



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL DE PRIMEIRO GRAU

Autos nº 5000458-30.2020.4.03.6104

PROCEDIMENTO COMUM (7)

AUTOR: TRANSBRASA TRANSITARIA BRASILEIRA LTDA

Advogados do(a) AUTOR: BRUNO CORREA BURINI - SP183644, HELOISA BARROSO UELZE - SP117088, FABIO PERES CAPOBIANCO - SP323906

RÉU: AGENCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIARIOS

DECISÃO:

TRANSBRASA - TRANSITARIA BRASILEIRA LTDA ajuizou a presente ação de procedimento comum, com pedido de tutela de urgência, em face da **AGENCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIARIOS - ANTAQ**, pretendendo obter provimento jurisdicional que declare a nulidade do 2º, III, art. 2º, IX, art. 2º, X, art. 5º, art. 6º, § 1º e art. 9º da Resolução Normativa - ANTAQ nº 34/2019, assim como qualquer outro dispositivo que autorize, tácita ou expressamente, a cobrança, pelos operadores portuários, do Serviço de Segregação e Entrega (SSE, também chamado de THC2 - *Terminal Handling Charge 2*).

Além disso, pretende seja determinado à ANTAQ que, ao regulamentar a matéria: a) não crie direitos e obrigações (ou "serviços") não previstos em lei federal; b) observe os limites e conceitos estabelecidos no Código Civil, na Lei dos Portos e na Lei nº 9.611/98; c) aprecie efetivamente as preocupações concorrenciais levantadas pelas instâncias competentes, nos termos das Leis nº 10.233/2001 e nº 12.529/2011, MPV nº 881 e Lei nº 13.848/2019, e do Acordo de Cooperação Técnica nº 07/2019.

Requer a concessão de tutela antecipada para: (i) suspender os efeitos do art. 2º, III, art. 2º, IX, art. 2º, X, art. 5º, art. 6º, §1º e art. 9º da Resolução Normativa - ANTAQ nº 34/2019, assim como qualquer outro dispositivo que autorize, tácita ou expressamente, a cobrança da SSE/THC2, até o julgamento final deste processo; (ii) a



determinação para que não haja reprimenda à anterior Resolução nº 2.389/2012; e, finalmente, (iii) a determinação para que a ANTAQ fiscalize e coíba a cobrança da THC2/SSE.

Sustenta a autora a nulidade da cobrança pelo Serviço de Segregação e Entrega - THC2/SSE ("*Terminal Handling Charge 2*"), por entender que se trata de valor adicional cobrado pelos operadores portuários para entrega de contêineres aos recintos alfandegados sem prestação de serviço adicional.

Afirma que a RN nº 34/2019, aprovada pela ANTAQ por meio do acórdão nº 62/2019, autoriza a cobrança da THC2/SSE por Operadores Portuários a preço abusivo e carente de previsão contratual e/ou legal para liberação de contêineres que serão armazenados em instalações portuárias alfandegadas localizadas em zona secundária, que é a posição em que se encontra a autora.

Entende que a RN nº 34/2019 deverá ter seus efeitos suspensos e ao final sua nulidade declarada, em razão: a) de decorrer de procedimento maculado por vícios formais; b) do reiterado posicionamento dos entes de controle da concorrência sobre o tema (externado pelo CADE), acerca da ilegalidade da cobrança da THC2 (ou SSE); c) da desconsideração do posicionamento do TCU, que condenou a conduta omissa da ANTAQ, por não ter proibido a cobrança da THC2 na resolução anterior (nº 2.389/2012); d) do desrespeito ao posicionamento do corpo técnico da própria ANTAQ; e) da violação de conceitos estabelecidos em lei federal (capatazia e contrato de transporte) e criação de direitos e obrigações não previstas em lei, violando também a CF; e f) da violação do novo marco das agências reguladoras e da Declaração de Direitos da Liberdade Econômica.

Com a inicial, vieram procuração e documentos.

Custas prévias recolhidas.

A análise do pedido antecipatório foi postergada para após a vinda de informações, solicitadas à ANTAQ.

Citada, a AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIARIOS – ANTAQ manifestou-se, em petição sob o id 27991922, pela regularidade formal e material do processo decisório relacionado à edição da RN nº 34/2019, sem qualquer vício formal em todas as suas fases (legalidade e legitimidade).

