



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA PRIMEIRA REGIÃO

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO NA AÇÃO ORDINÁRIA Nº 2005.34.00.037482-6/DF
Processo na Origem: 369383820054013400

RELATOR : DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE
APELANTE : CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE
PROCURADOR : ARTHUR BADIN E OUTROS(AS)
APELADA : LIBRA TERMINAIS S/A
ADVOGADO : CELSO WEIDNER NUNES
REMETENTE : JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA - DF

EMENTA

ADMINISTRATIVO. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE. PROCESSO ADMINISTRATIVO. OFENSA AO DIREITO DE LIVRE CONCORRÊNCIA. PORTO DE SANTOS/SP. OPERADORES PORTUÁRIOS. TERMINAIS RETROPORTUÁRIOS ALFANDEGADOS. SERVIÇOS DE SEGREGAÇÃO E ENTREGA DE CONTÊINERES. COBRANÇA DE TAXA. RESOLUÇÃO ANTAQ Nº 2.389/2012. LEGALIDADE. NULIDADE DA DECISÃO ADMINISTRATIVA. INAFSTABILIDADE DA JURISDIÇÃO (CF, ART. 5º, XXXV).

I – Na espécie, a pretensão recursal não merece prosperar, tendo em vista que restou demonstrado que não há ofensa ao direito à livre concorrência pela cobrança pela autora, na qualidade de arrendadora do terminal portuário nº 37 do Porto de Santos/SP, do serviço de segregação e entrega de contêineres (TSE - Taxa de Segregação e Entrega, TLC - Taxa de Liberação de Contêiner ou THC2 - *Terminal Handling Charge* 2) aos terminais retroportuários alfandegados, notadamente porque tal serviço somente pode ser prestado pelos operadores portuários. Haveria possibilidade de concorrência somente quanto ao serviço de armazenagem e desembarço aduaneiro, que pode ser prestado tanto por operadores portuários como por terminais alfandegados, desde que fosse cobrado mais caro dos recintos alfandegados pelo serviço de segregação e entrega, o que não se verificou na hipótese dos autos, uma vez que, desde 2005, o serviço possui o preço tabelado. Ademais, restou caracterizado que o serviço de segregação e entrega é oneroso e autônomo dos serviços prestados pelos armadores, a justificar a cobrança da taxa questionada.

II - Não há que se falar, ainda, em violação à competência do CADE, nem mesmo em impossibilidade de anulação de sua decisão. Isso porque, na espécie, prevalece a competência da ANTAQ (sem eliminar a do CADE), com a regulamentação que lhe é inerente, que autoriza a incidência da THC2. Por outro lado, inexistente qualquer impedimento ao conhecimento da matéria pelo Poder Judiciário, cuja atuação não está limitada à averiguação de nulidades no processo administrativo, mas também diz respeito ao exame do objeto do procedimento, na medida em que não é possível excluir da apreciação judicial lesão ou ameaça de lesão aos direitos da autora (Constituição Federal, art. 5º, XXXV). Não se trata de interferência no mérito administrativo, conforme alega o CADE, tendo em vista que aquele se refere à margem de liberdade conferida pela lei, dentro da qual o administrador, segundo critérios de conveniência e oportunidade, decide entre duas ou mais soluções admissíveis, o que não ocorre na espécie. No caso, a intervenção judicial é legítima porquanto a decisão administrativa se encontra em descompasso com a legislação de regência.

III - No que tange à Resolução ANTAQ nº 2.389/2012, não prospera a alegação de que usurpa a competência do CADE ou que teve o condão de anular a decisão do CADE, uma vez que apenas estabelece, no âmbito de seu poder regulamentar, parâmetros regulatórios a serem observados na prestação dos serviços de movimentação e armazenagem de contêineres e volumes, em instalações de uso público, nos portos organizados. O afastamento da decisão do CADE, por sua vez, fundamentou-se nos motivos anteriormente expostos, sendo que a referida norma legal foi utilizada como reforço argumentativo no sentido da legitimidade da cobrança da Taxa de Segregação e Entrega. Assim, não há que se falar em cobrança da THC2 somente a partir de 2012, haja vista que tal cobrança não está justificada apenas na Resolução ANTAQ nº 2.389/2012.

IV – Remessa oficial e Apelação desprovidas.

ACÓRDÃO

Decide a Turma, à unanimidade, negar provimento à remessa oficial e à apelação, nos termos do voto do Relator.

Quinta Turma do Tribunal Regional Federal - 1ª Região – Em 21/10/2015.

