



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1899040 - SP (2020/0259141-0)

RELATORA : **MINISTRA REGINA HELENA COSTA**
RECORRENTE : EMBRAPORT EMPRESA BRASILEIRA DE TERMINAIS PORTUARIOS S/A
ADVOGADOS : JOSÉ CARLOS DA ANUNCIACÃO - SP131142
PEDRO GOMES MIRANDA E MOREIRA - SP275216
RECORRIDO : MARIMEX DESPACHOS TRANSPORTES E SERVIÇOS LTDA
ADVOGADOS : RUY PEREIRA CAMILO JUNIOR - SP111471
BRUNO CORRÊA BURINI - SP183644
HELENA HISSAKO ADANIYA - SP163258
RENATA DE PAOLI GONTIJO - RJ093448
INTERES. : AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS - ANTAQ - "AMICUS CURIAE"
INTERES. : CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA-CADE - "AMICUS CURIAE"

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL, ECONÔMICO E CONCORRENCIAL. OFENSA AOS ARTS. 489 E 1.022 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. INOCORRÊNCIA. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO DOS ARTS. 141, 342, I, E 493 DO CPC/2015. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 211/STJ. CERCEAMENTO DE DEFESA. MATÉRIA NÃO OPORTUNAMENTE SUSCITADA. PRECLUSÃO LÓGICA. VIOLAÇÃO À COISA JULGADA. DESCABIMENTO. ARTS. 12, VII, 20, II, B, E 27, IV E XXX, DA LEI N. 10.233/2001. PODER NORMATIVO DA AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS – ANTAQ. AUSÊNCIA DE ISENÇÃO ANTITRUSTE. SUBMISSÃO DE REGULAMENTOS EDITADOS POR AUTARQUIAS REGULADORAS À LEGISLAÇÃO DE DEFESA DA ORDEM ECONÔMICA. INTELIGÊNCIA DAS LEIS NS. 12.529/2011 E 13.848/2019. *TERMINAL HANDLING CHARGE 2 – THC2* (SERVIÇO DE SEGREGAÇÃO E ENTREGA DE CONTÊINERES – SSE). TARIFA ANTICOMPETITIVA. IMPOSIÇÃO UNILATERAL DE CUSTOS PELOS OPERADORES PORTUÁRIOS EM FACE DE CONCORRENTES DIRETOS. ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE. CONSTATAÇÃO DE COMPRESSÃO DE PREÇOS (*PRICE SQUEEZE*). RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, IMPROVIDO. REVOGADA A TUTELA PROVISÓRIA DEFERIDA NA TP N. 2.787/SP.

I – Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 9.3.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. *In casu*, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.

II – A Corte de origem efetuou detida análise das teses alusivas à competência regulatória da Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ, à não inclusão da *Terminal Handling Charge 2 - THC2* no conceito de *Box Rate*, à suscitada aplicabilidade da jurisprudência consolidada pelo tribunal *a quo* e à apontada ausência de elementos de convicção a subsidiar as conclusões alcançadas, não havendo,

quanto ao ponto, ofensa aos arts. 489, § 1º, I, II, III, IV e VI, e 1.022, *caput*, I e II, e parágrafo único, II, do CPC/2015.

III – A falta de enfrentamento da questão atinente à prolação de decisão *extra petita*, a despeito da oposição de Embargos de Declaração, impede o acesso à instância especial, porquanto não preenchido o requisito constitucional do prequestionamento, nos termos da Súmula n. 211/STJ.

IV – Inviável conhecer da alegação de cerceamento de defesa, pois a parte postulou pelo julgamento antecipado da lide e não pleiteou a produção de provas a tempo e modo, operando-se, por conseguinte, a preclusão lógica. Precedentes.

V – Não há violação à *res judicata* quando, a par de ausente trânsito em julgado e pendente exame de recurso interposto no processo apontado como paradigma, a questão incidental discutida em demanda pretérita não era imprescindível à solução da controvérsia. Inteligência dos arts. 502 e 503 do CPC/2015.

VI – A preclusão de pronunciamentos judiciais submetidos a juízo perfunctório quanto à presença dos requisitos necessários ao deferimento da tutela antecipada não impede o estabelecimento de diretriz hermenêutica diversa quando da apreciação dos pedidos formulados na petição inicial mediante cognição exauriente.

VII – Conquanto os arts. 12, VII, 20, II, *b*, e 27, IV e XXX, da Lei n. 10.233/2001 confirmam à ANTAQ, além de competências normativas e regulatórias voltadas a conformar a atuação dos agentes econômicos a práticas que estimulem a concorrência, atribuições para reprimir ações e fatos caracterizadores de competição imperfeita ou infrações à ordem econômica, tais disposições não significam a outorga de isenções antitruste aos setores de transporte aquaviário e de exploração de infraestrutura portuária, sendo viável, por conseguinte, controle dos atos infralegais editados pela respectiva autarquia com base em critérios concorrenciais.

VIII – Em matéria de interrelação entre autoridades de defesa da concorrência e entidades normatizadoras setoriais, as Lei ns. 12.529/2011 e 13.848/2019 amparam os modelos de articulação complementar e coordenada, conferindo, de um lado, proeminência à atuação da agência reguladora no estabelecimento das políticas e projetos concernentes ao exercício de atividades econômicas, sem prejuízo, de outra parte, do desempenho das atribuições de defesa da competitividade pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE enquanto entidade dotada de *expertise* geral quanto à matéria e à qual incumbe, em última instância no âmbito do Poder Executivo, avaliar a existência de condutas ou regramentos contrários à legislação antitruste.

IX – Embora a cobrança do Serviço de Segregação e Entrega de Contêineres – SSE, tarifa igualmente denominada de *Terminal Handling Charge 2 – THC2*, encontre arrimo em atos normativos editados pela ANTAQ, não há óbice a que as autoridades de defesa da concorrência e o Poder Judiciário avaliem sua validade à luz da legislação antitruste, descabendo cancelar, em consequência, a presença de zona infensa à incidência da Lei n. 12.529/2011 decorrente do mero exercício do poder regulamentar pela entidade setorial.

X – A exigência da *Terminal Handling Charge 2 – THC2* (ou Serviço de Segregação e Entrega de Contêineres – SSE) pelos operadores portuários em face dos terminais retroportuários configura abuso de posição dominante, na modalidade compressão de preços (*price squeeze*), porquanto, a um só tempo, (i) autoriza detentor de facilidade essencial verticalmente integrado a impor custos a serem suportados unicamente por seus concorrentes diretos no mercado subsequente, (ii) viabiliza a restrição das margens de fixação de preços pelos competidores no contexto da armazenagem de cargas provenientes do exterior e, ainda, (iii) importa ofensa ao dever legal de garantir acesso isonômico às instalações portuárias, restringindo a competitividade no setor, em contrariedade às normas estampadas nos arts. 27, IV, da Lei n. 10.233/2001, 36 da Lei n. 12.529/2011, e 3º, V e VI, da Lei n. 12.815/2013.

XI – Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, improvido. Revogada a tutela provisória deferida na TP n. 2.787/SP.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo o julgamento, preliminarmente, por maioria, vencida a Sra. Ministra Relatora, conhecer do recurso especial em maior extensão, ampliando a delimitação da controvérsia em relação ao exame da legalidade da tarifa THC2 também sob o ponto de vista concorrencial, nos termos do voto do Sr. Ministro Gurgel de Faria e, na sequência, por maioria, negar-lhe provimento, revogando a tutela provisória deferida na TP n. 2.787/SP, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Vencido parcialmente, no mérito, o Sr. Ministro Sérgio Kukina que lhe dar parcial provimento, para reconhecer a legalidade da cobrança da tarifa de THC2.

Os Srs. Ministros Gurgel de Faria, Paulo Sérgio Domingues e Benedito Gonçalves votaram, no mérito, com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 27 de agosto de 2024.

REGINA HELENA COSTA

Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1899040 - SP (2020/0259141-0)

RELATORA : **MINISTRA REGINA HELENA COSTA**
RECORRENTE : EMBRAPORT EMPRESA BRASILEIRA DE TERMINAIS PORTUARIOS S/A
ADVOGADOS : JOSÉ CARLOS DA ANUNCIÇÃO - SP131142
PEDRO GOMES MIRANDA E MOREIRA - SP275216
RECORRIDO : MARIMEX DESPACHOS TRANSPORTES E SERVIÇOS LTDA
ADVOGADOS : RUY PEREIRA CAMILO JUNIOR - SP111471
BRUNO CORRÊA BURINI - SP183644
HELENA HISSAKO ADANIYA - SP163258
RENATA DE PAOLI GONTIJO - RJ093448
INTERES. : AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS - ANTAQ - "AMICUS CURIAE"
INTERES. : CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA-CADE - "AMICUS CURIAE"

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL, ECONÔMICO E CONCORRENCIAL. OFENSA AOS ARTS. 489 E 1.022 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. INOCORRÊNCIA. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO DOS ARTS. 141, 342, I, E 493 DO CPC/2015. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 211/STJ. CERCEAMENTO DE DEFESA. MATÉRIA NÃO OPORTUNAMENTE SUSCITADA. PRECLUSÃO LÓGICA. VIOLAÇÃO À COISA JULGADA. DESCABIMENTO. ARTS. 12, VII, 20, II, B, E 27, IV E XXX, DA LEI N. 10.233/2001. PODER NORMATIVO DA AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS – ANTAQ. AUSÊNCIA DE ISENÇÃO ANTITRUSTE. SUBMISSÃO DE REGULAMENTOS EDITADOS POR AUTARQUIAS REGULADORAS À LEGISLAÇÃO DE DEFESA DA ORDEM ECONÔMICA. INTELIGÊNCIA DAS LEIS NS. 12.529/2011 E 13.848/2019. *TERMINAL HANDLING CHARGE 2 – THC2* (SERVIÇO DE SEGREGAÇÃO E ENTREGA DE CONTÊINERES – SSE). TARIFA ANTICOMPETITIVA. IMPOSIÇÃO UNILATERAL DE CUSTOS PELOS OPERADORES PORTUÁRIOS EM FACE DE CONCORRENTES DIRETOS. ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE. CONSTATAÇÃO DE COMPRESSÃO DE PREÇOS (*PRICE SQUEEZE*). RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA EXTENSÃO, IMPROVIDO. REVOGADA A TUTELA PROVISÓRIA DEFERIDA NA TP N. 2.787/SP.

I – Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 9.3.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. *In casu*, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.

II – A Corte de origem efetuou detida análise das teses alusivas à competência regulatória da Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ, à não inclusão da *Terminal Handling Charge 2 - THC2* no conceito de *Box Rate*, à suscitada aplicabilidade da jurisprudência consolidada pelo tribunal *a quo* e à apontada ausência de elementos de convicção a subsidiar as conclusões alcançadas, não havendo, quanto ao ponto, ofensa aos arts. 489, § 1º, I, II, III, IV e VI, e 1.022, *caput*, I e II, e

parágrafo único, II, do CPC/2015.

III – A falta de enfrentamento da questão atinente à prolação de decisão *extra petita*, a despeito da oposição de Embargos de Declaração, impede o acesso à instância especial, porquanto não preenchido o requisito constitucional do prequestionamento, nos termos da Súmula n. 211/STJ.

IV – Inviável conhecer da alegação de cerceamento de defesa, pois a parte postulou pelo julgamento antecipado da lide e não pleiteou a produção de provas a tempo e modo, operando-se, por conseguinte, a preclusão lógica. Precedentes.

V – Não há violação à *res judicata* quando, a par de ausente trânsito em julgado e pendente exame de recurso interposto no processo apontado como paradigma, a questão incidental discutida em demanda pretérita não era imprescindível à solução da controvérsia. Inteligência dos arts. 502 e 503 do CPC/2015.

VI – A preclusão de pronunciamentos judiciais submetidos a juízo perfunctório quanto à presença dos requisitos necessários ao deferimento da tutela antecipada não impede o estabelecimento de diretriz hermenêutica diversa quando da apreciação dos pedidos formulados na petição inicial mediante cognição exauriente.

VII – Conquanto os arts. 12, VII, 20, II, *b*, e 27, IV e XXX, da Lei n. 10.233/2001 confirmam à ANTAQ, além de competências normativas e regulatórias voltadas a conformar a atuação dos agentes econômicos a práticas que estimulem a concorrência, atribuições para reprimir ações e fatos caracterizadores de competição imperfeita ou infrações à ordem econômica, tais disposições não significam a outorga de isenções antitruste aos setores de transporte aquaviário e de exploração de infraestrutura portuária, sendo viável, por conseguinte, controle dos atos infr legais editados pela respectiva autarquia com base em critérios concorrenciais.

VIII – Em matéria de interrelação entre autoridades de defesa da concorrência e entidades normatizadoras setoriais, as Lei ns. 12.529/2011 e 13.848/2019 amparam os modelos de articulação complementar e coordenada, conferindo, de um lado, proeminência à atuação da agência reguladora no estabelecimento das políticas e projetos concernentes ao exercício de atividades econômicas, sem prejuízo, de outra parte, do desempenho das atribuições de defesa da competitividade pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE enquanto entidade dotada de *expertise* geral quanto à matéria e à qual incumbe, em última instância no âmbito do Poder Executivo, avaliar a existência de condutas ou regramentos contrários à legislação antitruste.

IX – Embora a cobrança do Serviço de Segregação e Entrega de Contêineres – SSE, tarifa igualmente denominada de *Terminal Handling Charge 2 – THC2*, encontre arrimo em atos normativos editados pela ANTAQ, não há óbice a que as autoridades de defesa da concorrência e o Poder Judiciário avaliem sua validade à luz da legislação antitruste, descabendo cancelar, em consequência, a presença de zona infensa à incidência da Lei n. 12.529/2011 decorrente do mero exercício do poder regulamentar pela entidade setorial.

X – A exigência da *Terminal Handling Charge 2 – THC2* (ou Serviço de Segregação e Entrega de Contêineres – SSE) pelos operadores portuários em face dos terminais retroportuários configura abuso de posição dominante, na modalidade compressão de preços (*price squeeze*), porquanto, a um só tempo, (i) autoriza detentor de facilidade essencial verticalmente integrado a impor custos a serem suportados unicamente por seus concorrentes diretos no mercado subsequente, (ii) viabiliza a restrição das margens de fixação de preços pelos competidores no contexto da armazenagem de cargas provenientes do exterior e, ainda, (iii) importa ofensa ao dever legal de garantir acesso isonômico às instalações portuárias, restringindo a competitividade no setor, em contrariedade às normas estampadas nos arts. 27, IV, da Lei n. 10.233/2001, 36 da Lei n. 12.529/2011, e 3º, V e VI, da Lei n. 12.815/2013.

XI – Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, improvido. Revogada a tutela provisória deferida na TP n. 2.787/SP.

RELATÓRIO

A EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA REGINA HELENA COSTA

(Relatora):

Trata-se de Recurso Especial interposto pela **EMBRAPORT – EMPRESA BRASILEIRA DE TERMINAIS PORTUÁRIOS S.A.** contra acórdão prolatado, por unanimidade, pela 30ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento de Apelação, assim ementado (fl. 1.437e):

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PORTUÁRIOS – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO — TARIFA DE SEGREGAÇÃO E ENTREGA (THC2) – COBRANÇA EFETUADA PELOS OPERADORES PORTUÁRIOS EM FACE DOS TERMINAIS RETROPORTUÁRIOS – IMPOSSIBILIDADE – INFRAÇÃO CONCORRENCIAL – ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE – CONTROLE DE INSUMO INFUNGÍVEL E ESSENCIAL A ATIVIDADE ECONÔMICA DOS CONCORRENTES – POSSIBILIDADE DE ELEVAÇÃO ARBITRARIA DOS CUSTOS DA EMPRESA CONCORRENTE – "PRICE SQUEEZE" – CARACTERIZAÇÃO – SITUAÇÃO NÃO ALTERADA PELA IMPOSIÇÃO DE UM TETO TARIFÁRIO POR PARTE DO ÓRGÃO REGULADOR. RECURSO PROVIDO.

Opostos Embargos de Declaração, foram rejeitados (fls. 1.635/1.638e).