No bojo da contestação (id 28028627), a AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIARIOS – ANTAQ expôs detalhado relato da tramitação processual da RN nº 34/2019, afirmando que foram considerados os votos proferidos em julgamentos do CADE (com pelo menos dois pontos de vistas divergentes, SEI 0666474, 0666477 e SEI 0666482), bem como o ponto de vista do TCU (SEI 0666468), que emitiu acórdão específico sobre a matéria, estudos diversos, além de contribuições obtidas por meio de visitas técnicas e audiências públicas, a fim de corroborar a regularidade e legitimidade do procedimento administrativo que deu origem à RN nº 34/2019.



Ressalta, ainda, a competência normativa da ANTAQ para regular o mercado portuário, que encontraria fundamento nos art. 23, II e III, art. 27, II, IV e VII, XIV, Lei nº 10.233/2001 e art. 27 da Lei nº 12.815/2013.

Por fim, sustenta a ré a legitimidade da cobrança do serviço de segregação de contêineres, nos termos do Parecer Técnico nº 13/2020/GRP/SRG. Entende infundada a alegação de violação dos conceitos legais de capatazia e contrato de transporte, definidos nas Lei nº 12.815/2013 (Lei dos Portos), Lei nº 9.611/98 e no Código Civil, bem como de afronta à liberdade econômica. Aponta, no mais, que o Tribunal de Contas da União enfrentou o tema no Acórdão nº 1704/2018.

Em réplica, a autora reitera que será prejudicada com a produção de efeitos da resolução, com dispositivos que violariam leis federais e os posicionamentos do corpo técnico e da Procuradoria da ANTAQ, bem como dos órgãos de defesa da concorrência (CADE e SEAE). Repisa que houve vício de tramitação do processo administrativo decisório (nulidade formal da norma), no que tange à elaboração de Análise de Impacto Regulatório (AIR). Entende que houve contradição da ANTAQ, porque o documento que deve ser reconhecido, segundo a própria ré, como a primeira AIR dos autos (Nota Técnica nº 48/2015/GPR), é, na verdade, aquele em que o Corpo Técnico se posicionou expressamente contrário à cobrança da THC2.

Reforça o pedido de antecipação de tutela, ao argumento de que a RN nº 34/2019 entrará em vigor a partir de 17/02/2020 e a cobrança da THC2/SSE estará expressamente autorizada, gerando situação de prejuízo direto e, sobretudo, grave insegurança jurídica no setor e nas relações estabelecidas em uma importação de mercadorias pela via marítima. Nesse sentido, indica que os operadores portuários passarão a cobrar a THC2 para todo e qualquer contêiner destinado à autora e a todas as instalações portuárias alfandegadas de Santos. No mais, reitera o pedido de concessão da tutela antecipada, nos termos já explicitados na peça exordial.

Os autos vieram conclusos para análise do pleito antecipatório.

É o relatório.

DECIDO.

O art. 300 do CPC condiciona o deferimento da tutela de urgência à presença de elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

Sendo assim, a antecipação da tutela não deve ser baseada em simples alegações ou meras suspeitas, mas deve estar ancorada em prova preexistente e indubitosa, que permita perfeita fundamentação do provimento judicial provisório.

Ademais, consoante disposto no art. 20, “caput” e parágrafo único, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro - LINDB (na redação dada pela Lei nº



13.655/18), a anulação de norma administrativa, tal como pleiteado, não deve estar balizada apenas em valores jurídicos abstratos, mas deverá considerar as consequências práticas decorrentes, indicando, inclusive, a necessidade e adequação da invalidação, em face de possíveis alternativas.

No caso em tela, reputo ausentes os requisitos legais para o provimento de urgência.

Com efeito, insurge-se a autora em face de preceitos editados pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários - ANTAQ que aprovou norma que *estabelece parâmetros regulatórios a serem observados na prestação dos serviços de movimentação e armazenagem de contêineres e volumes nas instalações portuárias* públicas e privadas (RN nº 34/19, que revogou a RN nº 2.389/12).

Num primeiro plano, não se pode deixar de apontar que a exploração dos portos marítimos é de competência da União, consoante expressa determinação constitucional (artigo 21, inciso XII, alínea “f”, CF).

