

Opinião: Box rate: em briga de elefantes, quem sofre é a grama

Recentemente, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), por maioria, manteve o já exaustivamente questionado posicionamento de considerar que configura infração à ordem econômica a grama (SSE), popularmente conhecido como THC2.



Apenas para rememorar os fatos, no bojo da operação com o

container, a atividade do operador portuário envolve a movimentação vertical (do convés ou porão do navio ao seu costado) e horizontal (movimentação em terra, do costado do navio ao portão do terminal). Por esse serviço, o operador portuário é remunerado pelo armador por meio do *box rate*.

A controvérsia, de maneira simplista, é saber se o serviço de segregação feito pelo operador portuário para que o Terminal Retroportuário Alfandegado (TRA) pegue a carga e leve até seu armazém está ou não incluída no *box rate*. No julgamento do PA 08700.005499/2015-51, entendeu-se que sim, o que resultou na aplicação de uma multa ao operador portuário de mais de R\$ 9 milhões. Sem dúvida, quantia que impacta o fluxo de caixa de qualquer empresa que opere em solo tupiniquim.

Em linhas gerais, a fundamentação da condenação considerou que alguns dos custos do THC2/SSE já compunham o *box rate*, carecendo a cobrança de justificativa econômica razoável. A taxa, então, possuiria caráter discriminatório.

A jaboticaba brasileira entra em cena quando se verifica que a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq), o ente responsável pela regulação do setor, desde 2012 ratificando a questão na Resolução 34/2019, entende que o SSE/THC2 não faz parte dos serviços remunerados pela *box rate*, o que por si só já fulmina, expressamente, o argumento de que não haveria justificativa econômica na cobrança.

É relevante ressaltar o contrassenso, que se configura quando operador portuário é punido por seguir uma determinação daquele ente que lhe regula, ou seja, em razão da disputa instaurada entre o Cade e a Antaq, que possuem posicionamentos diametralmente opostos, o particular é punido por agir de acordo com o ordenamento.

O fato é que o posicionamento mais recente da autoridade da concorrência desconsiderou a existência de diversos pronunciamentos judiciais, dentre eles a perícia feita no bojo do Agravo de Instrumento 0002345-09.2017.8.26.0562, que confirma a existência de um serviço adicional, e tantos outros acórdãos estaduais, federais e do STJ sobre o tema.

Ressalva-se, contudo, o voto divergente, carreado pela conselheira Lenisa Prado, que apontou a inexistência de comprovação de que a cobrança do SSE/THC2 tinha por fito criar vantagens anticompetitivos ou mesmo que a cobrança tivesse diminuído a concorrência, bem como ressaltou que não se trata de uma cobrança em duplicidade, ratificando que ao Cade não caberia agir como revisor de políticas públicas.

Fato é que decisões dessa natureza, especialmente quando há regulação da matéria pelo órgão competente, acabam por impactar negativamente o ambiente econômico e social.

Em termos econômicos, a decisão questionada nesse artigo diminui a segurança de se investir nesse segmento (sem falar nos custos, para os portos, decorrentes da revisão do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos).

Primeiramente, porque seria difícil imaginar que os operadores portuários não cobrariam por um serviço adicional e que é efetivamente prestado. É desarrazoado concluir que um trabalho dessa natureza, que requer o destacamento de mão-de-obra especializada e equipamento, alocação de espaço físico e dispêndio de tempo, não remunerados no *box rate*, poderia não ser objeto de pagamento específico.

Em segundo lugar, como dito acima, existe uma norma editada pela agência reguladora que expressamente autoriza a cobrança, por entender que o SSE/THC2 não compõe a cesta básica de serviços e deve ser objeto de remuneração específica.

Quanto a esse ponto, argumenta-se que houve uma possível captura da agência reguladora que culminou na edição da resolução. Contudo, é interessante frisar que o ônus de eventual captura, nunca comprovada, não pode recair sobre o particular, o qual somente está cumprindo determinação daquele órgão que rege suas atividades. Utilizar-se do antitruste como política primária para resolver problemas de corrupção ou qualquer outro problema fora do âmbito da competição, é um tiro que sairá pela culatra [\[1\]](#).

De tudo quanto exposto, não é forçoso dizer que decisões como a proferida nos autos do PA sinalizam para o empresariado brasileiro, pelo menos para aqueles que investem em terminais portuários, que esse não é um segmento seguro para investir, diante das constantes divergências entre a autoridade da concorrência e o órgão regulador.

De outra banda, há um custo social altíssimo em decisões dessa natureza consubstanciadas no asoberbamento da máquina judiciária. Como dito acima, a decisão condenou o operador portuário em uma multa altíssima. Apesar de não ser possível recorrer administrativamente, a não ser por uma via restrita e integrativa, nada impede que o judiciário seja instado a se manifestar sobre o tema.

E foi, justamente, isso o que aconteceu. Pouco tempo após a decisão definitiva, a empresa condenada recorreu à Vara Federal da Seção do Distrito Federal questionando a decisão proferida. Não se teve acesso ao inteiro teor dos autos, tombados sob o nº 1007532-90.2021.4.01.3400, por se tratar de caso que tramita em segredo de justiça, mas se sabe que foi concedida a tutela cautelar solicitada para obstar o pagamento da multa até ulterior deliberação judicial.

Independente do desfecho que será adotado, é certo que a ida ao judiciário, após o esgotamento da esfera administrativa, implica custos adicionais, provavelmente não previstos pela empresa, e que impactarão nos custos da operação ao passo que o magistrado responsável terá que escolher entre analisar um caso que necessariamente depende da tutela jurisdicional com a celeuma aqui narrada, que poderia ser resolvida administrativamente.

Conforme apontado, há robusto lastro probatório que aponta para legalidade da cobrança efetuada sendo que o Cade seguiu em via diametralmente oposta mesmo diante de um posicionamento muito claro da Antaq sobre o tema. Assim, ao que tudo indica, a máquina judiciária, já sobrecarregada, foi chamada a se manifestar sobre algo que poderia ser resolvido com diálogo institucional.

É preciso rememorar que o Cade não é agência reguladora e nem pode fazer suas vias, avocando para si competências que não lhe são próprias. É preciso, então, dialogar com a Antaq a fim de que seja efetivamente apreciada a compatibilidade da política regulatória frente ao direito antitruste, mas, como resultado, requerendo ou solicitando às autoridades providências para o cumprimento da lei concorrencial [2].

Ao fim e ao cabo, é fundamental que o Cade e a Antaq entrem em sintonia, adotando posturas harmônicas. Do contrário, quem continuará sofrendo é o empresariado, a parte mais fraca nesse "duelo de elefantes".

[1] SHAPIRO, Carl. Antitrust in a time of populism. International Journal of Industrial Organization, Volume 61, 2018, Pages 714-748

[2] NETO, Caio Mário da Silva Pereira. FILHO, José Inácio Ferraz de Almeida Prado. Espaços e interfaces entre regulação e defesa da concorrência: a posição do Cade. Revista Direito GV, v. 12, nº 1, jan-abr 2016. São Paulo, p. 13-48

Date Created

10/06/2021