Desembargador Federal SOUZA PRUDENTE
Relator



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA PRIMEIRA REGIÃO

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO NA AÇÃO ORDINÁRIA Nº 2005.34.00.037482-6/DF
Processo na Origem: 369383820054013400

RELATOR : DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE
APELANTE : CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE
PROCURADOR : ARTHUR BADIN E OUTROS(AS)
APELADA : LIBRA TERMINAIS S/A
ADVOGADO : CELSO WEIDNER NUNES
REMETENTE : JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA - DF

RELATÓRIO

O EXMO. SR. DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE

(RELATOR):

Cuida-se de remessa oficial e de apelação interposta contra sentença proferida pelo Juízo da 3ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, que, nos autos da ação ordinária ajuizada por LIBRA TERMINAIS S.A. em desfavor de CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE, julgou procedente o pedido, confirmando a antecipação dos efeitos da tutela, *“para determinar a anulação da decisão do CADE, nos autos do processo administrativo nº 0812.007443/1999-47 e, em consequência, declarar o direito da autora de cobrar pelo serviço de segregação e entrega de contêineres aos TRAs – Terminais Retroalfandegados no Porto de Santos, rigorosamente na forma regulada pelas autoridades administrativas (ANTAQ/CODESP).”*

Em suas razões recursais (fls. 2.664/2.691), o CADE sustenta, em resumo, que a cobrança de Taxa de Segregação e Entrega – TSE (ou THC2) pela autora limita efetivamente o acesso de concorrentes ao mercado, *“em função do custo maior que lhes é imposto (aumento da composição do investimento do entrante, por contêiner) e no mesmo sentido cria dificuldades para o funcionamento e desenvolvimento de empresa concorrente.”* Alega que *“desconsiderar a instrução realizada pelo CADE por conta de qualquer interpretação superveniente adotada pela ANTAQ, sem, entretanto, afastar as*

conclusões alcançadas pelo Plenário do CADE, significa, de fato, afastar a competência legal da autarquia, prevista no art. 7º, II, da Lei nº 8.884/94 (Compete ao Plenário do CADE decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas em lei)." Afirma que exerce juntamente com ANTAQ atividades complementares, sendo que *"entendimento diverso equivaleria a conferir imunidade antitruste às instituições financeiras, pois apenas o CADE detém os instrumentos conferidos pela Lei nº 8.884/94 para reprimir e prevenir lesões à ordem econômica."* Assevera, ainda, que a Resolução nº 2.389/2012 apenas demonstra a anterior permissão legal para a cobrança realizada, mas não poderia ter o condão de anular sua decisão, proferida cinco anos antes daquela resolução. Conclui ser indevida a aplicação retroativa de direito superveniente. Por fim, aduz que, *"mesmo que se entenda que a Resolução nº 2389/2012 teria como consequência permitir a cobrança da THC2, tal entendimento não levaria à anulação da decisão do CADE, proferida 5 (cinco) anos antes da edição da norma, mas apenas levaria à declaração de que a decisão não mais produziria efeitos a partir da edição da Resolução, sendo permitida a cobrança a partir de sua publicação, o que ocorreu em 16.02.2012."* Requer, assim, o provimento do recurso com a improcedência do pedido inicial. Sucessivamente, pede a reforma da sentença recorrida a fim de restabelecer a decisão do CADE, declarando o direito da autora de cobrar pelo serviço de segregação e entrega de contêineres aos Terminais Retroportuários Alfandegados - TRAs, apenas a partir da edição da Resolução nº 2.389/2012.

Com as contrarrazões, subiram os autos a este egrégio Tribunal.

Este é o relatório.

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO NA AÇÃO ORDINÁRIA Nº 2005.34.00.037482-6/DF
Processo na Origem: 369383820054013400

RELATOR : DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE
APELANTE : CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE
PROCURADOR : ARTHUR BADIN E OUTROS(AS)
APELADA : LIBRA TERMINAIS S/A
ADVOGADO : CELSO WEIDNER NUNES
REMETENTE : JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA - DF

VOTO

O EXMO. SR. DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE

(RELATOR):

As razões recursais apresentadas pelo recorrente não abalaram os fundamentos da sentença monocrática, que, com acerto, analisou a espécie dos autos nestas letras:

“(…)

Dentre os vários serviços prestados pela autora, na qualidade de arrendadora do terminal portuário nº 37 do Porto de Santos-SP, encontra-se o de segregação e entrega de contêineres, nas operações de importação de mercadorias.

O cerne da presente demanda é justamente decidir se existe ofensa ao direito à livre concorrência pela cobrança do serviço de segregação e entrega de contêineres (também chamada de TSE - Taxa de Segregação e Entrega ou TLC - Taxa de Liberação de Contêiner ou THC2 - Terminal Handling Charge 2) aos terminais retroportuários alfandegados, bem como se existe fundamento para anulação da decisão do CADE.

A decisão do CADE no processo administrativo nº 0812.007443/1999-47, de 27/04/2005, concluiu que a continuidade da cobrança aos TRAs constituiria abuso de posição dominante por parte dos operadores portuários no Porto de Santos.

Em primeiro lugar, verifico que apenas os operadores portuários podem realizar tal serviço: após a retirada dos contêineres do navio mercante (o que só pode ser feito por quem detém píer de atracação), eles são colocados em pilha comum no terminal necessitando haver uma futura segregação para entrega aos importadores ou aos seus prepostos (TRAs — Terminais Retroportuários Alfandegados ou EADIs — Estações Aduaneiras do Interior). No que diz respeito ao serviço de segregação e entrega de contêineres, portanto não existe concorrência entre operadores portuários e terminais alfandegados.