Regulamentando esse dispositivo constitucional, a Lei nº 12.815/2013 dispõe sobre a *exploração direta e indireta pela União de portos e instalações portuárias* e sobre as atividades desempenhadas pelos operadores portuários (art. 1º), prescrevendo o diploma que *a exploração indireta* do porto organizado e *das instalações portuárias* nele localizadas ocorrerá mediante concessão e arrendamento de bem público e a realizada fora da área do porto organizado ocorrerá mediante autorização, *nos termos da lei*.

Em razão da natureza pública do porto organizado e da prerrogativa constitucional de sua exploração pertencer à União, grande parte da doutrina, a partir da promulgação da Lei nº 8.630/93 (Lei de Modernização dos Portos – LMP), já havia passado a entender que o arrendamento portuário configura descentralização administrativa por colaboração, constituindo-se em modalidade de delegação de serviço público a particulares:

“Notamos que a natureza jurídica do arrendamento é semelhante à da subconcessão, que tem seu regramento definido pela lei (com cláusulas obrigatórias ao contrato de arrendamento), decretos, resoluções setoriais, devendo, inclusive, ser utilizada, subsidiariamente, a Lei nº 8.987/95” (LIMA, Cristiane Maria Melhado de Araújo. Regime jurídico dos portos marítimos. São Paulo, Editora Verbatim, 2011, p. 109).

“[...] nas concessões de exploração de terminal portuário público, está-se diante de típica delegação de exercício de atividade estatal, mais especificamente, de um serviço público” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito dos Serviços Públicos, 3ª ed. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2013).

Fixada essa premissa, não vislumbro ilegalidade, em abstrato, na regulação promovida pela ANTAQ.

Com efeito, o legislador atribuiu à ANTAQ competência administrativa para, entre outros (art. 27 da Lei nº 10.233/01): a) promover estudos aplicados às definições de



tarifas, preços e fretes, em confronto com os custos e os *benefícios econômicos transferidos aos usuários* pelos investimentos realizados (inciso II); b) *elaborar e editar normas* e regulamentos *relativos* à prestação de serviços de transporte e *à exploração da infraestrutura* aquaviária e *portuária*, garantindo isonomia no seu acesso e uso, assegurando os direitos dos usuários e *fomentando a competição entre os operadores* (inciso IV).

Portanto, encontra-se dentro das competências da ANTAQ a fixação de parâmetros normativos, que deverão ser observados na movimentação de contêineres pelas instalações portuárias, públicas ou privadas, *inclusive no que concerne à estrutura tarifária*.

Evidentemente, a regulação a cargo da ANTAQ deve ser suficientemente criteriosa, a fim de atingir *todas* as diretrizes previstas no art. 3º da Lei nº 12.815/13, quais sejam: a) expansão, modernização e otimização da infraestrutura e da superestrutura que integram os portos organizados e instalações portuárias; b) garantia da modicidade e da publicidade das tarifas e preços praticados no setor, da qualidade da atividade prestada e da efetividade dos direitos dos usuários; c) estímulo à modernização e ao aprimoramento da gestão dos portos organizados e instalações portuárias, à valorização e à qualificação da mão de obra portuária e à eficiência das atividades prestadas; d) promoção da segurança da navegação na entrada e na saída das embarcações dos portos; e e) estímulo à concorrência, incentivando a participação do setor privado e assegurando o amplo acesso aos portos organizados, instalações e atividades portuárias.

É nesse contexto que, no entender deste juízo, deve ser localizada a longa disputa que vem sendo travada entre os terminais portuários e os recintos alfandegários localizados em zona secundária (“portos secos”) em torno da tarifa cobrada a título da prestação do serviço de segregação e entrega de contêineres (SSE ou THC-2).

No mesmo sentido, devem ser compreendidos os posicionamentos dos entes de controle da concorrência sobre o tema (externado pelo CADE), acerca dos riscos de abuso de poder na cobrança da THC2 (ou SSE), bem como as decisões proferidas em processos de natureza subjetiva, em que se discutia a abusividade concreta da cobrança da SSE (ou THC-2), sejam contrárias à cobrança (TRF 3ª Região, AC 2086311/SP - 0020121-87.2005.4.03.6100, Rel. Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE, 4ª Turma, e-DJF3 06/03/2018) ou a favor da incidência (TJ/SP, AC 1001108-25.2014.8.26.0562, Rel. Des. SEBASTIÃO FLÁVIO, 23ª Câmara de Direito Privado, DJ 11/10/2016).