Com amparo no art. 105, III, a, da Constituição da República, aponta-se ofensa aos dispositivos a seguir relacionados, alegando-se em síntese, que:

i) Arts. 489, § 1º, I, II, III, IV e VI, e 1.022, *caput*, I e II, parágrafo único, II, do Código de Processo Civil de 2015: há 09 (nove) omissões no acórdão recorrido, não sanadas no julgamento do recurso integrativo interposto na origem, notadamente quanto aos seguintes pontos: a) existência de acórdão prolatado pela 14ª Câmara de Direito Privado decidindo acerca da legalidade da *Terminal Handling Charge 2 – THC2*, caso versando sobre as mesmas partes; b) previsão contida na Resolução ANTAQ n. 34/2018 ratificando a cobrança da THC2; c) inviabilidade de modificação da coisa julgada formada em agravos de instrumentos nos quais decidida idêntica questão; d) exclusão da THC2 da denominada *Box Rate*, consoante disciplina o art. 9º da Resolução ANTAQ n. 34/2019; e) omissão acerca da competência regulatória da ANTAQ indicada no art. 27, IV, da Lei n. 10.233/2001; f) ausência de observância da jurisprudência uniformizada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo a partir do ano de 2016; g) falta de manifestação sobre julgados desta Corte anulando decisões do tribunal de origem acerca da matéria de fundo; h) não houve produção de provas aptas a subsidiar eventual incursão quanto às diferenças entre a *Terminal Handling Charge – THC* e a *Terminal Handling Charge 2 – THC2*; e i) não apreciação da tese segundo a qual a decisão do Conselho Administrativo de Defesa Econômica no Processo Administrativo n. 08012.007443/99-17 foi anulada, sendo inviável adotar suas razões de decidir para efeito de motivação do *decisum* impugnado;

ii) Arts. 503, 505, 507 e 508 do estatuto processual: ao apreciar os

Agravos de Instrumentos ns. 2019172-06.2014.8.26.0000 e 211124412.2014.8.26.0000, o tribunal de origem avançou sobre o mérito e assentou a legalidade da cobrança da THC2, sendo inviável, portanto, rever tal entendimento por força da eficácia preclusiva da coisa julgada. Além disso, a matéria fora objeto de prévia deliberação judicial no âmbito da Apelação n. 1014567-55.2018.8.26.0562, ocasião na qual a 14ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo reconheceu a validade da tarifa denominada *entrega postergada*, decidindo-se, incidentalmente, pela higidez da THC2;

iii) Arts. 156 e 371 do CPC/2015: “[...] não foi produzida qualquer prova nos autos que viesse a comprovar que a THC2 não teria custos substanciais. Portanto, sem nenhuma base probatória, os Julgadores ‘a quo’ se apegaram a deduções e ‘achismos’, como se tivessem conhecimentos técnicos dos custos das operações portuárias, mas, porém, certamente não as têm porque os Julgadores ‘a quo’ não são peritos judiciais. Ademais, ao decidir sem base nas provas dos autos, os vv. Acórdãos decidiram em clara supressão de instância, ofendendo o artigo 141, do CPC, uma vez que caber-lhe-ia ao E. Tribunal ‘a quo’ determinar a anulação da sentença para permitir a produção da prova técnica necessária para o julgamento da lide” (fl. 1.679e);

iv) Art. 141 do *codex*: “[...] tendo os vv. acórdãos recorridos reconhecido a existência de relação jurídica entre as partes, bem como a existência, ainda que ‘mínima’, dos serviços prestados, evidentemente, deveria ter julgado desprovida a apelação da recorrida. Entretanto, ao prover este apelo, os vv. acórdãos atacados alteram os limites propostos pelas partes, o que implica no julgamento extra petita da lide e ofensa ao princípio da congruência” (fls. 1.682/1.683e);

v) Arts. 12, VII, e 27, II, IV e VII, da Lei n. 10.233/2001: “[...] diante da clara competência regulatória atribuída à ANTAQ pela legislação federal citada, não há dúvidas que os vv. acórdãos atacados, ao proibirem a cobrança da THC2, estão ofendendo o mencionado artigo 27, II, IV e VII, da Lei Federal n. 10.233/2001, uma vez que é a própria ANTAQ o órgão competente para editar normas, definir tarifas e promover revisões e reajustes tarifários. Demais disto, é da competência da própria ANTAQ reprimir fatos e ações que configurem atentado à livre concorrência ou infrações de ordem econômica, como se denota do artigo 12, inciso VII, da Lei Federal n. 10.233/01 [...]. Nesse cenário, é evidente que os vv. arestos recorridos ofendem a legislação mencionada, haja vista que é da própria competência da ANTAQ reprimir atos que configurem ofensa à livre concorrência, de modo que a cobrança da THC2 está baseada em estudos e tem por parâmetro garantir o recebimento de contraprestação pelos serviços de segregação e entrega de contêineres que são prestados pelos operadores portuários” (fls. 1.686/1.687e);

vi) Arts. 342, I, e 493 do CPC/2015: o tribunal de origem não analisou direito superveniente capaz de influir no julgamento da controvérsia, notadamente a decisão proferida pelo Desembargador Federal Relator da

Apelação n. 1029714.56.2019.4.01.0000, mediante a qual revogada a concessão de efeito suspensivo ao recurso interposto contra sentença de primeiro grau declarando a nulidade do Despacho SG n. 07/2019, oriundo da Superintendência-Geral do CADE, suspendendo a proibição de cobrança da THC2 em face de recintos alfandegários independentes na zona de influência do Porto de Santos/SP.

Com contrarrazões (fls. 1.791/1.827e), o recurso foi admitido (fls. 1.957/1.958e).

Foi deferida tutela provisória de urgência para atribuir efeito suspensivo ao Recurso Especial, consoante decisão prolatada, em 30.6.2020, pelo Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho na TP n. 2.787/SP, com posterior redistribuição do incidente à 4ª Turma em virtude de declinação de competência.

À vista do entendimento firmado pela Corte Especial no CC n. 182.313/DF, o então Relator, o Sr. Ministro Antônio Carlos Ferreira, determinou o retorno dos autos a esta Primeira Turma (fls. 2.041/2.042e), sendo o processo a mim atribuído em 4.10.2023, nos termos do art. 71, § 1º, do RISTJ (fl. 2.048e).

Determinei a intimação da Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ e do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, solicitando intervenção no feito, na qualidade de *amici curiae*, nos moldes do art. 138 do CPC/2015 (fls. 2.051/2.052e).

Petição da Recorrida às fls. 2.059/2.162e noticiando a existência de entendimentos administrativos e judiciais a ela favoráveis.

Manifestação do CADE e da ANTAQ às fls. 2.165/2.174e e 2.242/2.271e, respectivamente.

A Recorrente se pronunciou às fls. 2.175/2.188e, rebatendo as alegações da Recorrida.

É o relatório.

VOTO

A EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA REGINA HELENA COSTA (Relatora):

De acordo com o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 9.3.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Assim sendo, *in casu*, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.

I. Da competência das Turmas de Direito Público

Inicialmente, registro a competência das Turmas integrantes da Primeira Seção para apreciar a matéria em debate, pois a Corte Especial assentou

compreensão de que, nos recursos especiais interpostos nos autos de ação declaratória entre pessoas privadas e cujo objeto consiste em declarar a inexigibilidade da *Terminal Handling Charge 2 – THC2*, prepondera temática atinente a Direito Público, independentemente da integração de agências reguladoras ao contraditório (cf. CC n. 182.313/DF, Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, j. 16.8.2023, DJe 26.9.2023).

No caso, cuida-se de demanda aviada por pessoa jurídica qualificada como *terminal retroportuário*, objetivando afastar a cobrança da THC2, tarifa exigida por *operador portuário* situado no Porto de Santos/SP como condição para a segregação e entrega de contêineres provenientes do exterior, viabilizando-se, por conseguinte, a apreciação do recurso por este colegiado.

II. Da suscitada negativa de prestação jurisdicional

Quanto à alegada ofensa aos arts. 489, § 1º, I, II, III, IV e VI, e 1.022, *caput*, I e II, parágrafo único, II, todos do Código de Processo Civil de 2015, ao prolatar o acórdão recorrido, a Corte de origem efetuou detida análise da competência regulatória da ANTAQ constante da Lei n. 10.233/2001, assentando, ainda, a submissão de tal atribuição à legislação antitruste, nos seguintes termos (fls. 1.456/1.457e):

No que diz respeito especificamente à ANTAQ, criada pela Lei 10.233/2001, foi conferida a competência geral de regulamentação dos setores de “navegação fluvial, lacustre, de travessia, de apoio marítimo, de apoio portuário, de cabotagem e de longo curso” e sobre “os portos organizados e as instalações portuárias neles localizadas” (art. 23, incisos I e II) e, em especial, no que interessa para ao presente litígio, o poder de “promover as revisões e os reajustes das tarifas portuárias” (artigo 24, inciso VII).

O controle das tarifas é uma atividade tipicamente regulatória e tem por objetivo garantir o acesso da população a bens e serviços essenciais, mitigando o poder de mercado das empresas concessionárias de serviço público, o que é bastante relevante tendo em conta o quadro geral de baixa concorrência e virtual monopólio.

Embora este poder constitua uma poderosa ferramenta de intervenção nas forças naturais do livre mercado, possibilitando uma alteração substancial do equilíbrio concorrencial, o seu uso não exime as agências reguladoras de observar a legislação antitruste. O órgão regulador deve, portanto, proceder a uma adequada integração da norma regulatória com a legislação de concorrência, conciliando-as, de modo a garantir uma prestação satisfatória do serviço público regulado (destaques meus).

Do mesmo modo, ausente omissão a respeito da inclusão da THC2 na denominada *Box Rate*, matéria expressamente analisada no voto condutor do acórdão impugnado (fls. 1.450/1.465e):

Conforme já visto, quando é o operador portuário quem presta o serviço de armazenagem alfandegária, o serviço de transporte horizontal está incluído na tarifa “Box Rate”.

Contudo, quando a carga é entregue ao terminal retroportuário, diversa é a regulamentação instituída pela ANTAQ. Sua resolução nº 2389/2012, que estabelece os parâmetros a serem observados no serviço de movimentação e armazenagem de contêineres em instalações de uso público 3 nos portos organizados, define “Box Rate” em seu artigo 2º, inciso VI, como o “preço cobrado pelo serviço de movimentação das cargas entre o portão do terminal portuário e o portão da embarcação, incluída a guarda transitória das cargas até o momento do embarque, no caso da exportação, ou entre o portão da embarcação e sua colocação na pilha do terminal portuário, no caso da importação”.

[...]

Deixando clara a sua opção pela limitação do alcance da tarifa, a ANTAQ, no artigo 9º da mesma resolução, estabeleceu 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 do THC, salvo previsão contratual em sentido diverso”. E conclui, no parágrafo único do supracitado artigo, que caberá à Autoridade Portuária (a CODESP na hipótese do Porto de Santos) estabelecer o preço máximo cobrados por esse serviço.

[...]

Ademais, conforme já esclarecido no capítulo que tratou da existência de efetiva prestação de serviço de transporte vertical, o próprio órgão técnico da ANTAQ concluiu pela inexistência de diferença substancial (em termo de custos e prestação de serviços) entre a entrega dos contêineres ao terminal retroportuário ou ao recinto alfandegário pertencente ao próprio operador portuário, de modo que, em relação a este último, inexistente remuneração específica pelo serviço de transporte horizontal, que, é, portanto, diluído na remuneração obtida pelo operador portuário, a “Box Rate”.

Ora, tendo em perspectiva que a “Box Rate” remunera o serviço de transporte horizontal quando este é prestado pelo próprio operador portuário, a cobrança de outra tarifa (THC2), na hipótese do transporte horizontal ocorrer em favor do retroporto, ainda que a preço de custo, implica numa dupla remuneração pelo mesmo serviço, com reflexo direito na formação de preço, elevando-o em relação aos concorrentes, ao mesmo tempo em que, a custos deles, o diminui quando cobrado pelo operador.

Na mesma linha, no acórdão mediante o qual apreciados os Embargos de Declaração, o tribunal *a quo* examinou e rechaçou integralmente as teses concernentes à (i) modificação do cenário regulatório com a vigência da Resolução ANTAQ n. 34/2019; (ii) aplicabilidade de julgados anteriores prolatados pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo ao caso; e (iii) ausência de produção probatória a embasar as conclusões então alcançadas, *in verbis* (fls. 1.637/1.638e):

Os argumentos expostos nas dezenove páginas dos embargos de declaração somados aos 100 documentos juntados com o recurso evidenciam que, a pretexto de ter sido o acórdão omissivo, a embargante busca apenas rediscutir o acerto da decisão, demonstrando seu inconformismo com o resultado, o que não é passível de reexame pelas vias dos embargos.

Com efeito, a turma julgadora tomou sua decisão com base em documentos constantes nos autos, os quais foram submetidos ao

contraditório e foram suficientes para embasar as conclusões alcançadas. A Corte também foi suficientemente clara sobre os motivos pelos quais entendeu que a ANTAQ deve observar o direito concorrencial em suas regulações, o que não ocorreu na espécie, de modo que a autorização de cobrança da tarifa em questão é ilegal, sendo absolutamente indiferente que uma nova norma infra-legal tenha reiterado essa possibilidade.

Ressalto que não há qualquer contradição no reconhecimento da prestação de serviço 'ainda que mínimo' constante na fundamentação do acórdão com o dispositivo que reconhece a inexigibilidade da cobrança, sendo irrelevante nessa circunstância o debate sobre a existência ou não de relação jurídica entre as partes.

Por fim, a jurisprudência colacionada pela embargante com conclusões que lhe são favoráveis não resultam em nenhuma omissão, ressaltando-se que as decisões proferidas por esta Câmara nos agravos de instrumentos mencionados foram feitas em análise sumária, a fim de decidir pedido de tutela de urgência, não vinculando o resultado do julgamento quando da análise aprofundada da controvérsia.

De outra parte, ainda que ausente expressa referência à anulação da decisão do CADE no voto condutor do acórdão recorrido, tal fato, por si só, não configura omissão, porquanto o entendimento da autarquia antitruste foi invocado apenas como reforço de fundamentação.

Dessarte, relativamente a tais matérias, não verifico a presença de vícios integrativos acerca de questão essencial ao deslinde da controvérsia e oportunamente suscitada, tampouco de outra mácula a impor a revisão do julgado.

Consoante o art. 1.022 do Código de Processo Civil de 2015, cabe a oposição de embargos de declaração para: *i)* esclarecer obscuridade ou eliminar contradição; *ii)* suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento; e *iii)* corrigir erro material.

A omissão, definida expressamente pela lei, ocorre na hipótese de a decisão deixar de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento.

O Código de Processo Civil considera, ainda, omissa, a decisão que incorra em qualquer uma das condutas descritas em seu art. 489, § 1º, no sentido de não se considerar fundamentada a decisão que: *i)* se limita à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; *ii)* emprega conceitos jurídicos indeterminados; *iii)* invoca motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; *iv)* não enfrenta todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; *v)* invoca precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes, nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; e *vi)* deixa de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Sobreleva notar que o inciso IV do art. 489 do Código de Processo Civil de 2015 impõe a necessidade de enfrentamento, pelo julgador, dos argumentos que possuam aptidão, em tese, para infirmar a fundamentação do julgado embargado (cf. EDcl no AgInt nos EAREsp n. 1.991.078/SP, Relator Ministro Francisco Falcão, Corte Especial, j. 9.5.2023, DJe 12.5.2023).

E depreende-se da leitura do acórdão integrativo que, especificamente acerca de tais pontos, a controvérsia foi examinada de forma satisfatória, mediante apreciação da disciplina normativa aplicável ao caso.

O procedimento encontra amparo em reiteradas decisões no âmbito desta Corte Superior, de cujo teor merece destaque a rejeição dos embargos declaratórios uma vez ausentes os vícios do art. 1.022 do Código de Processo Civil de 2015 (v.g. EDcl no AgInt nos EAREsp n. 1.990.124/MG, Relator Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, CORTE ESPECIAL, DJe 14.8.2023; EDcl no AgInt nos EDcl nos EDcl nos EDcl no REsp n. 1.745.723/RJ, Relator Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe 7.6.2023; e EDcl no AgInt no AREsp n. 2.124.543/RJ, Relatora Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, DJe 23.5.2023).

Passo, então, ao exame da admissibilidade recursal.

III. Da admissibilidade do Recurso Especial

Relativamente à questão de cerceamento de defesa, por ausência de elementos de convicção a embasar as conclusões alcançadas pelo tribunal *a quo*, mister salientar que, em primeira instância, após ser intimada para postular pela produção probatória (fl. 941e), a Recorrente indicou não ter “[...] mais provas a produzir, requerendo outrossim, o julgamento antecipado da lide, nos termos do art. 330, I, do CPC, por se tratar de matéria puramente de direito” (fl. 947e), alegação reiterada na manifestação de fls. 1.008/1.015e e nas contrarrazões ao apelo interposto contra a sentença originária (fls. 1.060/1.086e).

Assim, operou-se a preclusão lógica, descabendo, portanto, conhecer da suposta contrariedade aos arts. 156 e 371 do CPC/2015, uma vez que a Recorrente não pleiteou a realização de exame pericial em momento oportuno (cf. AgInt na TutPrv no REsp n. 1.880.265/RJ, Relator Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, j. 24.11.2020, DJe 30.11.2020; AREsp n. 1.397.825/GO, Relator Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, j. 16.6.2020, DJe 18.6.2020).

A par disso, o tribunal de origem, após minucioso exame dos elementos fáticos contidos nos autos, consignou que “[...] a turma julgadora tomou sua decisão com base em documentos constantes nos autos, os quais foram submetidos ao contraditório e foram suficientes para embasar as conclusões alcançadas” (fl. 1.637e).

In casu, rever tal entendimento, com o objetivo de acolher a pretensão recursal, demandaria necessário revolvimento de matéria fática, o que é inviável em sede de recurso especial, à luz do óbice contido na Súmula n. 7 desta Corte (cf. AgInt no AREsp n. 2.294.049/BA, Relator Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, j. 14.8.2023, DJe 16.8.2023; AgInt nos EDcl no REsp n. 1.947.613/SP, Relator Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, j. 20.6.2022, DJe 22.6.2022).