O serviço de segregação e entrega de contêineres pode ser cobrado tanto dos recintos alfandegados quanto do próprio importador. Isso vai depender de quem o importador contratou para prestação do

serviço de armazenagem e desembaraço aduaneiro, já que tanto os operadores portuários quanto os terminais alfandegados o prestam.

Ou seja, apenas existe concorrência entre operadores portuários e TRAs quanto à prestação do serviço de armazenagem e desembaraço aduaneiro que, por uma questão de sequencia lógica, só pode ser realizado após a segregação e entrega dos contêineres.

Diante desse panorama, resumidamente descrito, só vislumbro duas possibilidades de ofensa à livre concorrência: (i) que os operadores portuários só cobrem pelo serviço de segregação e entrega aos terminais alfandegados, mas não ao importador; (ii) que os operadores portuários cobrem mais caro dos recintos alfandegados que do importador, pelo serviço de segregação e entrega.

Nestes dois casos haveria um encarecimento do serviço de armazenagem e - desembaraço aduaneiro, prestado pelo - terminal alfandegado, em relação ao prestado pelos próprios operadores portuários, levando a uma inevitável, ofensa à livre concorrência, por abuso de posição dominante.

Descarto o item (i), pois não houve qualquer alegação neste sentido, seja nos presentes autos, seja nos do processo administrativo que tramitou no CADE.

Quanto à possibilidade de que seja cobrado mais caro dos terminais alfandegados que dos importadores pelo serviço de segregação e entrega — item (2) — a realidade normativa atual não permite tal prática.

Já por ocasião do julgamento final do processo n° 503000.000159/2002 (acórdão n° 1312010), a ANTAQ reconheceu que “uma vez fixado o preço não haverá incentivo à adoção de comportamento anticompetitivo decorrente do vácuo regulatório. suscitado pelo CADE”, referendando a fixação dos limites máximos de preço a ser cobrado pelo serviço, levada a cabo pela Decisão DIREXE no 371/2005 da CODESP (fl. 1611).

A ausência de tabelamento foi utilizada, como fundamento para a decisão do CADE. E, quanto a isto, tinha razão a autarquia. Todavia, diante da mudança no cenário normativo, com o tabelamento do preço do serviço, desde 2005, seja qual for o tomador, não existe razão para se manter a restrição quanto à cobrança.

Quanto à alegação. do réu de que o serviço de segregação e entrega não é autônomo, mas necessariamente integrante dos serviços prestados e remunerados pelos armadores, restou refutada diante do disposto na Resolução ANTAQ n° 2389, de 13 de fevereiro de 2012, cujo art. 9º prevê que “o serviço de entrega de cargas na importação não faz parte dos serviços remunerados pela Box Rate, nem daqueles cujas despesas são ressarcidas por meio de THC, salvo previsão contratual em sentido contrário”.

Quanto a tratar-se de serviço oneroso ou não; a discussão também sequer tem mais cabimento, diante do reconhecimento da legitimidade da cobrança por parte do, órgão regulador do setor

portuário, a ANTAQ (neste sentido, por exemplo, Acórdão 13/2010 e Resolução nº 2389/2012). Com efeito, só foi reconhecida a legitimidade da cobrança por se tratar de um serviço oneroso (o operador portuário utiliza sua própria mão de obra, instalações e equipamentos) e, como tal, não pode o empreendedor ser obrigado a prestá-lo gratuitamente.

Aliás, se o serviço for prestado gratuitamente apenas para os terminais alfandegados, conforme foi determinado na decisão do CADE, aí sim haverá ofensa ao direito de concorrência: será mais vantajoso para o importador contratar o, serviço de armazenagem e desembarço aduaneiro do terminal alfandegado, pois não haverá repercussão do custo do serviço de segregação e entrega de contêineres.

Por fim, a alegação de que a decisão administrativa do réu não pode ser anulada, pois representaria uma interferência não admitida do Poder Judiciário em questões de mérito administrativo, não há como prosperar. A partir do momento em que a decisão do CADE, impõe sérias restrições à autora, diante da possibilidade de uma ofensa à livre concorrência que não existe (ou que, pelo menos, deixou de existir), está patente a sua ilegalidade. Ademais, a decisão do CADE fere o princípio da proporcionalidade, ao pretender que um serviço oneroso seja prestado gratuitamente.

Os princípios da legalidade e da inafastabilidade do acesso ao Poder Judiciário se impõem, portanto.

No mesmo sentido do quanto fundamentado nesta sentença foi o acórdão proferido pelo E. Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por ocasião do julgamento do agravo de instrumento nº 0036328—75.2011.4.01.0000/DF, oriundo destes autos e assim ementado:

ADMINISTRATIVO E CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. TERCEIRO PREJUDICADO. CONTROVÉRSIA ACERCA DA COBRANÇA PELOS SERVIÇOS DE SEGREGAÇÃO E ENTREGA DE CONTÊINERES.

1. Cabimento, no caso, da interposição de recurso por terceiro prejudicado contra decisão suscetível de afetar sua esfera jurídico-patrimonial (CPC, art. 499 § 1º).