De fato, no regime jurídico atual, em que o serviço de armazenagem de carga encontra-se submetido a regime competitivo, não se pode abstrair a posição naturalmente vantajosa dos terminais portuários, que concorrem com os recintos localizados em zona secundária pela prestação desse serviço aos intervenientes no comércio internacional.



Evidentemente, o abuso dessa posição deve ser combatido, coibido e sancionado, na forma da legislação, visto que configura ato ilícito (art. 36 da Lei nº 12.529/11), frontalmente contrário aos ditames do regime de exploração dos portos (art. 3º, inciso V, da Lei nº 12.815/13).

Por outro lado, não parece correto impor ao operador portuário que suporte, sem justa remuneração, eventuais custos da prestação de serviços de interesse do recinto retroportuário concorrente, a serem realizados no tempo e modo que facilitem sua operação.

Diante desse conflito, faz todo sentido que o ente de regulação portuária, no exercício de seu *poder-dever* normativo, fixe regras e exerça o controle da cobrança das tarifas praticadas pelos terminais portuários, assegurando a justa remuneração desses operadores segundo os serviços prestados, a esmoreita competição no sistema de armazenamento de cargas alfandegadas e, com isso, conferindo segurança jurídica a todos os intervenientes nas operações de comércio exterior.

Nesse sentido, a edição da RN (ANTAQ) nº 34/19 pode ser interpretada como uma resposta administrativa da agência às cobranças do TCU, quando apontou que o ente regulador ainda não havia tratado suficientemente do assunto, permitindo a proliferação de conflitos envolvendo a cobrança da THC2 (SSE), com prejuízo à própria estruturação dos serviços portuários e a concorrência nos serviços de armazenagem de carga alfandegada.

Quanto ao seu conteúdo, a normatização editada pela ANTAQ uniformiza, *em todo país*, tanto para os terminais inseridos no porto organizado (arrendatários) como para os instalados em outros locais (autorizatários), a extensão dos serviços de movimentação de carga cobertos pelo pagamento do THC, do seguinte modo: a) na exportação, a tarifa cobre os serviços de movimentação entre o portão do terminal portuário e o costado da embarcação, incluída a guarda transitória das cargas pelo prazo contratado; b) *na importação*, entre o costado da embarcação e *sua colocação na pilha do terminal portuário* (art. 3º c/c art. 2, inciso X).

Em complementação, no caso de entrega de cargas em regime de trânsito aduaneiro, o diploma previu a possibilidade de cobrança do Serviço de Segregação e Entrega de contêineres – SSE, em hipóteses definidas: a) pela colocação na pilha *em pátio segregado*; b) pelo gerenciamento de riscos de cargas perigosas; c) pelo cadastramento de empresas ou pessoas; c) pela permanência de veículos para retirada; d) pela liberação de documentos ou circulação de prepostos; e) pela remoção da carga da pilha na ordem ou na disposição em que se encontra; f) pelo posicionamento da carga no veículo do importador ou do seu representante.

Portanto, diferentemente do sustentado na inicial, sob a ótica do direito brasileiro, o THC passou a compreender, na importação, os serviços de manuseio da carga de bordo (estiva) e *parte dos realizados em terra* (capatazia), incluindo o recebimento do contêiner no respectivo terminal e sua colocação em pilha para retirada,



não abrangendo o armazenamento ou outros serviços acessórios à entrega, que sejam úteis para o consignatário da carga ou seus representantes.

Tratando-se de cobranças decorrentes da prestação de serviço público (exploração de instalações portuárias) não vislumbro ilegalidade *em abstrato* nessa configuração, ao menos num juízo sumário, próprio desta fase processual, uma vez que não há violação de conceitos estabelecidos em lei federal (capatazia e contrato de transporte), mas a regulação da estrutura de cobrança pelos serviços portuários, que estão a cargo da União por expressa imposição constitucional (art. 21, inciso XII, alínea “f”, CF), ainda que explorados indiretamente.

De se ressaltar que a norma prescreve uma série de imposições e de controles, a fim de evitar práticas que sejam prejudiciais à competição e à concorrência, tais como a) imposição de divulgação prévia e pública de valores máximos de preços (art. 5º, “caput”, primeira parte, e § 2º); b) a comunicação dos valores fixados à ANTAQ (art. 5º, § 2º, inciso II) para avaliação; c) vedação de práticas abusivas ou lesivas à concorrência (art. 5º, “caput”, parte final); d) descrição de comportamentos considerados abusivos ou lesivos à concorrência, independentemente dos efeitos alcançados (art. 8º, incisos I a VIII); e) possibilidade da ANTAQ fixar preços máximos, a título de SSE, quando for identificada a *possibilidade* (verossimilhança) de abuso ilegal (art. 9º).