No que concerne à suscitada ofensa ao princípio da congruência, decorrente da prolação de decisão *extra petita*, bem como em relação ao suposto desprezo de fato novo consistente na repristinação dos efeitos de sentença judicial anulando a condenação imposta pelo CADE no Processo Administrativo n. 08700.000351/2019-53, verifico a carência de prequestionamento, porquanto matéria não submetida às instâncias ordinárias.

Com efeito, o requisito do prequestionamento pressupõe prévio debate da questão pelo tribunal de origem, à luz da legislação federal indicada, com emissão de juízo de valor acerca dos dispositivos legais apontados como violados.

No caso, malgrado a oposição de Embargos Declaratórios, a Corte local não analisou, ainda que implicitamente, a aplicação dos arts. 141, 342, I, e 493 do Código de Processo Civil de 2015, incidindo, na espécie, o óbice contido na Súmula n. 211 desta Corte, a teor do qual "[i]nadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*".

De outra parte, as demais questões federais, debatidas à vista dos arts. 502, 503, 505 e 507 do CPC/2015, bem como dos arts. 12, VII, e 27, II, IV e VII, da Lei n. 10.233/2001, foram satisfatoriamente prequestionadas, estando o Recurso Especial hígido para julgamento, porquanto presentes os pressupostos de admissibilidade e ausentes outras questões prejudiciais e/ou preliminares a serem examinadas.

Com efeito, não obstante da oposição de recurso integrativo, a Corte *a quo* não se manifestou acerca da aplicação dos arts. 502, 503, 505 e 507 do estatuto processual, bem como sobre a apontada inviabilidade de rediscutir questões previamente apreciadas na Apelação n. 1014567-55.2018.8.26.0562 e nos Agravos de Instrumentos ns. 2019172-06.2014.8.26.0000 e 211124412.2014.8.26.0000, violando, especificamente quanto ao ponto, o disposto no art. 1.022 do CPC/2015.

À vista disso, configurou-se o denominado prequestionamento ficto previsto no art. 1.025 do *codex*, vale dizer, aquele que se consuma "[...] com a mera oposição de aclaratórios, sem que o Tribunal *a quo* tenha efetivamente emitido juízo de valor sobre as teses debatidas" (cf. AgRg no REsp 1.514.611/PR, Relator Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, j. 7.6.2016, DJe 21.6.2016).

Anote-se que, na linha da orientação adotada por este Superior Tribunal,

somente se pode considerar fictamente prequestionada a matéria alegada – de forma clara, objetiva e fundamentada – se reconhecida a violação ao art. 1.022 do CPC/2015, como ocorreu no caso em tela (cf. REsp n. 1.878.849/TO, Relator Ministro MANOEL ERHARDT, Desembargador Convocado do TRF5, PRIMEIRA SEÇÃO, j. 24.2.2022, DJe 15.3.2022; AgInt no REsp n. 1.664.063/RS, de minha relatoria, PRIMEIRA TURMA, j. 9.9.2017, DJe 27.9.2017; AgInt no AREsp n. 1.017.912/RS, Relatora Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, j. 3.8.2017, DJe 16.8.2017).

Convém assinalar, outrossim, que o exame da pretensão veiculada no Recurso Especial, relativamente a tais matérias, não demanda reexame fático-probatório, pois todos os aspectos factuais e processuais estão clara e suficientemente delineados no acórdão recorrido.

Do mesmo modo, anote-se ter a Corte a *qua* dirimido a controvérsia com arrimo em fundamentos infraconstitucionais.

Assim, prossigo com a análise do recurso, principiando pela tese cujo eventual acolhimento redundaria na extinção do processo sem exame do mérito.

IV. Ausência de coisa julgada ou preclusão a obstar incursão sobre o mérito

Nos termos do art. 502 do CPC/2015, denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso, cuja razão subjacente diz com o princípio da segurança jurídica, notadamente na perspectiva da estabilização das relações jurídicas após sua apreciação pelo Estado-juiz em caráter definitivo.

Além disso, consoante dicção dos arts. 503, *caput*, e 504, I, do estatuto processual, a *res judicata* abrange apenas a questão principal expressamente decidida, não alcançando, por conseguinte, a fundamentação adotada pelo órgão julgador, ainda que importante para determinar o alcance da parte dispositiva da decisão.

No entanto, a título excepcional, o § 1º do art. 503 do *codex* viabiliza a formação de coisa julgada sobre questão prejudicial incidentalmente resolvida, desde que (i) sua resolução seja imprescindível ao julgamento do mérito, (ii) a matéria tenha sido objeto de contraditório prévio e efetivo, e (iii) o juízo seja dotado de competência para decidi-la, *in verbis*:

Art. 503. A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida.

§ 1º O disposto no caput aplica-se à resolução de questão prejudicial decidida expressa e incidentalmente no processo, se:

I - dessa resolução depender o julgamento do mérito;

II - a seu respeito tiver havido contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia;

III - o juízo tiver competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal (destaque meu).

Importa destacar que tal regramento, o qual modificou substancialmente o regime jurídico alusivo à imutabilidade de matérias prejudiciais judicialmente apreciadas, constitui inovação legislativa inaugurada com a vigência do Código de Processo Civil de 2015. Atento a essa circunstância, o legislador determinou sua aplicabilidade apenas aos processos iniciados após a instituição do novo regime, como expressamente prevê o art. 1.054 do mencionado diploma normativo:

Art. 1.054. O disposto no art. 503, § 1º, somente se aplica aos processos iniciados após a vigência deste Código, aplicando-se aos anteriores o disposto nos arts. 5º, 325 e 470 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

Acerca do instituto em exame, destaco as lições de Humberto Theodoro Jr.:

Ao estender a coisa julgada à questão prejudicial, independentemente de pedido de declaração incidental formulado pela parte, o CPC/2015 (art. 503, § 1º) tornou questão principal, para efeito de estabelecimento dos limites objetivos da res iudicata, todas as questões de mérito cuja solução tenha sido, lógica e juridicamente, necessária para resolução do objeto litigioso do processo. Existe, em tal sistemática, questão principal formulada mediante o pedido da parte e questão tornada principal pela necessidade lógica de enfrentamento pelo julgador, na obra de construir a sentença de mérito (resolução do objeto litigioso deduzido pela parte). Não é mais possível, portanto, continuar defendendo a tese de que a imutabilidade e indiscutibilidade da sentença passada em julgado se restringe ao seu dispositivo, não alcançando as questões trazidas como fundamento do pedido, se sobre elas a parte não houve requerido a declaração judicial. Toda questão substancial a que se subordinou a solução do mérito da causa, com ou sem pedido da parte, entende-se alcançadas pela coisa julgada, se sem sua integração não for possível manter-se a situação estabelecida pela sentença para a composição definitiva do objeto litigioso do processo. (Curso de Direito Processual Civil. Vol. I. 64ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 987).

No caso, não verifico a presença de coisa julgada a obstar discussão judicial entre as partes a respeito da legalidade da cobrança da *Terminal Handling Charge 2 – THC2*.

Com efeito, ao contrário do alegado pela Recorrente, mister salientar a ausência de formação da *res judicata* decorrente do julgamento da Apelação n. 1014567-55.2018.8.26.0562, porquanto houve interposição de Recurso Especial e respectivo Agravo contra sua inadmissão, atualmente em trâmite nesta Corte sob a relatoria do Sr. Ministro Paulo Sérgio Domingues (AREsp n. 1.869.559/SP).

A par disso, na mencionada demanda, discute-se a validade de tarifa diversa, denominada *entrega postergada*, cobrada em razão da retirada de contêineres em horário distinto dos disponibilizados pelo *operador portuário*, ao passo que, no caso presente, debate-se acerca da THC2, instituída para custear o serviço de segregação e

entrega de bens provenientes do exterior, tratando-se, portanto, de questões díspares.

Ressalte-se, outrossim, que não obstante o voto condutor da Apelação n. 1014567-55.2018.8.26.0562 tenha apontado, a título incidental, a legitimidade da THC2, tal discussão não era imprescindível à análise da legalidade da *entrega postergada*, porquanto valores com finalidades distintas, sendo invocada apenas a título de *obiter dictum*, de acordo com o seguinte trecho do voto condutor do sobredito julgamento, devidamente transcrito nas razões do Recurso Especial (fl. 1.645e):

Note-se, inicialmente, que não é correta a assertiva da autora de que o douto Magistrado teria tratado o presente caso como cobrança da tarifa denominada 'THC2', porquanto infere-se claramente da fundamentação da r. sentença recorrida que refere-se tanto a referida tarifa como também àquela denominada como 'entrega postergada', vindo a reconhecer a legitimidade de sua cobrança na medida em que reconhece também a legitimidade da cobrança da 'THC2'.

...

Note-se, outrossim, que a legitimidade da cobrança da tarifa denominada 'THC2', já foi reconhecida no julgamento da Apelação n. 0009820-26.2011.8.26.0562, da Comarca de Santos, perante esta Câmara, sob a relatoria da eminente Desembargadora Lígia Araújo Bisogni, que em que pese se refira a tarifa de natureza distinta da que é aqui discutida, é invocada a título de reforço de argumentação, tal como mencionado, inclusive, pelo douto Magistrado na r. sentença recorrida (destaque meu).

De igual modo, é impertinente a tese consoante a qual o trânsito em julgado dos Agravos de Instrumento ns. 2019172-06.2014.8.26.0000 e 211124412.2014.8.26.0000 impediria o exame do mérito, uma vez que, à vista das conclusões abraçadas pelo tribunal de origem, “[...] as decisões proferidas por esta Câmara nos agravos de instrumentos mencionados foram feitas em análise sumária, a fim de decidir pedido de tutela de urgência, não vinculando o resultado do julgamento da análise aprofundada da controvérsia” (fl. 1.638e).

De fato, ambos os recursos foram interpostos contra decisões de primeiro grau indeferindo o pedido liminar de suspensão da cobrança da THC2 pela Recorrente, pronunciamentos judiciais mantidos pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo sob o fundamento de que seria impertinente, na via estreita da antecipação de tutela, afastar a exigibilidade de tarifa amparada em atos editados pela agência reguladora do setor de transportes aquaviários. Na ocasião, o Sr. Desembargador Relator ressaltou que, “[...] tratando-se de direito cujo reconhecimento em fase de cognição superficial conduziria à própria solução integral do litígio, produzindo eficácia de sentença de mérito, inviável sua outorga pela via da tutela antecipada, sob pena de violação à garantia constitucional do devido processo” (fls. 811e, 953e e 1.134e).

Dessarte, como as mencionadas decisões foram objeto de mero juízo perfunctório a respeito da presença dos requisitos necessários ao deferimento da tutela

antecipada, sua preclusão não impede o estabelecimento de diretriz hermenêutica diversa quando da apreciação dos pedidos formulados na petição inicial mediante cognição exauriente.

Por oportuno, ressalto que, a despeito de invocada, em sede de memoriais disponibilizados ao meu gabinete no dia 4.3.2024, a existência de coisa julgada formada em ação civil pública na qual reconhecida a higidez da THC2, tal alegação não influencia o deslinde da presente controvérsia.

Isso porque, embora no Processo n. 9139157-20.2009.8.26.0000 – atualmente em trâmite nesta Corte sob relatoria do Sr. Ministro Mauro Campbell Marques (REsp n. 1.399.761/SP) – a 37ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo tenha reconhecido a ausência de violação à ordem econômica na cobrança da THC2, *o pedido veiculado na ação coletiva foi julgado improcedente, não induzindo, portanto, coisa julgada relativamente às ações individuais, à vista dos §§ 1º e 3º do art. 103 do Código de Defesa do Consumidor.*

A par disso, ainda pendente discussão sobre a existência de trânsito em julgado da mencionada demanda, porquanto o REsp n. 1.399.761/SP foi, inicialmente, distribuído ao Sr. Ministro Herman Benjamin, tendo Sua Excelência negado provimento à insurgência mediante decisão monocrática proferida em 5.10.2015. Posteriormente, o então Relator declarou-se impedido para atuar no feito, anulando-se o *decisum* anterior. Interposto Agravo Interno, a 2ª Turma reconheceu a higidez do ato impugnado, remetendo-se, em seguida, os autos ao Sr. Ministro Francisco Falcão para análise dos demais incidentes.

Conquanto, posteriormente, a 2ª Turma tenha prolatado acórdão no qual registrado que “[...] já foi prolatada a decisão que julgou o recurso especial interposto, sem que contra ela fosse interposto qualquer outro recurso, evidenciado seu trânsito em julgado” (AglInt nos EDcl na Pet no REsp n. 1.399.761/SP, j. 19.9.2022), ulteriormente, o Sr. Ministro Francisco Falcão averbou sua suspeição, estando o caso concluso para deliberações do atual relator, Sr. Ministro Mauro Campbell Marques, havendo, portanto, dúvidas a respeito da efetiva existência de trânsito em julgado.

Ademais, inobstante a Recorrente mencione o entendimento firmado pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região em caso envolvendo as mesmas partes e com objeto idêntico, há ao menos dois óbices ao acolhimento dessa alegação.

Primeiramente, a **MARIMEX DESPACHOS, TRANSPORTES E SERVIÇOS LTDA.**, ora Recorrida, não integrou o Processo n. 1005826-43.2019.4.01.3400 como autora ou ré. Em verdade, postulou sua intervenção no feito como assistente do polo passivo, composto unicamente pelo CADE, pleito indeferido em primeira e segunda instâncias, razão pela qual não há como concluir que figurou como parte.

Além disso, naquele feito – ainda pendente de conclusão em razão da

oposição de aclaratórios em face do acórdão de segundo grau –, a matéria controvertida diz com a higidez de medida preventiva proferida pela Superintendência-Geral do CADE obstando a cobrança de THC2 pela Recorrente, deliberação administrativa de cunho precário e adotada com amparo no art. 84 da Lei n. 12.529/2011, não impedindo, por isso, decisão de mérito por parte da autarquia de defesa da competitividade, tampouco manifestação judicial em demanda aviada pela ora Recorrida.

Tais apontamentos, trazidos à cognição judicial em sede de memoriais, não interferem na conclusão ora apresentada, pois igualmente não denotam a existência de coisa julgada a obstar incursão sobre o mérito.

Ausente ofensa aos arts. 502, 503, 504, I e 507 do CPC/2015, passo ao exame do mérito propriamente dito.

V. Contornos da lide e delimitação da controvérsia

Na origem, cuida-se de demanda ajuizada pela **MARIMEX DESPACHOS, TRANSPORTES E SERVIÇOS LTDA.** em face da **EMBRAPORT – EMPRESA BRASILEIRA DE TERMINAIS PORTUÁRIOS S.A.**, buscando a declaração de ausência de relação jurídica entre as partes a embasar a exigibilidade da denominada *Terminal Handling Charge 2 – THC2* (fls. 1/23e).

Segundo a inicial, não há amparo legal para a cobrança da mencionada tarifa, pelos seguintes argumentos: *i*) nas transações relativas à importação de bens estrangeiros mediante transporte aquaviário, os *operadores portuários* são remunerados por meio do pagamento da *Terminal Handling Charge – THC*, a qual abrange os serviços de movimentação ou armazenagem de mercadorias, configurando a instituição da *Terminal Handling Charge 2 – THC2* duplo pagamento por único serviço; *ii*) carência de relação jurídica entre a pessoa jurídica qualificada como *porto seco* e os *operadores portuários* a legitimar a exigibilidade da THC2, uma vez que, além de não haver acordo de vontades para o estabelecimento do montante a ser pago, ausente prestação de serviço distinto do já remunerado pela *Terminal Handling Charge – THC*; e *iii*) a THC2 constitui preço anticompetitivo, porquanto implica, por parte dos *operadores portuários*, imposição unilateral de custos em desfavor dos *portos secos*, atores que concorrem diretamente no mercado de armazenamento de mercadorias estrangeiras até o respectivo desembarço aduaneiro.

Em primeira instância, o pedido foi julgado improcedente, adotando-se compreensão segundo a qual “[...] a THC2 (SSE) tem fundamento em serviço existente, que implica custo não remunerado pela THC (box rate), correspondendo à movimentação do contêiner do porão do navio até a pilha comum do terminal,

consoante vem muito bem esclarecido na resposta da ré”, mencionando-se, ainda, que “[...] a autora, um TRA, depende desse serviço, que, se for prestado pela ré – operadora portuária –, à medida, enfim, que implica custo adicional, deflagra a respectiva remuneração, à qual se dá o nome de THC2 – que, pois, não se confunde com a THC ou a com a box rate” (fl. 1.018e).