2. Legítima a cobrança pelo Arrendatário do Porto de Santos/SP do preço por serviços por ele prestados aos Terminais Retroalfandegados, consistentes em segregar, separar e entregar cargas aos recintos alfandegados (portos-secos) , a despeito da posição contrária manifestada pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica — CJDE (processo administrativo n. 08012. 007443/99—17).

3. Caso em que o sobredito preço, denominado THC2, na realidade, não seria um valor exigido apenas em razão da liberação de mercadorias do costado do navio à pilha comum do terminal portuário. Representa, sim, a contrapartida de uma efetiva movimentação e transporte de contêineres a partir do ponto onde são armazenados

(pilha comum), em função das quais o operador portuário utiliza-se de empilhadeiras, guindastes e caminhões próprios, conduzindo a carga até a entrega a quem representa os recintos alfandegados (portos secos). É inconteste que os operadores portuários prestam relevantes serviços de desembarque e movimentação de contêineres, os quais beneficiam diretamente os Terminais Retroalfandegados e que, por isso mesmo, não podem ficar sem o correspondente ressarcimento ou remuneração.

4. A ANTAQ, ao exercer sua competência regulatória no âmbito das atividades portuárias, deliberou, por meio de Acórdão 13/2010, com apoio no art. 61 da Lei 10.233/2011, manter decisão de sua diretoria colegiada anterior (Acórdão de 17/02/2005, DOU de 01/03/2005) e determinar que a CODESP estabeleça o valor a ser cobrado pelos operadores portuários aos recintos alfandegados, reconhecendo, assim, a existência dos serviços por eles prestados, tendo, ainda, disposto que o preço fixo estabelecido pela autoridade portuária, determinado e limitado, não poderá ser utilizado como ferramenta anticoncorrencial, em ordem a não oferecer, assim, potencialidade ou risco de prática abusiva, prejudicial à livre concorrência.

5. Além da motivação desenvolvida no voto, tem-se, ainda,. que o quadro de legalidade e o respaldo jurídico da cobrança pela prestação de serviços de segregação e entrega de contêineres (SSE) pelos operadores portuários do Porto de Santos, mesmo em face da deliberação do CADE, foram lucidamente expostos e elucidados, de forma exemplar, pelo professor Celso Antonio Bandeira de Mello, em parecer constante dos autos, exarado a pedido de outra empresa desse mesmo ramo de atividade.

6. Relevante anotar que “A partir de 1995, o governo federal promoveu licitações para outorga de arrendamento dos terminais de uso público, dentre os quais apresentavam grande relevância aqueles que movimentavam contêineres. O critério de julgamento das licitações foi a maior oferta de remuneração pelo arrendamento. Como decorrência, as empresas arrendatárias desembolsaram valores vultosos em favor do Estado brasileiro. Além disso, realizaram investimentos de grande porte para a recuperação e ampliação das infra e superestruturas portuárias. Ao longo do tempo, esses terminais vêm desempenhando com grande eficiência a movimentação de cargas e descargas de contêineres, não obstante a necessidade de observância de uma grande variedade de deveres e obrigações em face das autoridades públicas. Ressalte-se que as arrendatárias pagam, à Administração federal valores relativos tanto à ocupação das áreas como proporcionais à movimentação realizada” (in REGULAÇÃO PORTUÁRIA E CONCORRÊNCIA, Terminais de Uso Público e de uso Privativo Misto, excerto do parecer do professor Adilson Abreu Dallari, p. 8 e sgts.)

7. Agravo de instrumento desprovido. (grifou—se)

Em seu voto condutor, o E. Desembargador Relator, assim se posicionou:

Relevante observar que o CADE, em sua deliberação, sugeriu que os serviços de segregação e entrega de contêineres sejam cobrados do armador. Esse entendimento, contudo, não pode prevalecer para obstar a cobrança do preço de tais serviços por quem os vem prestando com fundamento em normas jurídicas regulamentares veiculadas por instituições públicas no exercício de suas competências privativas. Assim é que a sugestão do CADE de cobrar do armador significa que aos agentes do Poder Público competentes cabe tomar as providências para que uma nova disciplina de ordem legal seja instituída pelos Órgãos Legiferantes. O que, na realidade, não se pode conceber é que as empresas arrendatárias dos portos fiquem na contingência de, mesmo na existência de um quadro legislativo em pleno vigor, terem que trabalhar sem o respectivo ressarcimento de seus serviços enquanto perdure essa situação, conforme apontado pelo CADE.

Ante o exposto, julgo procedente o pedido, confirmando a antecipação dos efeitos da tutela, para determinar a anulação da decisão do CADE, nos autos do processo administrativo nº 0812.007443/1999-47 e, em consequência, declarar o direito da autora de cobrar pelo serviço de segregação e entrega de contêineres aos TRAs — Terminais Retroalfandegados no Porto de Santos, rigorosamente na forma regulada pelas autoridades administrativas (ANTAQ/CODESP).

Mantenho a obrigação da autora de depositar em juízo as receitas auferidas com a cobrança do THC2 aos TRAs, bem como de realizar prestações de contas regulares, até o trânsito em julgado da presente ação.