Ou seja, qualquer situação duvidosa poderá ser *examinada em concreto*, sempre que houver notícia ou indício de abuso, inclusive qualquer comportamento que denote intenção de prejudicar o caráter competitivo da armazenagem de carga.

Em relação aos aspectos formais, também não vislumbro flagrante ilegalidade na edição da RN nº 34/2019 pela ANTAQ.

Em primeiro lugar, em que pese sejam inúmeras as dificuldades de regulação de tema tão polêmico, ensejando diligências e audiências públicas no âmbito da ANTAQ, fato é que o processo administrativo que ensejou o ato normativo foi inaugurado há muitos anos, em razão da nova lei de portos, promulgada em 2013, sendo de conhecimento público, tendo sido oportunizada manifestação pelos interessados, consoante constam das informações prestadas pela ANTAQ (id 27991922, p. 2-8).

Além disso, foram efetuados diversos estudos e juntados pareceres aos autos, considerados suficientes e equivalentes à análise de impacto regulatório (AIR), em análise efetuada pelos órgãos técnicos e corroborada pela diretoria da agência. Nesse sentido, colaciono o seguinte trecho do Parecer Técnico nº 13/2020/GRP/SRG:

“Em 10/05/2018, a SRG apresentou o Parecer Técnico nº 20/2018/GRP/SRG, SEI nº 0497001, por meio do qual destacou o entendimento da área técnica pelo retorno dos autos com urgência ao Colegiado, fundamentando o entendimento de que os autos estariam plenamente aptos para deliberação, sem qualquer nova instrução adicional. No mesmo feito, a SRG encaminhou para deliberação da Diretoria Colegiada proposta revisada da minuta de Resolução Normativa (SEI nº 0497118), informando que a proposta inclusive dispensaria eventualmente uma AIR, pois tratava-se apenas de um ajuste redacional em função da alteração legislativa precedente” (id 28028633, p. 12).



Por sua vez, a solicitação de vistas e a inclusão de processo em pauta de sessão extraordinária, em situações plenamente justificadas, consoante constam das informações (id 27991922, p. 4 e 35), não caracterizam ilegalidade passível de reconhecimento, ao menos num liminar, para afastar a incidência de regulamento aplicável em todas as operações portuárias realizadas no país, sem clara demonstração do prejuízo concreto no procedimento adotado pela Administração.

Por fim, a toda evidência, a existência de opiniões divergentes, ainda que no interior da própria ANTAQ, não são suficientes, *por sí só*, para macular a adoção de posicionamento diverso, quando lastreado em opiniões técnicas sustentáveis.

Em relação à superveniência da Lei nº 13.848/19, há que se considerar que sua promulgação ocorreu em 25/06/2019, com prazo de 90 (noventa) dias para entrada em vigor (art. 53), de modo que ao tempo da edição da RN-ANTAQ 34/2019 ainda não possuía aptidão para produzir efeitos jurídicos.

De qualquer modo, a interação pretendida pelo legislador entre as agências reguladoras e os órgãos de defesa da concorrência não fica obstada pela regulação em exame, que *poderá ser examinada em concreto*, sempre que houver qualquer a notícia de infração à ordem econômica, inclusive qualquer comportamento que possa prejudicar a higidez do mercado de armazenagem de carga.

Ante o exposto, pelas razões supra e o que mais consta dos autos, **INDEFIRO** o pedido de tutela de urgência.

Não sendo o caso de designação de audiência preliminar, por se tratar de interesse indisponível, prossiga-se.

Manifeste-se o autor em réplica.

Nos termos do art. 10 do CPC, manifestem-se as partes sobre a ilegitimidade ativa da autora para pleitear, em nome próprio, providencias a cargo da ANTAQ com eficácia geral e abstrata.

Sem prejuízo, especifiquem as provas que pretendem produzir, justificando a necessidade e pertinência ou esclareçam se concordam com o julgamento antecipado da lide.

P. R. I.

Santos, 18 de fevereiro de 2020.

DÉCIO GABRIEL GIMENEZ

Juiz Federal