No julgamento de Apelação, o tribunal de origem deu provimento ao recurso e julgou procedente o pedido, assentando a orientação, amparada em entendimento administrativo do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE quanto à incidência da Lei n. 12.529/2011 em setores regulados, no sentido de que: a) a despeito de a THC2 encontrar sustentação em atos infralegais editados pela ANTAQ com base na competência regulamentar outorgada pela Lei n. 10.233/2001, o exercício de tal prerrogativa subordina-se às normas protetivas da concorrência consubstanciadas na legislação antitruste; b) “[...] com a possibilidade de livre cobrança da THC2, o operador portuário possui o poder de impor preços que dificultem ou impeçam o acesso de seus concorrentes a um insumo essencial da atividade econômica, circunstância inegavelmente apta a prejudicar a concorrência no mercado de armazenagem alfandegária, mediante a elevação artificial do preço dos concorrentes” (fl. 1.462e); c) a exigibilidade da tarifa em exame consiste na prática antitruste denominada de *price squeeze*, consistente na conduta de agente econômico em posição dominante de aumentar o preço de insumos essenciais à atividade de concorrente direto, sem incremento de custos próprios, revelando nítido exercício abusivo de poder no mercado de armazenamento de cargas importadas; d) o reconhecimento da ilegalidade da THC2 não é infirmado em razão da possibilidade de instituição de teto para sua cobrança, pois “[...] o simples fato dos operadores portuários aumentarem os custos de seus concorrentes altera o equilíbrio de mercado, permitindo-lhes cobrar preços mais competitivos dos importadores ou aumentar sua margem de lucro. O equilíbrio somente poderia ser mantido se o órgão regulador conseguisse a proeza de fixar a THC2 no valor exato do seu custo, de modo a fazer com que o operador portuário não obtivesse nem lucro nem prejuízo com o serviço de segregação e entrega, o que, ao meu ver, é de impossível operacionalização e, portanto, não de ser considerada como opção” (fl. 1.464e); e e) “[...] tendo em perspectiva que a ‘Box Rate’ remunera o serviço de transporte horizontal quando este é prestado pelo próprio operador portuário, a cobrança de outra tarifa (THC2), na hipótese do transporte horizontal ocorrer em favor do retroporto, ainda que a preço de custo, implica numa dupla remuneração pelo mesmo serviço, com reflexo direto na formação de preço, elevando-o em relação aos concorrentes, ao mesmo tempo em que, a custos deles, o diminui quando cobrado pelo operador” (fl. 1.465e).

Opostos aclaratórios, o recurso foi rejeitado (fls. 1.635/1.638e).

Remarque-se que, no Recurso Especial, a *Recorrente* não se insurge a respeito do aspecto anticoncorrencial da THC2 em si – deixando, portanto, de impugnar o suposto malferimento a regramentos antitruste constantes da Lei n. 12.529/2011 –, mas, tão somente, quanto à vulneração das atribuições da ANTAQ no tocante à edição de normas regulamentares destinadas a promover a competitividade. Vale dizer, de acordo com os parâmetros do efeito devolutivo delimitado nas razões recursais, o debate restringe-se à suposta ilegitimidade da THC2 frente às regras protetivas da ordem econômica, sem incursão sobre perspectivas concorrenciais propriamente ditas, tema cuja análise escapa à cognição recursal.

Assim, o cerne da controvérsia submetida a este Tribunal Superior reside em definir, à vista da competência normativa conferida pelos arts. 12, VII, e 27, II, IV e VII, da Lei n. 10.233/2001, se a previsão de cobrança da Terminal Handling Charge 2 – THC2, autorizada em atos infralegais editados pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ, afasta a aplicação das normas protetivas da competitividade estampadas na Lei n. 12.529/2011, especialmente quanto às atribuições do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE em matéria de infrações antitruste, tema inédito nesta Corte.

VI. Moldura normativa sobre a importação de mercadorias mediante transporte aquaviário

Inicialmente, importa consignar que, a par do delineamento dos atores envolvidos nas transações ensejadoras da exigência da tarifa sob escrutínio, o deslinde da querela pressupõe o exame de conceitos amparados em uma plêiade de instrumentos normativos, sobretudo para a correta compreensão da dinâmica comercial sobre as quais incide a legislação de regência.

Nesse sentido, em operações de importação de cargas provenientes do exterior, após a celebração de contrato de compra e venda entre *importador* e *exportador*, os bens são trasladados ao território nacional mediante transporte aquaviário a cargo de um *armador*, qualificado pelo art. 2º, III, da Lei n. 9.537/1997 como a “[...] pessoa física ou jurídica que, em seu nome e sob sua responsabilidade, apresta a embarcação com fins comerciais, pondo-a ou não a navegar por sua conta”.

Quando de sua chegada às águas territoriais brasileiras, o navio empregado pelo *armador* atraca em um *porto organizado*, compreendido como o “[...] bem público construído e aparelhado para atender a necessidades de navegação, de movimentação de passageiros ou de movimentação e armazenagem de mercadorias, e cujo tráfego e operações portuárias estejam sob jurisdição de autoridade portuária” (art. 2º, I, da Lei n. 12.815/2013).

Nos *portos organizados*, para efeito de deslocamento dos contêineres do

convés da embarcação até a área designada para o seu acondicionamento, o *armador* contrata um *operador portuário*, pessoa jurídica pré-qualificada pela autoridade competente, a quem incumbe, nos termos do art. 2º, XIII, da Lei n. 12.815/2013, “[...] exercer as atividades de movimentação de passageiros ou movimentação e armazenagem de mercadorias, destinadas ou provenientes de transporte aquaviário, dentro da área do porto organizado”.

Ressalte-se que a escolha do *operador portuário* para a descarga de mercadorias sujeita-se à deliberação do *armador* – e não do *importador* –, uma vez que, em um único trajeto, são transportados contêineres com cargas negociadas por adquirentes diversos, sendo economicamente inviável, por conseguinte, atribuir aos inúmeros destinatários a eleição do agente responsável pela movimentação dos bens nos *portos organizados*.

Em seguida, até a conclusão do desembaraço aduaneiro e a efetiva entrega dos bens ao adquirente, as mercadorias devem ficar acondicionadas, alternativamente e a critério do respectivo *importador*, em armazéns administrados pelos próprios *operadores portuários* na zona aduaneira primária (arts. 2º, XIII, da Lei n. 12.815/2013), ou, ainda, em instalações situadas na zona secundária, de propriedade de pessoas jurídicas qualificadas como *portos secos* (também denominados *Terminais Retroportuários Alfandegados – TRA* ou *retroportos*), as quais, na forma do art. 11 do Decreto n. 6.759/2009, consistem em “[...] recintos alfandegados de uso público nos quais são executadas operações de movimentação, armazenagem e despacho de bagagem, sob controle aduaneiro”.

Por essa razão, embora os *operadores portuários* atuem em caráter exclusivo no tocante à movimentação das cargas – caracterizando-se, nessa hipótese, uma espécie de monopólio ou oligopólio, a depender do *porto organizado* onde a atividade é exercida –, especificamente em relação ao serviço de armazenamento de bens oriundos do exterior até o efetivo desembaraço, exsurge espaço para competição entre tais agentes e os *retroportos*, porquanto cabe ao *importador* eleger o *player* responsável pela custódia da carga, com supedâneo em critérios econômicos próprios.

Em suma, vislumbra-se a seguinte sistemática no tocante às operações e aos atores envolvidos na importação de mercadorias mediante transporte aquaviário:

- i) formalização de contrato de compra e venda de mercadorias entre *importador* e *exportador*;
- ii) contratação do transporte da carga pelo *importador* junto ao *armador*;
- iii) eleição, pelo *armador*, do *operador portuário* responsável pela movimentação dos contêineres no *porto organizado*;
- iv) armazenagem das mercadorias, a critério do *importador*, em armazéns administrados por *operador portuário*, ou, ainda, por pessoa jurídica

qualificada como *porto seco*, até o desembaraço aduaneiro e entrega ao destinatário final.

Em cada uma dessas relações entre agentes econômicos incidem custos a serem arcados pelos respectivos contratantes, os quais, a par de se sujeitarem a contingências do mercado quanto à negociação de preços, subordinam-se às normas editadas pelas autoridades responsáveis pela regulação setorial, especialmente aquelas emanadas da Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ acerca da matéria em debate.

VII. Regulamentação da ANTAQ sobre as tarifas cobradas pelos operadores portuários

Com o término do monopólio da União concernente à construção, à administração e à exploração da infraestrutura portuária na década de 1990 – atividade até então exercida pela Empresa de Portos do Brasil S.A. (PORTOBRÁS), nos moldes da Lei n. 6.222/1975 –, sobreveio a gradual delegação desses serviços públicos à iniciativa privada, movimento iniciado com a vigência da Lei n. 8.630/1993, a qual dispunha sobre o regime jurídico dos portos organizados, posteriormente revogada mediante a promulgação da Lei n. 12.815/2013, que, atualmente, regula a exploração estatal direta e indireta das instalações portuárias, bem como as atividades desempenhadas pelos *operadores portuários*.

Por contingências próprias do setor – cujas características aproximam-se às figuras de monopólios ou oligopólios naturais no tocante à atividade de movimentação de bens oriundos do exterior, realizada pelos *operadores portuários* em um mesmo *porto organizado* –, as condições fáticas à execução de ações portuárias dificultavam a concorrência de elevado número de agentes econômicos, notadamente em razão dos vultosos investimentos para a aquisição da infraestrutura necessária ao desempenho das operações de atracação de navios e de carga e descarga de mercadorias.

Atento a essa circunstância, o legislador ordinário, além de assentar que a exploração dos portos organizados e instalações portuárias tem por objetivo aumentar a competitividade mediante estímulo à concorrência e à participação do setor privado (art. 3º, V, da Lei n. 12.815/2013), emprestou dirigismo estatal às ações de tais agentes, especialmente à luz da prescrição do art. 27 da Lei n. 12.815/2013 segundo a qual “[...] as atividades do operador portuário estão sujeitas às normas estabelecidas pela Antaq”.

Com efeito, a submissão das atividades dos *operadores portuários* às normas editadas pela ANTAQ deflui das funções exercidas pela agência reguladora, notadamente com amparo nas atribuições constantes dos arts. 20, II, *b*, e 27, IV, da Lei

n. 10.223/2001, assim expressos:

Art. 20. São objetivos das Agências Nacionais de Regulação dos Transportes Terrestre e Aquaviário:

[...]

II – regular ou supervisionar, em suas respectivas esferas e atribuições, as atividades de prestação de serviços e de exploração da infra-estrutura de transportes, exercidas por terceiros, com vistas a:

[...]

b) harmonizar, preservado o interesse público, os objetivos dos usuários, das empresas concessionárias, permissionárias, autorizadas e arrendatárias, e de entidades delegadas, arbitrando conflitos de interesses e impedindo situações que configurem competição imperfeita, práticas anticompetitivas ou formação de estruturas cartelizadas que constituam infração da ordem econômica.

[...]

Art. 27. Cabe à ANTAQ, em sua esfera de atuação:

[...]

IV – elaborar e editar normas e regulamentos relativos à prestação de serviços de transporte e à exploração da infra-estrutura aquaviária e portuária, garantindo isonomia no seu acesso e uso, assegurando os direitos dos usuários e fomentando a competição entre os operadores (destaques meus).

À vista desses preceitos normativos, avulta a imanente função regulatória atribuída à ANTAQ, autarquia em regime especial (art. 21 da Lei n. 10.233/2001) dotada de poderes normativos para dispor sobre as atividades de prestação de serviços ligados às infraestruturas aquaviária e portuária, de modo a equalizar, de um lado, o interesse dos usuários e dos delegatários de serviços públicos, e, por outro, assegurar ambiente competitivo infenso a práticas anticoncorrenciais.

Remarque-se, ainda, a precisa delimitação legislativa dos contornos do poder normativo atribuído à ANTAQ pela Lei n. 10.233/2001, porquanto condicionado à edição de atos infralegais fomentadores da competição entre os agentes econômicos, inclusive proscrevendo situações que configurem competição imperfeita, práticas anticompetitivas ou formação de estruturas constitutivas de infrações à ordem econômica.

Diante de tal contexto, e objetivando estabelecer parâmetros regulatórios a serem praticados na prestação dos serviços de movimentação e armazenagem de contêineres nos portos organizados – inclusive no que pertine à remuneração do *operador portuário* por sua prestação –, editou-se, inicialmente, a Resolução ANTAQ n. 2.389/2012, a qual passou a delimitar vários conceitos atinentes à cobrança de tarifas pelos agentes envolvidos em transações relativas à importação de mercadorias em seu art. 2º, nos seguintes termos:

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

I - Autoridade Portuária: a Administração do Porto Organizado;

II - Porto Organizado: o 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;

III - Empresa de Navegação: prestador de serviço de transporte cujo objeto social é o transporte de bens ou pessoas por via aquaviária;

IV - Operador Portuário: a pessoa jurídica pré-qualificada para execução de operação portuária na área do porto organizado;

V - Clientes ou Usuários: importadores, exportadores, consignatários ou empresas de navegação;

VI - Cesta de Serviços (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 até o momento do embarque, no caso da exportação, ou entre o porão da embarcação e sua colocação na pilha do terminal portuário, no caso da importação, considerando-se, neste último caso, a inexistência de cláusula contratual que determine a entrega no portão do terminal;

VII - Taxa de Movimentação no Terminal (Terminal Handling Charge - THC): preço cobrado pelo serviço de movimentação de cargas entre o portão do terminal portuário e o costado da embarcação, incluída a guarda transitória das cargas até o momento do embarque, no caso da exportação, ou entre o costado da embarcação e sua colocação na pilha do terminal portuário, no caso da importação, considerando-se, neste último caso, a inexistência de cláusula contratual que determine a entrega no portão do terminal (destaques meus).

De acordo com essas disposições normativas, nos casos de importação, denominava-se Cesta de Serviços (ou *Box Rate*) o preço cobrado pelos *operadores portuários* em virtude do serviço de movimentação das cargas entre o *porão* da embarcação e sua alocação na *pilha do terminal portuário*, conceito amplo o qual abrange custos diversos, inclusive a Taxa de Movimentação no Terminal (*Terminal Handling Charge – THC*), exigida em razão do deslocamento de bens entre o *costado da embarcação* e sua disposição na área designada no terminal portuário.

Além desses valores, a Resolução ANTAQ n. 2.389/2012 facultava a estipulação de disposições distintas mediante previsão contratual, permitindo aos contratantes acordar que a *Box Rate* ou a *Terminal Handling Charge – THC* custeassem, a par dos serviços descritos no ato normativo, a movimentação dos contêineres até sua entrega no portão do terminal – e não apenas na pilha –, hipótese na qual descabia a instituição de novos valores pelos *operadores portuários*.

Posteriormente, sobrevieram as Resoluções ANTAQ ns. 34/2019 e 77/2022, aprovando novos parâmetros regulatórios a serem observados pelo setor regulado.

Nos moldes do novel regramento, a Cesta de Serviços (*Box Rate*) foi conceituada, na importação, como o preço cobrado pelo serviço de movimentação das cargas “[...] entre o porão da embarcação e sua colocação na pilha do terminal portuário” (art. 2º, III).

Por sua vez, a Taxa de Movimentação no Terminal (*Terminal Handling*

Charge – THC) foi qualificada como o valor decorrente da atividade de transferência de mercadorias “[...] entre o costado da embarcação e sua colocação na pilha do terminal portuário” (art. 2º, X).

A par disso, o art. 2º, IX, da Resolução ANTAQ n. 77/2022, previu, em acréscimo, uma nova tarifa, denominada de Serviço de Segregação e Entrega de Contêineres – SSE, igualmente referenciada como *Terminal Handling Charge 2 – THC2* :

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

[...]

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 (destaque meu).

Ainda de acordo com o art. 9º, *caput* e parágrafo único, do indicado ato normativo, o SSE (THC2) “[...] não faz parte dos serviços remunerados pela Box Rate, nem daqueles cujas despesas são ressarcidas por meio do THC, salvo previsão contratual em sentido diverso”, viabilizando-se à agência reguladora, no entanto, em caso de abuso em sua cobrança pelos *operadores portuários*, a fixação do “[...] preço máximo a ser cobrado a esse título, mediante prévio estabelecimento e publicidade dos critérios a serem utilizados para sua definição”.

Cumprе ressaltar, outrossim, a previsão de rol de condutas anticompetitivas no art. 8º da Resolução ANTAQ n. 72/2022, cuja verificação empírica autoriza a imposição de sanções às pessoas físicas ou jurídicas atuantes no mercado de exploração de infraestrutura portuária.

Em suma, no atual cenário regulatório, relativamente à importação de bens provenientes do exterior mediante transporte aquaviário, os valores exigidos para a prestação de serviços de movimentação, carga e descarga de contêineres foram especificados da seguinte maneira:

- i) Cesta de Serviços (Box Rate):* conceito amplo, abarcando todos os valores cobrados em decorrência das ações de deslocamento de cargas entre o *porão da embarcação* e sua disposição na *pilha* do terminal portuário;
- ii) Taxa de Movimentação no Terminal (Terminal Handling Charge – THC):* preço integrante da *Box Rate* e exigido pela movimentação da carga entre o *costado da embarcação* e sua colocação na *pilha* do terminal portuário;
- iii) Serviço de Segregação e Entrega de Contêineres – SSE ou Terminal Handling Charge 2 – THC2:* valor não abrangido pela Cesta de Serviços e

resultante da transferência dos bens entre a *pilha* e o *portão* do terminal portuário, ou, ainda, decorrente de serviços adicionais, tais como o de gerenciamento de itens perigosos ou o posicionamento da carga no veículo do importador ou de seu representante;

iv) Conquanto possível a exigência de SSE (THC2) pelos operadores portuários, permite-se à ANTAQ estipular teto para sua cobrança, caso verificados preços abusivos;

v) Em qualquer hipótese, viável aos contratantes estipular diretriz diversa no sentido de compreender que os serviços hodiernamente custeados pelo SSE (THC2) estariam igualmente abrangidos pela THC, hipótese na qual inviável a exigência de quantia suplementar para o traslado dos contêineres entre a pilha do terminal e o respectivo portão, ou, ainda, por quaisquer outros serviços adicionais.