Condeno a ré a reembolsar à autora o valor pago a título de custas judiciais, e ao pagamento dá honorários advocatícios sucumbências, que fixo em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) nos termos do art. 20, §3º e 4º do Código de Processo Civil.

(...).

Com efeito, a pretensão recursal não merece prosperar, tendo em vista que restou demonstrado que não há ofensa ao direito à livre concorrência por meio da cobrança pela autora, na qualidade de arrendadora do terminal portuário nº 37 do Porto de Santos/SP, do serviço de segregação e entrega de contêineres (TSE - Taxa de Segregação e Entrega, TLC - Taxa de Liberação de Contêiner ou THC2 - *Terminal Handling Charge 2*) aos terminais retroportuários alfandegados, notadamente porque tal serviço somente pode ser prestado pelos operadores

portuários. Haveria possibilidade de concorrência somente quanto ao serviço de armazenagem e desembaraço aduaneiro, que pode ser prestado tanto por operadores portuários como por terminais alfandegados, desde que fosse cobrado mais caro dos recintos alfandegados pelo serviço de segregação e entrega, o que não se verificou na hipótese dos autos, uma vez que, desde 2005, o serviço possui o preço tabelado. Ademais, restou caracterizado que o serviço de segregação e entrega é oneroso e autônomo dos serviços prestados pelos armadores, a justificar a cobrança da taxa questionada.

Não há que se falar, ainda, em violação à competência do CADE, nem mesmo em impossibilidade de anulação de sua decisão. Isso porque, na espécie, prevalece a competência da ANTAQ (sem eliminar a do CADE), com a regulamentação que lhe é inerente, que autoriza a incidência da THC2. Por outro lado, inexistente qualquer impedimento ao conhecimento da matéria pelo Poder Judiciário, cuja atuação não está limitada à averiguação de nulidades no processo administrativo, mas também diz respeito ao exame do objeto do procedimento, na medida em que não é possível excluir da apreciação judicial lesão ou ameaça de lesão aos direitos da autora (Constituição Federal, art. 5º, XXXV). Não se trata de interferência no mérito administrativo, conforme alega o CADE, tendo em vista que aquele se refere à margem de liberdade conferida pela lei, dentro da qual o administrador, segundo critérios de conveniência e oportunidade, decide entre duas ou mais soluções admissíveis, o que não ocorre na espécie. No caso, a intervenção judicial é legítima porquanto a decisão administrativa se encontra em descompasso com a legislação de regência.

No que tange à Resolução ANTAQ nº 2.389/2012, não prospera a alegação de que usurparia a competência do CADE ou que teve o condão de anular a decisão do CADE, uma vez que apenas estabelece, no âmbito de seu poder regulamentar, parâmetros regulatórios a serem observados na prestação dos serviços de movimentação e armazenagem de contêineres e volumes, em instalações de uso público, nos portos organizados. O afastamento da decisão do CADE, por sua vez, fundamentou-se nos motivos anteriormente expostos, sendo que a referida norma legal foi utilizada como reforço argumentativo no sentido da legitimidade da cobrança da Taxa de Segregação e Entrega. Assim, não há que se

falar em cobrança da THC2 somente a partir de 2012, haja vista que tal cobrança não está justificada apenas na Resolução ANTAQ nº 2.389/2012.

Por fim, em face da sua manifesta pertinência com a discussão travada nestes autos, confirmam-se os lúcidos fundamentos constantes do parecer de autoria do Professor Celso Antônio Bandeira de Mello, citado no acórdão que julgou o Agravo de Instrumento nº 0036328-75.2011.4.01.0000/DF, colacionado às fls. 2763/2774, nestes termos:

“Antes da privatização do Porto de Santos, referida atividade era realizada em regime de monopólio, pela CODESP. À época, a CODESP cobrava pelo serviço de acordo com valores estipulados nas tabelas de serviços e utilização de infra-estrutura do Porto. Após a privatização, o serviço passou a ser realizado por operadores portuários privados.

Os armazéns alfandegados não integrados sempre se insurgiram contra tal cobrança, sob a alegação de que o serviço de segregação estará incluído na box rate paga pelo importador ao Armador. Contudo, todas as ações judiciais propostas para reaver os valores pagos a título dos SSE foram julgadas improcedentes.

Em 1999, os armazéns alfandegados ingressaram com Representação no CADE em face dos operadores portuários santistas sob a alegação de que a cobrança pelos SSE era anticoncorrencial. Também ingressaram com demanda na ANTAQ, sob o mesmo argumento. A CONSULENTE, como ainda não atuava nessa época como operador portuário, não compôs o pólo passivo de nenhuma ação.

Em 2005, a ANTAQ, por maioria, considerou que ‘os serviços de segregação e entrega de contêineres pelos operadores portuários aos recintos alfandegados existem, geram custos adicionais não cobertos pela THC do armador e, em consequência, sua cobrança afigura-se justificada’ (Acórdão da Diretoria no Processo nº 50300.000159/02). [...].

