alfandegados integrados e independentes. Isto posto, do ponto de vista jurídico-econômico, trata-se de uma cobrança anticompetitiva, inconveniente e inoportuna.

No ano de 2019, contudo, a Antaq editou a Resolução nº 34/2019, a partir da qual modificou a redação dos artigos 4º e 5º da antiga Resolução nº 2389/2012, para inserir trecho em que estipula a necessidade de prévia divulgação dos valores máximos em tabelas de preços, bem como definiu expressamente a vedação de práticas de preços abusivos ou lesivos à concorrência.

Ocorre que a edição dessa nova resolução não se deu de ofício pela Antaq, mas, sim, em decorrência de prévia determinação do Tribunal de Contas da União [5], que entendeu: I) pela ilegalidade da cobrança da THC2; II) que as normas da Resolução nº 2389/2012 da Antaq iria de encontro às decisões tomadas pelo CAD — ilegalidade da cobrança; III) que tais normas não se enquadram nos casos de imunidade à aplicação do direito antitruste explicados pela Teoria da Ação Política e do Poder Amplo; e IV) que por todos esses motivos, a Resolução nº 2389/2012 afrontaria diretamente o artigo 36 da Lei 12.529/2011.

É de se espantar, no entanto, que ao editar a nova resolução a Antaq não só desconsiderou o quanto determinado pelo TCU como contrariou expressamente o entendimento acerca da ilegalidade de cobrança da THC2. A nova Resolução 34/2019 inseriu na norma a necessidade de prévia divulgação dos valores máximos em tabelas de preços, bem como definiu expressamente a vedação de práticas de preços abusivos ou lesivos à concorrência. Seria então o fim da competência do conselho para analisar o tema? Certamente não.

Nesse contexto, a controvérsia concorrencial se instaurou quando a Superintendência-Geral do Cade encampou a nova previsão regulatória ao proferir a Nota Técnica nº 7/2020 [\[6\]](#), no âmbito de processo administrativo em trâmite perante o Cade. Na oportunidade, pontuou que a referida resolução reconhecia a existência de "*custos adicionais relacionados à prestação do serviço de segregação e entrega de contêineres (SSE), o que fica claro na definição dada à cesta de serviços (box rate)*" a partir da previsão final do inciso III do artigo 2º, do artigo 6º, §1º, e do Artigo 9º.

Uma vez reconhecida, portanto, a possibilidade de cobrança da THC2 ou SSE, afirmou a superintendência-geral que o artigo 5º da Resolução 34/2019 estipulou a forma de cobrança pelo serviço de segregação e entrega de contêineres, por meio de previsão contratual ou tabelamento de preços, e que a Antaq poderia interferir em casos de conflito. Por fim, concluiu que a Resolução nº 34/2019 da Antaq afastava a ilegalidade de cobrança da taxa THC2 ao expressamente prever sua não abrangência pela *box rate* e ao determinar um tabelamento de preços para essa taxa [\[7\]](#).

Ao concluir pela legalidade de cobrança da THC2, a SG suscitou o entendimento de que a análise dessa cobrança no âmbito concorrencial não mais se daria pela ótica da ilegalidade, mas, sim, pela ótica da abusividade de preços ou de posição dominante detida pelo operador portuário no mercado de armazenagem alfandegada de contêineres.

Ocorre que, no âmbito do próprio processo administrativo em que foi proferida a Nota Técnica nº 7/2020 pela SG, a PROCade proferiu parecer em sentido contrário. Em síntese, a PROCade defendeu exatamente o posicionamento jurisprudencial consolidado do Cade, apontando como questões relevantes para a análise a da definição dos mercados relevantes — o de movimentação de contêineres e de armazenagem alfandegada —, o poder de mercado exercido pelo operador portuário e a consequente imposição de custos adicionais aos rivais no mercado *downstream*, tendo em vista que os OPs detêm uma condição monopolista de todas as operações de movimentação e manipulação das mercadorias, desde o momento imediatamente posterior ao desembarque dos contêineres até sua saída pelos portões do terminal.

Em meio a uma circunstância que se tem o entendimento jurisprudencial consolidado do Cade — pela ilegalidade da cobrança da THC2 — de um lado, encampado pelo Parecer da PROCade e quando do julgamento do Recurso Voluntário n. 08700.001984/2020-12, e um entendimento diverso da superintendência-geral, de outro, alguns pontos merecem destaque. Qual a razão para a cobrança diferenciada das operações de importações e exportações, sendo que nas exportações não se cobra nada pelo movimento completo do contêiner, que vai do recebimento no porto até o costado do navio? Em muitas situações, na importação, estamos falando da permanência de contêiner (desde a descarga até a saída) por uma, duas horas apenas. Ou seja, haveria mesmo que se falar em "segregação" das cargas? Os valores cobrados, além de multimilionários, considerando-se o que vem sendo cobrado ao longo do tempo, são extremamente diversos entre os portos do país, diferenças que apontam mais de 600% sobre a mesma taxa. Qual o racional econômico para tanta assimetria?

Há atualmente em trâmite na Superintendência-Geral do Cade três casos que tratam da matéria e um deles em trâmite perante o Tribunal do Cade — PA nº 08700.005499/2015-51 —, de relatoria do conselheiro Luiz Hoffmann, maduro para julgamento. Fato é que a ilegalidade da cobrança da THC2 decorre justamente ante o abuso de poder de mercado pelos operadores portuários, que criaram uma taxa referente a um serviço já abrangido pela *box rate*, com o fim de obter maior lucratividade — isto é, um serviço inexistente de "segregação e entrega" dos contêineres, abrangido por um mercado de "liberação de contêineres" igualmente inexistente.

Com efeito, a ótica da abusividade decorre da própria ilegalidade da cobrança, e a mera "legitimação" para a cobrança da THC2 conferida pela Resolução nº 34/2019 não altera o contexto fático dos portos, em que os operadores portuários continuam a deter o monopólio sobre o mercado de armazenagem alfandegada em que concorrem com os transportadores autônomos e, assim, se utilizam da cobrança da THC2 como conduta anticompetitiva, apta a prejudicar a concorrência no mercado ora sob análise.

Dessa feita, cabe ao Cade a manutenção de seu racional jurisprudencial quanto à ilegalidade da cobrança da THC2, sem exclusão da análise da abusividade dos preços nos casos em que evidenciado esse excesso.

[1] Recurso Voluntário nº 08700.001984/2020-12.

[2] Processo Administrativo nº 08700.000351/2019-53.

[3] Processo Administrativo nº 08012.007443/1999-17. Representante: Cade ex officio

Representada: TECONDI Santos Brasil S.A.; TECON Santos Libra Terminais S.A T-37 e Usiminas.

[4]

Processo Administrativo nº 08700.008464/2014-92. Representante: Multi Armazéns Ltda e Transportadora Simas Ltda. Representada: Tecon Rio Grande S.A.

[5] Vide Relatório de Auditoria Operacional no âmbito do Processo de Tomada de Contas nº 014.624/2014.

[6] No âmbito do Processo Administrativo nº 08700.005499/2015-51. Representantes: Atlântico Terminais S.A. e Suata Serviço Unificado de Armazenagem e Terminal Alfandegado S.A. Representada: Tecon Suape S.A.

[7] Assim, a Resolução nº 34/2019 da Antaq colocou fim à discussão sobre os serviços cobertos pela *box rate*, deixando claro que o serviço de segregação e entrega de contêineres não está abrangido pela cesta de serviços inicialmente paga pelo armador ao operador portuário, sendo permitida a cobrança pelo SSE ou taxa THC2.

Date Created

12/07/2020