Nesse contexto, o dilema reside no suposto cariz anticoncorrencial do SSE (THC2), uma vez que, segundo compreensão sufragada pela Recorrida e abraçada pelo tribunal de origem com fulcro na Lei n. 12.529/2011 – a qual dispõe sobre a prevenção e repressão de infrações à ordem econômica –, sua exigência pelos *operadores portuários*, caso da Recorrente, implica imposição unilateral de custos aos *retroportos* enquanto competidores diretos daqueles atores no subsequente mercado de armazenagem, limitando ou restringindo o acesso de novos *players* ao setor, notadamente à falta de serviços adicionais a ensejar a cobrança da indicada tarifa.

Essa diretriz parte do pressuposto de que aos *portos secos* seria imperioso o pagamento do SSE (THC2) como condicionante à liberação dos contêineres e seu ulterior acondicionamento, custo não suportado pelos *operadores portuários*, os quais, na qualidade de prestadores exclusivos do serviço de movimentação de cargas em terminais portuários e, igualmente, da guarda de bens até o desembarço, poderiam praticar preços excessivos voltados a reduzir a atuação dos *retroportos* nesse último mercado relevante, maximizando seus próprios lucros e comprimindo o dos demais competidores.

Assim, como destacado, a solução do dissenso demanda analisar se a previsão do SSE (THC2) em atos infralegais editados pela ANTAQ, com apoio na competência normativa atribuída pela Lei n. 10.233/2001, afasta a aplicação das regras de proteção da ordem econômica apontadas na Lei n. 12.529/2011, matéria cujo exame pressupõe investigação a respeito das interrelações entre as normas regulatórias e antitruste em matéria de defesa da concorrência.

VIII. Análise normativa acerca dos conflitos entre normas regulatórias e antitruste acerca da proteção da concorrência

De início, destaco que, nos termos dos arts. 173, § 4º, e 174, *caput*, da

Constituição da República, compete ao Estado, na forma da lei, a normatização e a regulação de atividades econômicas, inclusive mediante a adoção de medidas voltadas a reprimir o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

Especificamente quanto ao transporte aquaviário e à exploração de infraestruturas portuárias, os arts. 12, VII, 20, II, b, e 27, IV e XXX, da Lei n. 10.233/2001 conferem à Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ, além de competências normativas e regulatórias voltadas a conformar a atuação dos agentes econômicos a práticas que estimulem a competitividade, atribuições para reprimir fatos e ações caracterizadores de competição imperfeita ou infrações concorrenciais:

Art. 12. Constituem diretrizes gerais do gerenciamento da infra-estrutura e da operação dos transportes aquaviário e terrestre:

[...]

VII – reprimir fatos e ações que configurem ou possam configurar competição imperfeita ou infrações da ordem econômica.

[...]

Art. 20. São objetivos das Agências Nacionais de Regulação dos Transportes Terrestre e Aquaviário:

[...]

II – regular ou supervisionar, em suas respectivas esferas e atribuições, as atividades de prestação de serviços e de exploração da infra-estrutura de transportes, exercidas por terceiros, com vistas a:

[...]

b) harmonizar, preservado o interesse público, os objetivos dos usuários, das empresas concessionárias, permissionárias, autorizadas e arrendatárias, e de entidades delegadas, arbitrando conflitos de interesses e impedindo situações que configurem competição imperfeita, práticas anticompetitivas ou formação de estruturas cartelizadas que constituam infração da ordem econômica.

[...]

Art. 27. Cabe à ANTAQ, em sua esfera de atuação:

[...]

IV – elaborar e editar normas e regulamentos relativos à prestação de serviços de transporte e à exploração da infra-estrutura aquaviária e portuária, garantindo isonomia no seu acesso e uso, assegurando os direitos dos usuários e fomentando a competição entre os operadores;

[...]

XXX – fomentar a competição e tomar as medidas necessárias para evitar práticas anticoncorrenciais, especialmente no tocante à má-fé na oferta de embarcações que não atendam adequadamente às necessidades dos afretadores na hipótese prevista no inciso I do caput do art. 9º da Lei nº 9.432, de 8 de janeiro de 1997 (destaques meus).

De outra parte, a Lei n. 12.529/2011, a qual estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, instituiu o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE como autarquia judicante e cujo Tribunal Pleno foi dotado das

atribuições de zelar pela observância da legislação antitruste e de decidir sobre a existência de infrações à ordem econômica, como dispõem os seus arts. 1º, 4º, 5º, I, 9º, I, II e IV:

Art. 1º Esta Lei estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

[...]

Art. 4º O Cade é entidade judicante com jurisdição em todo o território nacional, que se constitui em autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal, e competências previstas nesta Lei.

Art. 5º O Cade é constituído pelos seguintes órgãos:

I - Tribunal Administrativo de Defesa Econômica;

[...]

Art. 9º Compete ao Plenário do Tribunal, dentre outras atribuições previstas nesta Lei:

I – zelar pela observância desta Lei e seu regulamento e do regimento interno;

II – decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas em lei;

[...]

IV – ordenar providências que conduzam à cessação de infração à ordem econômica, dentro do prazo que determinar (destaques meus).

À vista desses diplomas normativos, exsurge aparente antinomia no tocante à autoridade responsável pela tutela da concorrência nos setores de transporte aquaviário e de infraestrutura portuária, uma vez que, nos moldes da Lei n. 10.233/2001, caberia à ANTAQ reprimir condutas violadoras da ordem econômica em tais mercados, e, de outra parte, a Lei n. 12.529/2011 confere ao CADE a atribuição de zelar por sua observância e decidir sobre a existência de práticas anticompetitivas, de maneira ampla e sem quaisquer restrições.

Tal controvérsia diz com o regramento jurídico das interações entre as normas regulatórias e antitruste, bem como quanto às autoridades responsáveis por seu *enforcement*, notadamente em relação à preponderância de cada uma delas sobre a proteção da concorrência em mercados sobre os quais o Estado exerce imanente função diretiva, matéria sujeita ao poder de conformação legiferante atribuído ao legislador ordinário.

Para solução do dissenso hermenêutico em matéria de promoção da concorrência no setor regulado pela ANTAQ, impende destacar, inicialmente, as normas relativas às atribuições do Tribunal Administrativo de Defesa Econômica constantes dos arts. 9º, VIII e XIII, e 15, V, e 31 da Lei n. 12.529/2011, assim expressos:

Art. 9º Compete ao Plenário do Tribunal, dentre outras atribuições previstas nesta Lei:

[...]

VIII – requisitar dos órgãos e entidades da administração pública federal e requerer às autoridades dos Estados, Municípios, do Distrito Federal e dos Territórios as medidas necessárias ao cumprimento desta Lei;

[...]

XIII – requerer à Procuradoria Federal junto ao Cade a adoção de providências administrativas e judiciais;

[...]

Art. 15. Funcionará junto ao Cade Procuradoria Federal Especializada, competindo-lhe:

[...]

V – tomar as medidas judiciais solicitadas pelo Tribunal ou pela Superintendência-Geral, necessárias à cessação de infrações da ordem econômica ou à obtenção de documentos para a instrução de processos administrativos de qualquer natureza.

[...]

Art. 31. Esta Lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal (destaques meus).

Nos termos desses dispositivos, quando constatado o descumprimento da lei de defesa da concorrência por órgãos ou entidades da Administração Pública – as quais, à vista do destacado art. 31, submetem-se aos seus regramentos –, incumbe ao Tribunal do CADE requisitar às autoridades públicas federais, estaduais, distritais ou municipais o cumprimento da legislação antitruste, inclusive mediante o acionamento da Procuradoria Federal Especializada para a adoção das medidas judiciais ou administrativas pertinentes à solução da controvérsia.

Ainda, o § 2º do art. 9º da Lei n. 12.529/2011 dispõe que “[...] as decisões do Tribunal não comportam revisão no âmbito do Poder Executivo, promovendo-se, de imediato, sua execução e comunicando-se, em seguida, ao Ministério Público, para as demais medidas legais cabíveis no âmbito de suas atribuições”.

Dessarte, vislumbra-se que, sem embargo de a Lei n. 10.233/2001 determinar a atuação da ANTAQ em matéria de defesa da concorrência mediante a edição de atos normativos voltados a promover a competitividade no setor por ela regulado, o art. 31 da Lei n. 12.529/2011 submete o poder regulamentar da agência reguladora à observância das normas antitruste, cuja tutela foi atribuída, com primazia, ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, notadamente por meio da atuação de seu Tribunal Administrativo, órgão responsável por decidir, em caráter definitivo no âmbito do Poder Executivo, acerca da existência de infrações à ordem econômica e zelar pela aplicação da lei de defesa da concorrência, ressaltando-se, tão somente, o controle jurisdicional.

Ademais, mister consignar que a prevalência da legislação antitruste e da

orientação do CADE sobre a interpretação conferida pelos órgãos regulatórios setoriais a respeito da proteção da competitividade foi reforçada com a vigência da Lei n. 13.848/2019, a qual dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e controle social das agências reguladoras – inclusive da ANTAQ –, consoante prescrevem seus arts. 2º, VII, e 25 a 28:

Art. 2º Consideram-se agências reguladoras, para os fins desta Lei e para os fins da Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000:

[...]

VII - a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq);

[...]

Art. 25. Com vistas à promoção da concorrência e à eficácia na implementação da legislação de defesa da concorrência nos mercados regulados, as agências reguladoras e os órgãos de defesa da concorrência devem atuar em estreita cooperação, privilegiando a troca de experiências.

Art. 26. No exercício de suas atribuições, incumbe às agências reguladoras monitorar e acompanhar as práticas de mercado dos agentes dos setores regulados, de forma a auxiliar os órgãos de defesa da concorrência na observância do cumprimento da legislação de defesa da concorrência, nos termos da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011 (Lei de Defesa da Concorrência).

§ 1º Os órgãos de defesa da concorrência são responsáveis pela aplicação da legislação de defesa da concorrência nos setores regulados, incumbindo-lhes a análise de atos de concentração, bem como a instauração e a instrução de processos administrativos para apuração de infrações contra a ordem econômica.

§ 2º Os órgãos de defesa da concorrência poderão solicitar às agências reguladoras pareceres técnicos relacionados a seus setores de atuação, os quais serão utilizados como subsídio à análise de atos de concentração e à instrução de processos administrativos.

Art. 27. Quando a agência reguladora, no exercício de suas atribuições, tomar conhecimento de fato que possa configurar infração à ordem econômica, deverá comunicá-lo imediatamente aos órgãos de defesa da concorrência para que esses adotem as providências cabíveis.

Art. 28. Sem prejuízo de suas competências legais, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) notificará a agência reguladora do teor da decisão sobre condutas potencialmente anticompetitivas cometidas no exercício das atividades reguladas, bem como das decisões relativas a atos de concentração julgados por aquele órgão, no prazo máximo de 48 (quarenta e oito) horas após a publicação do respectivo acórdão, para que sejam adotadas as providências legais (destaques meus).

Esses preceitos reforçam orientação segundo a qual a articulação entre as normas regulatórias setoriais e a defesa da competitividade deve privilegiar a troca de experiências, reconhecendo, de um lado, a *expertise* das agências reguladoras acerca do setor submetido à intervenção estatal diretiva – inclusive por meio do fornecimento de subsídios técnicos a embasar as conclusões do CADE (art. 27) –, sem, no entanto, conferir isenção antitruste aos regramentos emanados do normatizador setorial, os quais devem se harmonizar à proteção da concorrência (art. 25).

Além disso, conquanto atribua-se às autarquias especializadas o dever de “[...] monitorar e acompanhar as práticas de mercado dos agentes dos setores regulados, de forma a auxiliar os órgãos de defesa da concorrência na observância do cumprimento da legislação de defesa da concorrência” (art. 26, *caput*) – especialmente comunicando o órgão competente quando constatada possível infração econômica (art. 27) –, *estatuí-se, de maneira expressa, incumbir ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC a aplicação da lei antitruste (art. 26, § 1º), referendando, por conseguinte, intelecção no sentido de submeter as disposições regulamentares setoriais ao crivo do Tribunal Administrativo do CADE, diretriz já cristalizada na Lei n. 12.529/2011.*

Assim, sob a ótica da Lei n. 12.529/2011, cujas prescrições foram reforçadas com a entrada em vigor da Lei n. 13.848/2019, *embora incumba à regulação setorial editar atos normativos destinados a fomentar a competitividade, não há, como regra, isenção antitruste no setor regulado, uma vez que a amplitude da atuação dos órgãos de defesa da concorrência determina a conformação da regulamentação dos mercados submetidos à direção estatal às práticas antitruste*, conferindo, portanto, primazia à atuação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC quanto à matéria.

Assentado o panorama normativo, prossigo com a análise doutrinária do tema em debate.

IX. Lineamentos doutrinários sobre as isenções antitruste e à articulação entre autoridades concorrenciais e setoriais

As discussões concernentes à incidência das normas de proteção da competitividade sobre mercados regulados perpassam a análise da existência das denominadas *isenções antitruste* no sistema jurídico; vale dizer, tal debate versa sobre a possibilidade de criação de zonas infensas à legislação de defesa da concorrência quando o Estado intervém sobre domínio econômico para normatizar as atividades desempenhadas por atores privados.

Sobre o tema, no direito estadunidense, foram desenvolvidas a *state action doctrine* e a *pervasive power doctrine* por sua Suprema Corte. Pela primeira concepção, criada no contexto do conflito entre autoridades federais de defesa da concorrência e entidades estaduais reguladoras do mercado, há isenção antitruste quando a decisão adotada pelo órgão normatizador decorre de uma política de substituição da competição pela regulação, desde que constatada a supervisão ativa do cumprimento dessas obrigações. A seu turno, para a segunda teoria, estatuída em conjuntura de embates entre agências federais setoriais e antitruste, somente é possível a criação de esferas não sujeitas às regras de proteção da ordem econômica quando o poder conferido ao ente regulador for *extenso* o bastante para afastar

qualquer outra competência ou, ainda, em hipótese na qual constatadas atribuições profundas o suficiente para aplicação das normas concorrenciais.

Menciono, nessa linha, as lições de Calixto Salomão Filho:

Essa relação entre poder regulamentar e direito antitruste tem sido recorrentemente discutida na casuística norte-americana. Duas tendências jurisprudenciais paralelas se destacam, cada qual ligada a importantes eventos da história política norma-americana.

a.1) State Action Doctrine: A primeira tendência decorre diretamente da própria natureza do federalismo norte-americano, que, ao atribuir relevante nível de autonomia aos Estados, frequentemente coloca em choque a autonomia estadual com a regulamentação antitruste de nível federal.

Para determinar se o ato dos governos estaduais conferia, ou não, imunidade à aplicação do direito antitruste desenvolveu-se a chamada State Action Doctrine, cuja melhor e mais recente formulação, sempre citada em decisões posteriores, foi dada pela Suprema Corte em California Retail Liquor Dealers Association vs. Midcal Aluminam Inc. ('Midcal'). Estabeleceram-se dois critérios básicos para determinar se a regulamentação estadual conferia, ou não, imunidade à aplicação do direito antitruste. Em primeiro lugar, é necessário que a decisão seja tomada ou a regulamentação expedida em consequência de uma política claramente expressa e definida de substituição da competição pela regulamentação. Não basta, portanto, que a lei dê poderes para determinação das variáveis empresariais básicas (preço e quantidade produzida). É necessário que ela claramente expresse a intenção de substituir a competição pela regulamentação.

Mas não é só. É necessário, ainda, que haja supervisão ativa (active supervision requirement) e constante do cumprimento das obrigações impostas pela regulamentação.

[...]

a.2) Pervasive Power Doctrine: A segunda tendência manifesta-se na análise das competências regulamentares das agências governamentais federais americanas. Não se trata, portanto, de discutir a competência dos Estados Federados para excluir a aplicação do direito antitruste. Trata-se – isto sim, - de verificar em que hipóteses a atribuição de competências a uma agência federal dotada de poderes regulamentares afasta a possibilidade de aplicação do direito antitruste.

[...]

Em uma primeira hipótese o poder do órgão é extenso o suficiente para afastar qualquer outra competência. Por 'poder extenso o suficiente' entende-se aquele poder que é conferido com o intuito de substituir o sistema concorrencial. O raciocínio é, portanto, idêntico ao desenvolvido para a elaboração do primeiro requisito da State Action Doctrine formulada em 'Midcal'.

[...]

A segunda hipótese é aquela em que, apesar de não dotado de extensão suficiente para aplicação do direito antitruste, o poder é profundo o bastante para fazê-lo. Nesta hipótese, o que ocorre é que o poder conferido à agência governamental independente já inclui a competência para aplicar a lei antitruste.