Também em 2005, o CADE julgou a cobrança anticoncorrencial por considerar haver abuso de posição dominante por parte dos terminais portuários. Decidiu, ainda, pela inexistência de conflito entre a agência reguladora setorial e o CADE e entre regulação e aplicação da legislação antitruste. Em seus votos, os Conselheiros do CADE destacaram que apenas a regulação da matéria poderia superar o ilícito concorrencial.

Em janeiro de 2006, a CODESP, através das decisões DIREXE nº 371.2005 e DIREXE nº 50.2006, da Diretoria-Executiva da

Companhia Docas do Estado de São Paulo, fixou a abrangência do SSE – ‘transferência de contêiner cheio para os recintos alfandegados localizados na Baixada Santista’ -, as modalidades de serviço – serviço de transferência de cargas perigosas e serviço de transferência de carga não-perigosa – e o valor máximo da cobrança – R\$ 163,63 para carga perigosa e R\$ 123,03 para carga não-perigosa. Determinou, ainda, controle dos preços pela autoridade portuária visto que qualquer aumento depende de autorização da mesma.

A partir da regulação da CODESP, a CONSULENTE, agora já operador portuário, passou a cobrar pelos SSE. Inconformada com a cobrança, a MARIMEX ingressou, no CADE, com Representação com pedido de medida preventiva sob alegação de que a cobrança atual descumpria a decisão anterior do Conselho.

A SDE/MJ instaurou Processo Administrativo para investigar o caso e indeferiu o pedido de medida preventiva. Inconformada com o indeferimento, a MARIMEX recorreu ao CADE. Em seu recurso, a MARIMEX alega que a CODESP não tem competência para regular a matéria que, em sua interpretação, seria de competência exclusiva da ANTAQ.

A Procuradoria do CADE acatou os argumentos da MARIMEX e recomendou ao CADE a concessão de medida preventiva.

[...].

2. De acordo com a Constituição Federal, conforme seu art. 21, XII, compete à União: ‘explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: f) os portos marítimos, fluviais e lacustres’.

A lei nº 8.630, de 25.02.93, a chamada ‘lei dos portos’, define em seu art. 1º, § 1º, I, porto organizado como:

‘o construído e aparelhado para atender às necessidades da navegação, da movimentação de passageiros ou da movimentação e armazenagem de mercadorias, concedido ou explorado pela União, cujo tráfego e operações portuárias estejam sob a jurisdição de uma autoridade portuária’.

A teor do art. 3º desta mesma lei,

‘Exercem suas funções no porto organizado, de forma integrada e harmônica, a Administração do Porto, denominada autoridade portuária, e as autoridades aduaneira, marítima, sanitária.’

De seu turno, o art. 33 estatui que:

'A Administração do Porto é exercida diretamente pela União ou pela entidade concessionária do porto organizado.'

Seu § 1º prescreve:

'Compete à Administração do Porto, dentro dos limites da área do porto:

I – cumprir e fazer cumprir as leis, os regulamentos do serviço e as cláusulas do contrato de concessão;

II -

III - pré-qualificar os operadores portuários

IV - fixar os valores e arrecadar a tarifa portuária

V -

XIII – lavrar autos de infração e instaurar processos administrativos aplicando as penalidades previstas em lei, ressalvados'

3. A União para a exploração dos portos organizados optou pelo sistema de outorga de concessões a entidades de sua administração indireta. No caso do Porto de Santos, a concessionária é a CODESP – Companhia de Docas do Estado de São Paulo.

Tal entidade, portanto, é a encarregada da administração do referido porto. Logo, a teor dos dispositivos citados, ali exerce autoridade portuária, sendo, pois, quem pré-qualifica os operadores portuários, vale dizer: os sujeitos que, a teor do art. 1º, § 1º, II e III, da lei em apreço são os titulados para a movimentação e armazenamento de mercadorias no porto organizado. Em suma, a CODESP é quem, na conformidade das normas mencionadas, faz cumprir as leis e regulamentos do serviço, fiscaliza a execução dos trabalhos portuários, supervisiona tais atividades e processa e sanciona as infrações acaso praticadas no desempenho dos aludidos misteres.

De acordo com a legislação pertinente, então, tem-se, de um lado, a CODESP como o sujeito que administra as questões relativas à movimentação e armazenamento de mercadorias no Porto de Santos e de outro lado os operadores portuários, por ela credenciados por contrato e na forma dele à exploração das instalações portuárias (nas palavras do art. 4º, I, da lei). Estes, pois, mantém com a concessionária uma relação de dependência e subordinação, já que a concessionária é, como consta do art. 33 supra citado, a 'administradora do Porto' e a 'autoridade portuária', conforme dicção do art. 3º, acima transcrito e a quem assistem todos os poderes mencionados no § 1º do art. 33, com realce para os que selecionamos aos destacar-lhes os termos.

4. Resulta deste quadro normativo que a atuação dos operadores portuários, quando feita de acordo com seus contratos e com atendimento às disposições que a CODESP expeça em sua qualidade de administradora do Porto de Santos, há de ser necessariamente recebida como amparada em suporte normativo sólido, e, no mínimo dos mínimos, presumida como legítima; logo, o que é claro a todas as luzes, insuscetível de acarretar-lhe a sujeição a sanções administrativas.