(Direito Concorrencial. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, pp. 198-200 – destaques meus).

A despeito da relevância das compreensões estadunidenses quanto à

matéria, é inadequado incorporá-las acriticamente ao contexto nacional, notadamente porque as mencionadas concepções foram desenvolvidas no âmbito do *common law*, sendo de rigor avaliar a pertinência de sua incidência em sistemas fundados no direito legislado e nos quais impera o princípio da legalidade, especialmente à luz do art. 5º, II, da Constituição da República.

Atento a essas circunstâncias, Floriano de Azevedo Marques Neto assenta que a interação entre as normas antitruste e regulatórias demanda investigação das regras positivadas, indicando, em seguida, a existência dos modelos de articulação complementar, supletiva, concorrente e coordenada entre ambas as esferas, nos seguintes termos:

II.9 As doutrinas cunhadas no direito americano, especialmente a partir da casuística submetida às Cortes daquele país, não tem muita utilidade entre nós. A meu ver, no sistema brasileiro, a articulação entre os órgãos de regulação geral e setorial deve ser buscada na lei. Quatro são os modos de articulação entre estas esferas de regulação.

II.9.1. O primeiro modo é a articulação complementar, pela qual as duas esferas de regulação se articulam com linhas nítidas de separação entre uma e outra competência regulatória. Tal linha de separação pode ser procedimental (um órgão atua numa determinada etapa da atuação antitruste e o outro na fase subsequente) ou pode ser operacional (o órgão de regulação setorial opera no âmbito preventivo e modelador enquanto a autoridade antitruste atua na perspectiva reativa, sancionando ou obrigando comportamentos).

II.9.2. A segunda maneira de articulação é supletiva. Por ela, temos que caberá o exercício da competência antitruste quando o órgão de regulação setorial não estiver atuando no sentido da defesa da concorrência. [...] Por ela, quando as competências antitruste ou de defesa do consumidor não estiverem sendo eficazmente exercidas pelo regulador setorial, isto autorizará o órgão de regulação a atuar.

[...]

II.9.3. A terceira forma de articulação é a concorrente. Nela há sobreposição das competências regulatórias. Tanto o regulador setorial quanto os órgãos de regulação geral exercem concomitante e descoordenadamente suas competências no campo antitruste e do consumidor.

[...]

II.9.4. Por fim, pode haver uma articulação por coordenação quando há reservas de competências regulatórias para um dos reguladores, mas com a obrigação deste de consultar, ouvir e envolver a outra esfera regulatória no processo de exercício de suas competências.

(Regulação Setorial e Autoridade Antitruste: a Importância da Independência do Regulador. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; ROCHA, Jean Paul Cabral Veiga da; MATTOS, Paulo Todescan Lessa (coord.). Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro. Max Limonad, 2002, pp. 95-118 – destaques meus).

Com base nessas premissas, vislumbra-se que as Leis ns. 12.529/2011 e 13.848/2019 ampararam os modelos de articulação complementar e coordenada entre a atuação dos órgãos setoriais e da autoridade antitruste, porquanto prescrevem a

troca de experiência entre cada um desses atores para efeito de implementação da tutela da concorrência, apontando, de outra parte, competir às agências reguladoras instituir regulamentos, monitorar e acompanhar as práticas de mercado, encaminhando, posteriormente, informações e pareceres técnicos indispensáveis à formação da convicção do CADE, entidade a qual incumbe, em última instância no âmbito do Poder Executivo, avaliar a existência de condutas ou regramentos contrários à ordem econômica.

Há, portanto, uma divisão de responsabilidades voltada a evitar conflitos de atribuições na aplicação da lei de defesa da concorrência, como destaca Danilo Vieira Vilela:

O artigo 26 da Lei Geral das Agências Reguladoras evidencia a preocupação do legislador no sentido de que tais agências não atuem de maneira isolada, focadas apenas em aspectos estritamente regulatórios. Ao contrário disso, a atuação de tais autarquias deve se dar de maneira coordenada junto, entre outros, aos órgãos de defesa da concorrência, auxiliando-os no cumprimento da Lei de Defesa da Concorrência ou Lei Antitruste (Lei nº 12.529/2011).

[...]

A Lei nº 13.848/2019 foi além da determinação para que as agências reguladoras auxiliem os órgãos de defesa da concorrência, procurando também estabelecer parâmetros para evitar eventuais conflitos de competência entre tais entes. Dessa forma, fixou que “os órgãos de defesa da concorrência são responsáveis pela aplicação da legislação de defesa da concorrência nos setores regulados, incumbindo-lhes a análise de atos de concentração, bem como a instauração e a instrução de processos administrativos para apuração de infrações contra a ordem econômica” (art. 26, § 1º).

Nessa atuação, por sua vez, os órgãos de defesa da concorrência poderão solicitar às agências reguladoras pareceres técnicos relacionados a seus setores de atuação, os quais serão utilizados como subsídio à análise de atos de concentração e à instrução de processos administrativos.

(Lei das Agências Reguladoras: Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019 [livro eletrônico]. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020 – destaques meus).

Consigne-se, outrossim, serem os regimes estampados nas Leis ns. 12.529/2011 e 13.848/2019 caracterizados como normas gerais, as quais podem, mediante lei, ser excepcionadas por disposições especiais instituidoras de setores infensos à legislação antitruste, sobretudo em contextos nos quais o legislador ordinário vislumbrar ser imperioso o sacrifício parcial da concorrência para o atendimento de outros vetores protegidos pela ordem constitucional. Nesses casos, como lembra Paula Forgioni, “[...] a autorização ou a lei específica que afasta a aplicação da Lei Antitruste são exceções, isto é, restrições à livre concorrência e/ou à livre iniciativa, cuja possibilidade, limites e fundamentos devem estar especificados na lei e embasados na Constituição Federal” (In: *Os Fundamentos do Antitruste*. 8ª Ed. São Paulo: Revista dos

Tribunais, 2015, p. 212 – destaques originais).

Não obstante, ao menos no tocante aos serviços de exploração da infraestrutura portuária, o art. 3º, V, da Lei n. 12.815/2013, de maneira expressa, prescreve que tal atividade tem por objetivo aumentar a competitividade por meio de mecanismos estimuladores da concorrência entre atores privados, reconhecendo, por conseguinte, a incidência de regramentos antitruste no setor específico, interpretação reforçada pelos arts. 2º, VII, e 25 a 28 da Lei n. 13.848/2019, os quais submetem as normas setoriais da ANTAQ ao crivo do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC, não havendo, portanto, isenção antitruste no respectivo setor.

Vale destacar que a concessão de proeminência aos regramentos e às autoridades antitruste no tocante à proteção da concorrência, em detrimento da atuação dos órgãos setoriais quanto à temática, busca afastar os malefícios decorrentes da possibilidade de captura das agências reguladoras pelo mercado, fenômeno caracterizado pela sobreposição do interesse privado sobre o público em setores econômicos submetidos à regulação estatal, circunstância de difícil ocorrência em conjuntura na qual a autarquia de defesa da competitividade é responsável pela tomada de posição definitiva sobre elevada gama de mercados relevantes com interesses contrapostos.

Recordo, a esse respeito, a compreensão de José dos Santos Carvalho Filho:

A essas autarquias reguladoras foi atribuída a função principal de controlar, em toda a sua extensão, a prestação dos serviços públicos e o exercício de atividades econômicas, bem como a própria atuação das pessoas privadas que passaram a executá-los, inclusive impondo sua adequação aos fins colimados pelo Governo e às estratégias econômicas e administrativas que inspiraram o processo de desestatização.

Pode mesmo afirmar-se, sem receio de errar, que tais autarquias deverão ser fortes e atentas à área sob o seu controle. Sem isso, surgirá o inevitável risco de que pessoas privadas pratiquem abuso de poder econômico, visando à dominação dos mercados e à eliminação da concorrência, provocando aumento arbitrário de seus lucros. A Constituição já caracterizou essas formas de abuso (art. 173, § 4º), cabendo, dessa maneira, às novas agências autárquicas a relevante função de controle dos serviços e atividades exercidos sob o regime da concessão.

[...]

A propósito, a relação jurídica entre a agência reguladora e as entidades privadas sob o seu controle tem gerado estudos e decisões quanto à necessidade de afastar indevidas influências destas últimas sobre a atuação da primeira, de modo a beneficiar-se as empresas em desfavor dos usuários do serviço. É o que a moderna doutrina denomina de teoria da captura ('capture theory', na doutrina americana), pela qual se busca impedir uma vinculação promíscua entre a agência, de um lado, e o governo instituidor ou os entes regulados, de outro, com flagrante comprometimento da independência da pessoa controladora.

Baseado nessa orientação, em estudo elaborado no âmbito da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico – OCDE, concluiu-se haver maior propensão dos “[...] reguladores específicos do setor à captura em comparação às agências gerais, como as autoridades concorrenciais. Comparativamente aos reguladores setoriais, os tomadores de decisão em agências abrangentes de toda a economia são menos propensos a possuir o tipo de conhecimento específico da indústria e dos contatos que os tornariam particularmente valiosos mais tarde como funcionários ou lobistas daqueles cujas condutas estão influenciando”, sendo a separação entre as autoridades regulatórias e concorrenciais, por conseguinte, essencial para assegurar “[...] que ambas as políticas sejam administradas por agências que as compreendam minuciosamente e sejam dotadas de cultura adequadas à sua implementação”, inclusive indicando “[...] que as agências de concorrência parecem ter uma vantagem comparativa sobre os reguladores quando se trata de aplicar proibições de comportamento anticoncorrencial e revisar fusões, razão pela qual tais agências deveriam ter jurisdição exclusiva nessas áreas” (*In: Relationship Between Regulators and Competition Authorities*. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/1920556.pdf>. Acesso em: 7.12.2023 – tradução livre desta Relatora).

Nesse contexto, a legislação brasileira está ancorada em orientações voltadas a conferir, de um lado, proeminência à atuação do órgão regulador no estabelecimento das políticas e projetos concernentes ao exercício de atividades econômicas, sem prejuízo, de outra parte, do desempenho das atribuições de defesa da competitividade pela autarquia dotada de *expertise* geral quanto à matéria, promovendo, em consequência, ambiente de mútua cooperação entre entidades administrativas e no qual incumbe ao Poder Judiciário a solução de eventuais dissensos.

Examinada a doutrina pertinente, avanço com a análise da orientação administrativa atualmente em vigor.

X. Posição do Conselho Administrativo de Defesa Econômica e do Tribunal de Contas da União sobre a submissão da regulação à legislação antitruste

A respeito do tema, o Tribunal Administrativo do CADE possui firme entendimento segundo o qual a mera edição de atos normativos por agências reguladoras não confere isenção antitruste.

Tal questão foi assentada, inicialmente, em voto prolatado pelo então Sr. Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva, concluindo ser “[...] evidente que a atividade

judicante do CADE – que decorre de expressa determinação constitucional, quando determina que a lei reprimirá o abuso de poder econômico (artigo 173, §4º da CR/88) – não pode ficar condicionada à existência ou não de regulação específica para determinada matéria. Certo é que ao CADE não é dado o poder de revisão dos dispositivos emanados pelo poder regulador, mormente quando tais dispositivos dizem respeito à regulação técnica e econômica de determinado setor [...]. Entretanto, deparando-se com situações que possam configurar infração à ordem econômica, é dever da autoridade antitruste investigar e julgar tais condutas, nos estritos termos da Lei n.º 8.884/94, de resto em perfeita harmonia com o arcabouço jurídico-institucional vigente. Assim, é irrelevante para o aplicador do direito antitruste, perquirir se tal ou qual edital de licitação ou se tal ou qual contrato preveem, expressa ou implicitamente, certa conduta ou atividade, as quais deverão ser analisadas, neste Conselho, sob o prisma da lei da concorrência” (cf. Processo Administrativo n. 08012.007443/99-17, j. 27.4.2005).

Especificamente no tocante à cobrança da THC2, tal compreensão foi reforçada em caso envolvendo o mercado de armazenagem de contêineres no Porto de Suape/PE, ocasião na qual reconhecida a natureza anticompetitiva de sua exigência, consoante acórdão assim ementado:

PROCESSO ADMINISTRATIVO. CONDOTA UNILATERAL. SUPOSTO ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE NO MERCADO DE MOVIMENTAÇÃO DE CONTÊINERES, COM EFEITOS NO MERCADO DE ARMAZENAGEM ALFANDEGADA, NA ÁREA DE INFLUÊNCIA DO PORTO DE SUAPE/PE. SUPOSTA COBRANÇA INDEVIDA POR SERVIÇOS DE SEGREGAÇÃO DE CONTÊINERES (“SSE” OU “THC2”). AUSÊNCIA DE PRELIMINARES. PARECER DA SG PELA OCORRÊNCIA DE INFRAÇÃO À ORDEM ECONÔMICA ATÉ A VIGÊNCIA DA RESOLUÇÃO ANTAQ Nº 34/2019. PARECERES DA PFE/CADE E DO MPF PELA CONDENAÇÃO TANTO NO PERÍODO PRÉ QUANTO APÓS A ENTRADA EM VIGOR DA RESOLUÇÃO ANTAQ Nº 34/2019. COMPETÊNCIA DO CADE ATESTADA. REGRA DA RAZÃO. AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA RAZOÁVEL NO CASO CONCRETO PARA A COBRANÇA. COBRANÇA POR SERVIÇOS JÁ ABRANGIDOS PELA TERMINAL HANDLING CHARGE (“THC”). TRATAMENTO DISCRIMINATÓRIO AOS CONCORRENTES NO MERCADO À JUSANTE. ABUSO CARACTERIZADO. CONDENAÇÃO. MULTA. PROIBIÇÃO DE COBRANÇA DE THC2 NOS TERMOS ATUAIS.

1. Ordenamento jurídico confere ao CADE competência para apurar condutas anticompetitivas, inclusive, em mercados regulados, tendo em vista que o escopo da atuação do CADE e da respectiva agência reguladora são distintos e complementares.

2. Cumprimento de norma setorial não impede a ocorrência de infração à ordem econômica, a depender dos elementos do caso concreto.

3. Empresa com monopólio no mercado à montante detentora de bem essencial é capaz de criar barreiras artificiais para seus rivais no mercado à jusante.

(Processo Administrativo n. 08700.005499/2015-51, Relator Conselheiro Luiz Augusto Azevedo de Almeida Hoffmann, j. 8.2.2021 – destaques meus).

Na mesma toada, recentemente, o Tribunal de Contas da União reconheceu o aspecto anticompetitivo da exigência do SSE (THC2) pelos *operadores portuários* em face dos *terminais retroportuários*, por ofensa às regras constantes da Lei n. 12.529/2011, afastando, em consequência, a existência de isenção antitruste tão somente pela edição de normas infralegais da ANTAQ autorizando sua cobrança (cf. Acórdão n. 1.448/2022 – TCU – Plenário, Rel. Ministro VITAL DO REGO, j. 22.6.2022).

Na oportunidade, ademais, a Corte de Contas determinou à autarquia setorial a anulação de dispositivos de sua Resolução ANTAQ n. 77/2022 relativamente à tarifa, inclusive mediante implemento de medida acauteladora destinada a suspender imediatamente os atos normativos que a amparavam, nos seguintes termos:

9.1.2. no mérito, considerar procedente a denúncia do TC 015.453/2020-0, em face do desvio de finalidade do ato de expedição da Resolução Antaq 72/2022, normativo que permite a cobrança da taxa de serviço de segregação e entrega dos recintos alfandegários independentes pelos terminais portuários, praticado com um fim diverso do previsto no artigo 20, inciso II, alínea “b” e art. 27, inciso IV, da Lei 10.233/2001 e em afronta ao artigo 36, incisos I e IV da Lei 12.529/2011 e ao artigo 4º, inciso I, da Lei 13.847/2019;

(...)

9.3. determinar à Antaq que, no prazo de 30 (trinta) dias, 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 artigo 36, incisos I e IV da Lei 12.529/2011, artigo 4º, inciso I, da Lei 13.847/2019, bem como o artigo 20, inciso II, alínea “b” e artigo 27, inciso IV, da Lei 10.233/2001.

9.4. com fundamento no art. 276 do Regimento Interno do TCU e no Poder Geral de Cautela, determinar, cautelarmente, a suspensão dos efeitos 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 artigo 36, incisos I e IV da Lei 12.529/2011, artigo 4º, inciso I, da Lei 13.847/2019, bem como o artigo 20, inciso II, alínea “b” e artigo 27, inciso IV, da Lei 10.233/2001 (destaques meus).

Não obstante a interposição de Pedido de Reexame pela ANTAQ em face do sobredito acórdão, o recurso foi recebido com efeito meramente devolutivo quanto à providência cautelar constante do respectivo item 9.4, consoante decisão prolatada pelo Sr. Ministro Augusto Nardes em 10.8.2022, razão pela qual, atualmente, não subsiste amparo regulamentar para a cobrança da THC2 (SSE).

Passo, então, à análise da jurisprudência correlata.

XI. Panorama jurisprudencial

Impende registrar, no ponto, a evolução jurisprudencial empreendida pelos Tribunais Regionais Federais, porquanto, inicialmente, reconhecia-se a inviabilidade de revisão, pelo CADE, das normas editadas pela ANTAQ, passando-se, posteriormente, a admitir a submissão da regulação setorial ao crivo da legislação antitruste.

Com efeito, na Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, vigorava entendimento no sentido de que, “[...] ao decidir pela suspensão da cobrança da THC2, bem como de outros valores a título de despesas adicionais para entrega de contêineres, o CADE acabou por invadir a competência da ANTAQ, sendo, portanto, legítima a cobrança da THC2” (cf. Apelação Cível e Remessa Necessária n. 1005826-43.2019.4.01.3400, Relator Juiz Federal Convocado ROBERTO CARLOS DE OLIVEIRA, SEXTA TURMA, j. 7.12.2020, DJe. 11.12.2020).

Tal compreensão foi expressamente superada pelo mesmo colegiado em 6.10.2022, ocasião na qual apontado que “em reanálise do tema, é possível chegar à conclusão distinta [...]. A atribuição da ANTAQ na previsão de cobrança da THC – e também da THC2, por consequência – não afasta a atribuição do CADE para prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames de liberdade de iniciativa, livre concorrência, abuso do poder econômico, dentre outros. Assim, a THC2 é fato jurídico de múltipla incidência, que também deve ser examinada sob a ótica regulatória, sem prejuízo da atribuição da ANTAQ no que se refere à operação portuária referente à lógica de movimentação vertical e horizontal de carga, a natureza do contrato administrativo e seu equilíbrio econômico-financeiro” (Apelação Cível n. 1023375-03.2018.4.01.3400, Relator Desembargador Federal JAMIL ROSA DE JESUS OLIVEIRA, SEXTA TURMA, j. 6.10.2022, DJe 6.10.2022).

Idêntica mudança de entendimento foi operada pela Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, órgão fracionário que, em 25.5.2016, reconheceu a legalidade da THC2, sob o argumento de não ser “[...] dado ao CADE imiscuir-se em setor concedido, ignorando fortemente a atuação da agência reguladora – ANTAQ” (cf. Apelação Cível e Remessa Necessária n. 0014995-56.2005.4.03.6100, Rel. Desembargadora Federal MARLI FERREIRA, QUARTA TURMA, j. 26.2.2015, DJe 25.3.2015).

Posteriormente, no entanto, tal posicionamento foi revisto, passando-se a adotar exegese diversa para reconhecer a impossibilidade de exigir a THC2, tendo em vista que, malgrado o poder regulamentar conferido pela Lei n. 10.233/2001, os regramentos editados pela ANTAQ, “[...] naquilo que afrontarem as Leis n. 8.884/94 e 12.529/11, que cuidam da prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, ficarão sob a jurisdição administrativa do CADE” (cf. Apelação Cível n. 0020121-87.2005.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE,

QUARTA TURMA, j. 7.12.2017, DJe 6.3.2018).

Dessarte, a mais recente orientação dos Tribunais Regionais Federais parte do pressuposto de que a ANTAQ pode editar atos normativos voltados a regulamentar a cobrança de tarifas nos mercados de transporte aquaviário e de exploração de infraestrutura portuária, os quais, entretanto, não restam infensos ao exercício de controle sob o prisma da legislação antitruste.

De outra parte, nesta Corte, conquanto ausente entendimento a respeito da aventada existência de isenção antitruste em decorrência da edição de normas regulamentares pela ANTAQ, a Primeira Seção, previamente à vigência das Leis ns. 12.529/2011 e 13.848/2019, apreciou caso envolvendo conflito entre o Banco Central do Brasil – BACEN e o CADE no tocante à aprovação de atos de concentração econômica relativos a instituições financeiras – e, portanto, quanto à preponderância entre autoridades regulatórias ou concorrenciais (cf. REsp n. 1.094.218/DF, Relatora Ministra ELIANA CALMON, j. 25.8.2010, DJe 12.4.2011).

Na oportunidade, reconheceu-se, à luz do princípio da especialidade, a prevalência das regras constantes da Lei n. 4.595/1964 sobre a lei de proteção da concorrência em matéria de controle de estruturas, pelos seguintes fundamentos: *i*) existência de parecer vinculante aprovado pelo Sr. Presidente da República, reconhecendo, nos termos do art. 40, § 1º, da Lei Complementar n. 73/1993, a prevalência das atribuições do BACEN; e *ii*) inviabilidade, em caso de conflitos entre ambas as entidades, de submeter a controvérsia ao crivo do Poder Judiciário, prejudicando a celeridade inerente aos processos de aprovação de atos de concentração, desconcentração e fusão de instituições financeiras.

Ressalto, ademais, que tal acórdão foi proferido por maioria e com quórum reduzido de 6 (seis) julgadores, tendo os Srs. Ministros Humberto Martins, Mauro Campbell Marques e Benedito Gonçalves aderido ao voto da Sra. Ministra Relatora, restando vencidos, de outra parte, os Srs. Ministros Castro Meira e Herman Benjamin, os quais abraçaram intelecção no sentido de reconhecer o aspecto complementar entre as normas setoriais e antitruste.

Naquela assentada, a divergência consignou conviverem, “[...] com base no princípio da complementaridade, a regulamentação sistêmica e prudencial – a cargo do Banco Central, que objetiva resguardar a solidez e estabilidade do sistema e proteger depositantes e investidores – com a regulação geral antitruste – lastreada nos imperativos da livre concorrência e do controle do abuso do poder econômico, incumbências confiadas ao CADE” (cf. voto-vista proferido pelo Sr. Ministro Castro Meira), concluindo, ainda, tratar-se de “[...] atribuições complementares, em que cada uma das autarquias federais atua dentro do âmbito delineado pelas fontes normativas, que, como visto, dialogam harmoniosamente. Por essas razões, inexistem, a rigor,

conflito normativo a ser dirimido, havendo de se reconhecer a competência do CADE para analisar as funções de instituições financeiras, sempre no que se refere a atos ou condutas que possam implicar ofensa à legislação antitruste” (cf. voto-vista prolatado pelo Sr. Ministro Herman Benjamin).

Por sua vez, igualmente sob a égide da legislação anterior à promulgação da Lei n. 13.848/2019, esta Primeira Turma, escrutinando cenário envolvendo ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público buscando a condenação de pessoas jurídicas atuantes no mercado de distribuição de Gás Liquefeito de Petróleo – GLP pela suposta prática de cartel, reconheceu a aplicabilidade da *state action doctrine* para afastar a incidência das normas antitruste, no caso específico, sob os seguintes fundamentos: (i) os preços praticados pelos agentes econômicos eram normatizados e tabelados pelo Poder Público e (ii) a regulação servia a uma política pública imposta às empresas setoriais e supervisionadas pelo órgão competente (cf. REsp n. 1.390.875/RS, Relator Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, j. 9.6.2015, DJe 19.6.2015).

Mister ressaltar, ainda, que a despeito da submissão de controvérsia semelhante a esta Primeira Turma na assentada de 11.4.2023, não houve, na ocasião, apreciação do mérito, porquanto não preenchidos os requisitos de admissibilidade recursal. Outrossim, as demais insurgências acerca de temas correlatos igualmente não foram conhecidas, por falhas processuais ensejadoras da aplicação de óbices, a exemplo das Súmulas ns. 07/STJ e 284/STF (cf. REsp n. 1.774.301/SP, Relator Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, j. 11.4.2023, DJe 17.4.2023; AgRg no Ag n. 1.275.461/SP, de minha relatoria, PRIMEIRA TURMA, j. 20.6.2017, DJe 23.8.2017; AgRg no AREsp n. 217.380/SP, Relator Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, j. 21.11.2013, DJe 29.11.2013).

Não obstante o posicionamento pretoriano adotado em casos anteriores, ausente, até o momento, enfrentamento da questão alusiva à existência de isenções antitruste em setores regulados pela ANTAQ, sobretudo após os influxos oriundos das Leis ns. 12.529/2011 e 13.848/2019, tema inédito no âmbito desta Corte.

Indicado o panorama jurisprudencial, passo ao exame do caso concreto.

XII. Exame do caso concreto

No caso, o tribunal de origem concluiu (i) ser viável o controle dos atos normativos editados pela ANTAQ quanto à previsão do SSE (THC2), de modo a conformá-los às prescrições constantes da Lei n. 12.529/2011, e (ii) que a cobrança da destacada tarifa constitui ilícito concorrencial, porquanto configuradora de abuso de posição dominante, pelos seguintes fundamentos (fls. 1.456/1.464e):

No que diz respeito especificamente à ANTAQ, criada pela Lei 10.233/2001, foi conferida a competência geral de regulamentação dos setores de “navegação fluvial, lacustre, de travessia, de apoio marítimo, de apoio portuário, de cabotagem e de longo curso” e sobre “os portos organizados e as instalações portuárias neles localizadas” (art. 23, incisos I e II) e, em especial, no que interessa para ao presente litígio, o poder de “promover as revisões e os reajustes das tarifas portuárias” (artigo 24, inciso VII).

[...]

Embora este poder constitua uma poderosa ferramenta de intervenção nas forças naturais do livre mercado, possibilitando uma alteração substancial do equilíbrio concorrencial, o seu uso não exime as agências reguladoras de observar a legislação antitruste. O órgão regulador deve, portanto, proceder a uma adequada integração da norma regulatória com a legislação de concorrência, conciliando-as, de modo a garantir uma prestação satisfatória do serviço público regulado.

[...]

Em assim sendo, cabe também à agência reguladora observar a livre concorrência em todos os seus atos, buscando evitar que determinada regra regulatória resulte num desequilíbrio de concorrência, em favor de um dos agentes regulados. As agências reguladoras, e este é o ponto central da controvérsia, não estão imunes à legislação antitruste, sendo ilícitos os atos normativos que, a pretexto de regulamentar as relações entre os agentes econômicos, desequilibrem a concorrência em favor de um deles.

Reforçando este dever de observância da legislação antitruste, agora no que diz respeito especificamente ao caso em análise, o artigo 12, inciso VII, da Lei 10.233/2001 impõe a ANTAQ a obrigação de “reprimir fatos e ações que configurem ou possam configurar competição imperfeita ou infrações da ordem econômica”.

[...]

É fato que, considerada a relevância social de determinado setor econômico, pode e deve o Estado intervir mediante regulação mais exaustiva, em detrimento à livre concorrência, de modo a garantir a proteção aos interesses dos usuários dos serviços e consumidores dos produtos.

Não é o que se verifica na hipótese dos autos, tendo em vista que, desde a lei de modernização dos portos, o legislador optou por colocar o setor de prestação de serviços portuários num regime de livre concorrência. Esta opção fica clara pelos termos do artigo 3º, inciso IV, da atual Lei dos Portos (Lei 12.815/2013), que estabelece como uma das diretrizes da exploração dos portos, o “estímulo à concorrência, incentivando a participação do setor privado e assegurando o amplo acesso aos portos organizados, instalações e atividades portuárias”.

[...]

Fácil notar que a regulação no setor portuário foi feita para estimular a concorrência e não para substituí-la, o que faz com que as resoluções da ANTAQ se submetam à legislação antitruste

[...]

Persiste em aberto na presente demanda a questão referente à violação da legislação antitruste, cuja resolução consiste na verificação de se a conduta específica atribuída à empresa requerida (cobrança de THC2), estaria revestida de características anticoncorrenciais consubstanciadas em abuso de posição dominante.

A posição dominante em um mercado relevante é uma situação de fato que permite ao seu detentor atuar livremente no mercado relevante de modo

indiferente aos consumidores ou à atuação das demais empresas, impondo-se sobre estes, sem que isso implique em perda relevante de participação no mercado relevante.

[...]

Em linhas gerais, pode-se afirmar que, ao contrário do poder dominante obtido pela maior eficiência, há de se considerar ilícita a concorrência oferecida por agente econômico que não conquistou seu poder de mercado com base em uma vantagem competitiva. É o que ocorre, entre outros, nos casos em que um concorrente oferece preço inferior ao de mercado porque controla um insumo de grande importância aos seus concorrentes dentro da cadeia de produção, exata hipótese da situação sob análise.

Com efeito, apenas aos operadores portuários é viabilizada a utilização da infraestrutura que permite a movimentação vertical de contêineres, o que lhes permite controlar o acesso dos retroportos ao insumo básico de suas atividades empresariais (os contêineres). Tal circunstância ganha maior relevância quando considerado o fato de que tais insumos são infungíveis, não podendo o retroporto retirar outra carga que não aquela específica para o qual foi contratado ou, tampouco, retirar a carga no operador portuário de sua preferência, estando vinculado, nesse particular, à escolha do armador.

A relação de dependência verificada entre os terminais retroportuários e os operadores portuários seria restrita à atividade regulatória, não fosse o fato de essas as empresas competirem no mercado de armazenagem alfandegada.

Isto porque, com a possibilidade de livre cobrança da THC2, o operador portuário possui o poder de impor preços que dificultem ou impeçam o acesso de seus concorrentes a um insumo essencial da atividade econômica, circunstância inegavelmente apta a prejudicar a concorrência no mercado de armazenagem alfandegária, mediante a elevação artificial do preço dos concorrentes.

Ciente de que controla um insumo infungível e essencial ao seu concorrente, o operador portuário têm condições de estabelecer um preço sem qualquer relação com o custo de entrega dos contêineres, pratica conhecida na literatura antitruste como “price squeeze”, que, na definição de Paula Forgioni, é a atitude do agente econômico em posição dominante que lhe permite “o aumento do preço de matérias-primas essenciais à atividade do concorrente, sem aumentar seus próprios custos”.

[...]

Nessas circunstâncias, seria possível aos operadores portuários praticarem preços mais competitivos na disputa pelos contratos junto aos armadores, resultando na obtenção do bônus do serviço de segregação e entrega, e por conseguinte, no recebimento da THC2, a fim de elevar seus lucros com a prestação de serviço de armazenagem, na qual concorrem em melhor condição com os terminais retroportuários.

Em síntese, há a possibilidade de os operadores portuários exercerem de forma abusiva seu poder de mercado sobre os retroportos na hipótese de ser permitida a cobrança de tarifa pelo serviço de segregação e entrega, independente do preço fixado pelo órgão regulador (destaques meus).

No Recurso Especial, quanto ao mérito, apenas o primeiro fundamento restou impugnado – qual seja, a sujeição das normas editadas pela ANTAQ às regras protetivas da competitividade estampadas na Lei n. 12.529/2011 e ao crivo do CADE –,

como denotam os seguintes trechos das razões recursais (fls. 1.684/1.687e):

VIII – PATENTE OFENSA AOS ARTIGOS 12, INC. VII E 27, INCS. II, IV e VII DA LEI FEDERAL Nº 10.233/2001 – LEGISLAÇÃO FEDERAL QUE JÁ ATRIBUI COMPETÊNCIA REGULATÓRIA PARA A ANTAQ EDITAR NORMAS, REGULAMENTOS E ZELAR PELOS PRINCÍPIOS DA ECONÔMICA E LIVRE CONCORRÊNCIA

Os próprios vv. acórdãos guerreados admitem que a ANTAQ foi criada pela Lei Federal nº 10.233/01, bem reconhecendo sua competência geral de regulamentação, especialmente para promover revisões e reajustes de tarifas portuárias, competindo-lhe, ainda, a obrigação de reprimir infrações de ordem econômica, in verbis:

[...]

Em conclusão ao raciocínio jurídico iniciado, afirmam os vv. arestos atacados que as resoluções da ANTAQ se submetem à legislação antitruste, porquanto, determinou-se a proibição da THC2, nos seguintes termos:

[...]

No entanto, a despeito dos vv. acórdãos atacados mencionarem o artigo 24, VII, da Lei Federal nº 10.233/01 (este dispositivo trata da ANTT), é preciso destacar que as regras da competência regulatória da ANTAQ estão previstas no artigo 27, incisos II, IV e VII, que dispõem:

[...]

Ora, diante da clara competência regulatória atribuída à ANTAQ pela legislação federal citada, não há dúvidas que os vv. acórdãos atacados, ao proibirem a cobrança da THC, estão ofendendo o mencionado artigo 27, incisos II, IV e VII, da Lei Federal nº 10.233/2001, uma vez que é a própria ANTAQ o órgão competente para editar normas, definir tarifas e promover revisões e reajustes tarifários.

Demais disto, é da competência da própria ANTAQ reprimir fatos e ações que configurem atentado a livre concorrência ou infrações de ordem econômica, como se denota do artigo 12, inciso VII, da Lei Federal nº 10.233/01:

[...]

Nesse cenário, é evidente que os vv. arestos recorridos ofendem a legislação federal mencionada, haja vista que é da própria competência da ANTAQ reprimir atos que configurem ofensa à livre concorrência, de modo que a cobrança da THC2 está baseada em estudos e tem por parâmetro garantir o recebimento de contraprestação pelos serviços de segregação e entrega de contêineres que são prestados pelos operadores portuários (destaques meus).