Com efeito, administrado que atua na conformidade de disposições produzidas por quem esteja a exercitar atribuições públicas está, obviamente, acobertado pelo mais conspícuo dos abrigos jurídicos. O mais elementar dos princípios de Direito, o princípio da segurança jurídica, oferece respaldo imediato ao sujeito que atua de acordo com determinações expedidas pela autoridade constituída. É que tais determinações notoriamente gozam da chamada presunção de legitimidade, de acordo com a qual, até prova em contrário, pressupõem-se afinadas com o Direito e, pois, aptas a investirem terceiros na situação jurídica que delas resulte.

[...].

Em quaisquer de seus atos, o Estado – tanto mais porque cumpre a função de ordenador da vida social – tem de emergir como interlocutor sério, veraz, responsável, leal e obrigado aos ditames da boa fé. De seu turno, os administrados podem agir fiados na seriedade, responsabilidade, lealdade e boa fé do Poder Público, maiormente porque a situação dos particulares é, em larguíssima medida, condicionada por decisões estatais, ora genéricas, ora provenientes de atos administrativos concretos.

Compreende-se, pois, que se a autoridade portuária, atuando em claras, em abertas e publicadas, mediante ato oficialmente expedido, fixa um valor máximo a ser cobrado pelo operador portuário como contrapartida de trabalho por ele efetuado em prol de terceiros, dito operador não tem como o porque presumir que tal cobrança seja indevida e, pior que isto, suscetível de acarretar-lhe o assujeitamento a sanções aplicáveis por outra unidade estatal.

Efetivamente, salvo se fosse seu dever assumir – mais que uma posição neutra, carente de predicação sobre a lisura dos comportamentos administrativos – uma posição de suspicácia rotineira quanto à legitimidade das condutas da Administração, nunca um operador portuário poderia ser sancionado por agir na conformidade de uma orientação proveniente da autoridade portuária. Conseqüência de tal ordem seria literalmente 'kafkiana', absurda, teratológica e ofenderia a sensibilidade de qualquer sujeito que tivesse um mínimo de percepção daquilo de que tanto o Direito como a simples idéia de Justiça demandariam. Em suma, descaberia agravar o administrado

em nome de defeitos originários de intelecção e decisão firmada pela administração do Porto, a menos que existisse um insólito princípio da presunção de ilegalidade dos atos administrativos. Além de, evidentemente, não existir tal princípio, não se pode crer que venha um dia a ser instaurado.

8. *Seria, então, um inominável absurdo, pudesse o Estado, por meio de qualquer de seus órgãos, até mesmo nos casos em que houvesse detectado uma incorreção jurídica estribada em falha sua, apenar quem de boa-fé houvesse atuado com estribo na presumida incorreção. A final, o sujeito é sempre o Estado, não importando a unidade pela qual haja atuado ou venha a atuar. É um sem-sentido, pois, que o administrado possa sofrer conseqüência detrimetosa pelo fato de adotar uma conduta conforme ao rumo apontado como correto por um braço estatal se ulteriormente outro de seus braços vier a apontar como correto rumo jurídico diverso, pois o administrado nada tem a ver com tal discórdia e, à toda evidência, não pode ser vitimado em razão dela.*

9. *Aliás, se pudesse vingar tão esdrúxula conseqüência, haveria manifesta ofensa também ao princípio jurídico da boa-fé. O eminente professor espanhol JESUS GONZALES PEREZ, em monografia preciosa sobre o princípio da boa fé em direito administrativo, anota que tal princípio independe de consagração legal, ressalta sua importância no direito administrativo, aclara-lhe o conteúdo e indica o âmbito de sua aplicação [...].*

[...].

É óbvio que o respeito aos cânones da boa-fé e da lealdade são indeclináveis exigências da moralidade administrativa, proclamada como princípio constitucional a que a Administração Pública se tem de submeter, consoante imposição do art. 37 da Lei Magna. Daí decorre que se os termos de determinada conduta estiverem avalizados por sujeito que esteja atuando como um dos braços estatais, estes mesmos termos não podem ser infirmados por outro braço estatal a fim de acarretar sanções a quem atuou fiado na honra e na força jurídica de quem detinha autoridade pública e poder jurídico para produzir o enquadramento normativo no qual se encaixou sua atuação.

10. *Em conclusão, é certo e indubitoso que os princípios da presunção de legitimidade dos atos administrativos e da lealdade e da boa fé jamais admitiriam que viesse a ser agravada a situação de operador portuário cuja conduta, nessa qualidade, estivesse respaldada em ato produzido pela CODESP ao exercitar atribuições de administradora do Porto.*

Ora bem, consoante informa a Consulente, a CODESP por meio das decisões DIREXE nº 371.2005 e DIREXE nº 50.2006, fixou o valor máximo suscetível de ser cobrado pelos operadores portuários em razão do Serviço de Segregação e Entrega de Contêineres – SSE para os recintos alfandegados localizados na Baixada Santista. Distinguiu-os em serviço de transferência de ‘carga perigosa’ e serviço de transferência de carga ‘não- perigosa’, com valor máximo, respectivamente, de R\$ 163,63 e R\$ 123,03. A partir da regulação em apreço a Consulente passou a cobrar por tais serviços. Estes, consoante informação da Consulente, tradicionalmente eram cobrados pela própria CODESP antes de privatização.

Ao expedir as referidas DIREXE nº 371.2005 e DIREXE nº 50.2006, a Administradora do Porto estava simplesmente a adotar providência enquadrável no âmbito das atribuições contempladas no art. 3º e no já referidas art. 33, § 1º, da lei 8.630, de 25.02.93. De resto, a própria autarquia criada para aplicação da política portuária nacional e para supervisão de atividades do setor – a ANTAQ – em sua Resolução nº 55 de 16.12.2002 (com as alterações advindas das Resoluções 126, de 2003, 238, de junho de 2004 e 265 de julho de 2005) faz, de modo específico, referência expressa à competência da CODESP para fixação de preços máximos cobráveis dos usuários. [...].

[...].

11. Aliás, absurdo seria se tais serviços não fossem cobrados dos tomadores deles. Tal serviço tem um custo. Envolve uma atuação do operador portuário, um trabalho que lhe é demandado.

Nunca se ouviu dizer que alguém devesse trabalhar gratuitamente para outrem. De resto, a pretensão de tais tomadores é até mesmo desabrida e juridicamente teratológica, pois, como se sabe, ‘ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer senão em virtude de lei’ (art. 5º, II, da Constituição Federal). Fora daí, somente existem as obrigações ‘ex voluntate’ e os operadores portuários jamais contrataram com os sobreditos tomadores uma prestação gratuita de serviços.

De outra parte, presumirem estes que o operador portuário deveria cobrar de terceiro (o armador) os sobreditos custos, isto é, de um sujeito que não foi quem lhes solicitou tal transporte para os portos secos, embutindo-os na THC é ainda maior despautério. Qual a razão pela qual deveriam estes terceiros arcar com um custo ao qual são estranhos?

É difícil imaginar-se disparate maior do que exigir de alguém que preste um serviço gratuito a quem nele esteja interessado

ou, então, que transfira a um terceiro (que nada tem a ver com isso), o acobertamento do custo do serviço em apreço mediante o expediente de embuti-lo no que o terceiro deve pagar ao operador portuário, mas a outro título. Dessarte, já a um primeiro súbito de vista, emerge um dislate jurídico de proporções imensas.

12. Visto isto, não há como eludir a conclusão de que é impossível estar havendo abuso de poder econômico no caso. Donde, impossível é, que o CADE interfira precedentemente na matéria.

Deveras, se o operador portuário, por um serviço que realiza em prol de outrem, cobra valor módico, enquadrado dentro dos limites impostos pela própria 'Autoridade Portuária' no exercício de competência que lhe é reconhecida como pertinente pela agência reguladora (ANTAQ), então é óbvio que está no exercício regular de um direito.

Para entender-se de modo diverso seria necessário contender – não o operador portuário, cuja posição jurídica é sólida – mas a própria legislação portuária, para fins de considerar que esta não deveria permitir aos operadores portuários a armazenagem da mercadoria movimentada, pena de colocá-los em vantagem em relação aos chamados 'portos secos'. Este tipo de apreciação, contudo, obviamente envolve e resolve-se, desde logo e acima de tudo, em uma apreciação política que, à toda evidência, não é da alçada do CADE. Este tem de equacionar o tema do abuso do poder econômico no interior do quadro legislativo brasileiro, o qual, uma vez regularmente produzido, não pode ser objeto de censura juridicamente conseqüente por parte do CADE. À toda evidência, menos ainda poderá, tolhido por tal dificuldade, voltar-se contra a atuação de particulares que estejam se comportando à sombra de atos expedidos pela Administradora do Porto no exercício de atuação administrativa legítima, porque acomodada na intimidade do quadro normativo que preside o sistema portuário brasileiro. É óbvio, então, e da mais cristalina obviedade, que nunca poderia ser sancionado o operador portuário cuja conduta se encontrasse acobertada pelo pálio das decisões dessarte oficialmente expedidas.

13. Isto tudo posto e considerado, às indagações da Consulta respondo:

I – a CODESP tem competência para fixar abrangência do SSE e o valor máximo de sua cobrança, a qual é, em si mesma, perfeitamente legítima;

II – o CADE não é, 'in casu', competente para infirmar a cobrança em questão e, ainda que o fosse, jamais poderia apenar a RODRIMAR por efetuar cobrança perfeitamente acomodada em disposições expedidas pela 'Autoridade Portuária'.

É o meu parecer.

São Paulo, 15 de janeiro de 2007.

Celso Antônio Bandeira de Mello

OAB-SP nº 11.199”

Com estas considerações, **nego provimento à remessa oficial e à
apelação**, mantendo integralmente a sentença recorrida.

Este é meu voto.