Nesse contexto, de rigor a manutenção do entendimento abraçado pela Corte a qua, porquanto, a despeito de as regras dispostas nos arts. 12, VII, e 27, II, IV e VII, da Lei n. 10.233/2001 conferirem à ANTAQ prerrogativas regulamentares voltadas a promover a competitividade nos setores de transporte aquaviário e de exploração de infraestrutura portuária, inclusive mediante a atribuição de poder para reprimir fatos e ações caracterizadoras de infrações à ordem econômica, *ausente isenção antitruste tão somente em razão da veiculação de atos normativos atinentes à cobrança de tarifas pelos operadores portuários.*

Isso porque, de acordo com o art. 31 da Lei n. 12.529/2011, a legislação de defesa da ordem econômica é aplicável às pessoas jurídicas de direito público, inclusive às agências reguladoras, de modo que a atuação desses agentes não está infensa ao escrutínio do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC, mesmo no contexto da edição de regulamentos aplicáveis aos setores regulados.

A par disso, à vista da norma plasmada no art. 9º, § 2º, da Lei n. 12.529/2011, as decisões do Tribunal Administrativo do CADE são definitivas e não comportam revisão no âmbito do Poder Executivo, *preceito normativo o qual alberga intelecção no sentido de que, em matéria de reconhecimento de ofensas à competitividade, prevalecem as orientações da autarquia antitruste sobre a normatização setorial, exegese reforçada com a vigência da Lei n. 13.848/2019, cujos arts. 25 a 28, ao regularem a interação entre as normas setoriais e os órgãos de defesa da concorrência, conferem primazia à entidade de proteção à ordem econômica, sem prejuízo de incumbir à regulação, em auxílio à missão do CADE, o dever de monitorar e acompanhar as práticas dos mercados submetidos à intervenção estatal.*

Idêntica compreensão foi externada na manifestação do CADE como *amicus curiae* (fls. 2.172/2.173 e):

Em sua missão institucional, o CADE também tem por competência analisar a conduta de mercados regulados. Tanto as Leis que disciplinam os portos e demais instalações portuárias (Leis nº 10.233/2001 e 12.815/2013), quanto em relação aos dispositivos da Lei Antitruste, todas reafirmam o poder-dever de o CADE analisar o abuso cometido pelo operador portuário e a infração contra a ordem econômica daí decorrente.

Não existe uma espécie de isenção antitruste por existir atividade de regulação setorial realizada pela ANTAQ, uma vez que sua atuação não leva em conta aspectos do direito antitruste, trazidos pelas Leis n.º 8.884/94 e n.º 12.529/2011, objeto de preocupação do CADE. Tanto é assim que os artigos 31 e 45, da Lei nº 10.233/2001, também determinam que a ANTAQ comunique ao CADE possíveis infrações contra a ordem econômica, verificadas no seu âmbito de atuação

[...]

Desse modo, vislumbra-se uma complementariedade de atribuições institucionais entre CADE e ANTAQ: compete ao CADE a aplicação de sanções, à luz da defesa da concorrência, em sua função de prevenção e repressão a lesões à ordem econômica nacional. Já à ANTAQ compete uma análise de natureza regulatória, no marco de suas atribuições de supervisionar e fiscalizar as atividades de prestação de serviços de transporte aquaviário e de exploração da infraestrutura portuária e aquaviária exercida por terceiros (destaques meus).

Por outro lado, conforme já apontado, não desconheço o precedente firmado pela Primeira Seção desta Corte, reconhecendo, à luz do princípio da especialidade, a prevalência das normas setoriais do sistema financeiro sobre a lei antitruste em casos de aparente antinomia sobre a autoridade responsável pela aprovação de atos de

concentração econômica (cf. REsp n. 1.094.218/DF, Relatora Ministra ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, j. 25.8.2010, DJe 12.4.2011).

Não obstante, vislumbro a existência de *distinguishing* relativamente ao caso, porquanto adotado em contexto no qual, a par da existência de parecer vinculante aprovado pelo Sr. Presidente da República solucionando o dissenso no âmbito do Poder Executivo – e, por conseguinte, prévia solução do conflito em âmbito administrativo –, avaliou-se matéria atinente ao controle de estruturas anteriormente à vigência das Leis ns. 12.529/2011 e 13.848/2019, nada dispondo sobre a sujeição da regulação setorial às normas cristalizadas na legislação antitruste.

Além disso, rememoro que tal decisão foi proferida por maioria, restando vencidos os Srs. Ministros Castro Meira e Herman Benjamin, cujos argumentos então invocados – alusivos à ausência de incompatibilidade entre a legislação de defesa da concorrência e a normatização dos órgãos setoriais, com atuação sob óticas distintas – foram, posteriormente, levados em conta pelo legislador na edição da Lei n. 13.848/2019, a qual, reitera-se, reafirmou os modelos de articulação complementar e coordenada entre normas antitruste e setoriais, afastando, por isso, eventual sobreposição de atribuições ou invasão recíproca de competências entre o CADE e a ANTAQ.

Da mesma maneira, a despeito da compreensão já sufragada por esta 1ª Turma, em hipótese diversa, quanto à incidência da *state action doctrine* para afastar a legislação de defesa da ordem econômica em setores submetidos a intervenção estatal (cf. REsp n. 1.390.875/RS), mencionado recurso foi apreciado no ano de 2015, antes, portanto, da promulgação da Lei n. 13.848/2019, a qual, de maneira mais detida, regulou a interrelação entre as legislações regulatórias e concorrenciais, sobrevivendo, em consequência, um *overriding*, vale dizer, a superação do precedente mediante atuação legiferante veiculando nova regra ou princípio legal (e.g. Corte Especial, REsp n. 1.850.512/SP, Relator Ministro OG FERNANDES, j. 16.3.2022, DJE 31.5.2022).

De todo modo, eventual aplicabilidade dessa teoria exigiria demonstração clara de escolha política, substituindo-se a defesa da competitividade pela regulação, e, ainda, efetiva fiscalização do cumprimento das regras setoriais pelo órgão competente, elementos nem sequer debatidos nos presentes autos.

Dessarte, considerando a existência de novel cenário normativo, inviável invocar doutrinas alienígenas dissonantes das normas positivadas para considerar o setor regulado infenso às normas de proteção de concorrência, sendo de rigor, portanto, a aplicação das Leis ns. 12.529/2011 e 13.848/2019, as quais, como apontado, não albergam a existência de isenções antitruste no setor de exploração de infraestruturas portuárias, permitindo, por isso, avaliação do CADE e do Poder Judiciário acerca da existência de afronta à concorrência em atos oriundos de agências

reguladoras.

Por oportuno, ressalto que, a despeito da incursão das partes e dos *amici curiae* acerca de aspectos concorrenciais atinentes à matéria (fls. 2.175/2.241e e 2.242/2.271e), *reitero não estar em debate se a cobrança do SSE (THC2) efetivamente constitui infração à ordem econômica e ao regramento amparado na Lei n. 12.529/2011*.

Com efeito, nas razões recursais, a Recorrente apenas suscitou a suposta existência de isenção antitruste em decorrência da instituição da tarifa em exame em atos infralegais editados pela ANTAQ, tese, por si só, insuficiente à modificação das conclusões do tribunal de origem (fls. 1.684/1.687e).

Assim, a orientação ora abraçada opera efeito substitutivo tão somente quanto ao alegado malferimento aos arts. 12, VII, e 27, II, IV e VII, da Lei n. 10.233/2001, sem que isso implique chancela dos demais fundamentos adotados pela Corte *a qua* para declarar a ilegalidade da THC2, porquanto, nos termos do art. 1.008 do CPC/2015, “o julgamento proferido pelo tribunal substituirá a decisão impugnada no que tiver sido objeto de recurso”.

Portanto, o presente desfecho não significa o reconhecimento, por esta Corte, do cariz anticoncorrencial do SSE (THC2) – matéria cuja análise poderá ser submetida a este Tribunal Superior em oportunidade distinta –, mas, tão somente, a rejeição da tese segundo a qual existente isenção setorial antitruste nos mercados regulados pela ANTAQ.

De toda maneira, a título de *obiter dictum*, mister registrar que, ao contrário do apontado pela Recorrente, é irrelevante ao deslinde da presente controvérsia o teor da Nota Técnica n. 17/2022/DEE/CADE, elaborada pelo Departamento de Estudos Econômicos – DEE (fls. 2.304/2.491e), porquanto órgão integrante da estrutura administrativa do CADE ao qual incumbe, nos termos do art. 17 da Lei n. 12.529/2011, “[...] elaborar estudos e pareceres econômicos, de ofício ou por solicitação do Plenário, do Presidente, do Conselheiro-Relator ou do Superintendente-Geral, zelando pelo rigor e atualização técnica e científica das decisões do órgão”, cujas conclusões, por conseguinte, *detêm mero caráter opinativo e não se sobrepõem às deliberações do Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, as quais, reitero-se, não comportam revisão no âmbito do Poder Executivo* (art. 9º, § 2º, da Lei n. 12.529/2011).

Nesse ponto, conquanto a Recorrente narre que a Corte Especial reconheceu a alteração do entendimento do CADE, tal alegação desconsidera as balizas submetidas àquele colegiado quando da apreciação do CC n. 182.313/DF, Relatora Ministra Nancy Andrighi, j. 16.8.2023, DJe 26.9.2023, cuja cognição foi limitada a dirimir dissenso a respeito da competência interna deste Tribunal Superior. Com efeito, na ocasião, a Sra. Ministra Relatora mencionou a divergência de

posicionamento entre a autarquia antitruste e a ANTAQ, nas respectivas esferas de atribuição, para sustentar a presença de temática atinente a Direito Público, ensejando, assim, a submissão do feito às Turmas integrantes da 1ª Seção, consoante seguintes trechos:

28. A ingerência de ANTAQ e do CADE sobre a “THC-2” reforça o argumento de que recurso especial que verse sobre o assunto deve ser avaliado pelas Turmas de Direito Público deste STJ pois, a análise de cabimento da “THC-2” exige atentar para o que os órgãos citados, dentro de suas competências, entendem como devido. Não é, portanto, a mera leitura privatista, sem observar o interesse público e o direito regulatório envolvidos, que servirá para alcançar o julgamento apropriado do recurso especial em comento, razão pela qual resta atraída a competência da Primeira Seção.

Igualmente, no Memorando de Entendimentos n. 1/2021, celebrado conjuntamente pelo CADE e pela ANTAQ, não houve reconhecimento da legalidade da THC2 (SSE), firmando-se, tão somente, conclusão segundo a qual sua cobrança não configura ilícito concorrencial *per se*, sendo viável, por outro lado, aferir sua abusividade à vista da regra da razão (cf. Cláusula 2). A par disso, no mesmo documento foi assentado que “[...] as competências da ANTAQ e do CADE para atuação sobre a ordem econômica não se confundem, sendo distintas e complementares”, possibilitando, na linha propugnada neste voto, o escrutínio da autarquia antitruste sobre as normas infralegais editadas pela agência reguladora.

Ademais, ressalte-se que, no cenário atual, a suspensão das normas regulamentares da ANTAQ relativamente ao SSE (THC2), deferida pelo Plenário do Tribunal de Contas da União no Acórdão n. 1.448/2022, sob a relatoria do Sr. Ministro Vital do Rego, obsta o reconhecimento da higidez de sua cobrança, ressalvada eventual impugnação judicial da decisão da Corte de Contas pelas vias próprias.

Nesse ponto, diversamente do suscitado pela Recorrente, tal decisão permanece em vigor, por ao menos duas razões. Primeiramente, a despeito da oposição de Pedido de Reexame em âmbito administrativo, a insurgência foi recebida com efeito meramente devolutivo quanto à medida cautelar deferida pelo TCU, autorizando, portanto, a imediata produção de efeitos do ato impugnado (fl. 2.303e). À vista do entendimento da Corte de Contas, a Diretoria Colegiada da ANTAQ prolatou o Acórdão n. 409-2022-ANTAQ, mediante o qual determinada a suspensão de “[...] *todas as cobranças relativas ao Serviço de Segregação e Entrega de Contêineres (SSE) por parte das instalações portuárias reguladas, com aplicação imediata*” (destaque meu), razão pela qual, atualmente, os *operadores portuários* estão impedidos de efetuar a cobrança da THC2 (SSE) em território nacional (cf. Processo n. 50300.013454/2019-52, j. 27.7.2022, DOU de 28.7.2022).

Além disso, o *decisum* proferido pelo Juízo da 6ª Vara Federal de Curitiba no

Processo n. 5001637-05.2022.4.04.7008, chancelado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região no Agravo de Instrumento n. 5041058-74.2022.4.04.0000, igualmente não afasta a higidez do Acórdão n. 1.448/2022, uma vez que, tratando-se de demanda individual, tais decisões somente beneficiam o respectivo autor a quem deferida a possibilidade de permanecer exigindo a THC2 (SSE) – no caso, o Terminal de Contêineres de Paranaguá S.A. –, não sendo possível à Recorrente valer-se de título judicial formado em demanda da qual não integra o contraditório.

Desse modo – e sem avançar para análises concorrências a respeito da correção do entendimento de que a exigência da THC2 (SSE) ofende a Lei n. 12.529/2011, matéria, como mencionado, não submetida a esta Corte, à luz do princípio *tantum devolutum quantum appellatum* –, reconhecer a viabilidade de cobrança da tarifa em exame teria o condão de privilegiar a Recorrente em detrimento dos demais *operadores portuários*, os quais, por força de decisões administrativas em pleno vigor, estão impedidos de impor igual condicionante.

Por isso, a despeito da alegação de que unicamente a Recorrida logrou êxito em demandas judiciais para suspender o recolhimento da THC2 (SSE) – temática cuja análise, à falta de manifestação do tribunal de origem, não resta devidamente esquadrinhada nos autos –, o cenário regulatório atual obsta quaisquer agentes econômicos de exigirem a tarifa em exame, não implicando a presente decisão, portanto, risco de ofensa à competição no setor regulado.

No mais, as novas alegações trazidas pela Recorrente em memoriais entregues ao meu gabinete no dia 4.3.2024 tampouco interferem na conclusão ora abraçada. Isso porque, além de ser inerente ao sistema judicial a modificação de posicionamentos exarados por órgãos julgadores – especialmente quando alterada sua composição, como no caso –, o ulterior alinhamento da 30ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo à tese suscitada nas razões recursais não vincula esta Corte em sua missão precípua estampada no art. 105, III, da Constituição da República.

Na mesma linha, discussões levadas a cabo em contextos distintos, adotadas à vista de cenário normativo diverso, também não repercutem sobre o deslinde da controvérsia, porquanto estranhas às balizas ora em julgamento. Assim, o suposto reconhecimento, pela 2ª Turma deste Tribunal Superior, da validade da tarifa “Taxa M-20”, calcada em ato normativo editado pela extinta Empresa de Portos do Brasil S.A. – PORTOBRÁS, não socorre à Recorrente, na medida em que, na ocasião, (i) não houve incursão sobre a possibilidade de controle de sua instituição, à luz de leis protetivas da competitividade, (ii) proferida no ano de 2002, em conjuntura jurídica anterior à efetiva criação da ANTAQ e da vigência das Leis ns. 12.529/2011 e 13.848/2019, e (iii) ausente cariz vinculante nas conclusões então adotadas (cf. REsp

n. 419.141/SP, Relatora Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, j. 16.5.2002, DJ 2.12.2002).

Dessarte, inviável acolher os argumentos da Recorrente, sendo de rigor o improvimento do Recurso Especial.

Por fim, considerando a manutenção do entendimento sufragado na origem, impõe-se a revogação da decisão proferida, em 30.6.2020, pelo Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho na TP n. 2.787/SP, mediante a qual concedida tutela de urgência para atribuir efeito suspensivo ao presente Recurso Especial, restabelecendo-se, em consequência, os efeitos do acórdão prolatado pelo tribunal *a quo*.

No que tange aos honorários advocatícios, da conjugação dos Enunciados Administrativos ns. 3 e 7, editados em 9.3.2016 pelo Plenário desta Corte, depreende-se que as novas regras relativas ao tema, previstas no art. 85 do Código de Processo Civil de 2015, serão aplicadas apenas aos recursos sujeitos à nova legislação, tanto nas hipóteses em que o julgamento da lide gerar a necessidade de fixação ou modificação dos ônus da sucumbência anteriormente distribuídos quanto em relação aos honorários recursais (§ 11).

In casu, impossibilitada a majoração de honorários nos termos do art. 85, § 11, do Código de Processo Civil de 2015, porquanto já alcançado o limite previsto no § 2º do mencionado dispositivo legal (fl.1.466e).

Posto isto, **CONHEÇO PARCIALMENTE** do Recurso Especial e, nessa extensão, **NEGO-LHE PROVIMENTO**, restando, conseqüentemente, **REVOGADA** a tutela de urgência deferida nos autos da TP n. 2.787/SP.

É o voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2020/0259141-0

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.899.040 / SP

Número Origem: 10012433720148260562

PAUTA: 05/03/2024

JULGADO: 05/03/2024

Relatora

Exma. Sra. Ministra **REGINA HELENA COSTA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro PAULO SÉRGIO DOMINGUES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. CARLOS RODOLFO FONSECA TIGRE MAIA

Secretária

Bela. BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : EMBRAPORT EMPRESA BRASILEIRA DE TERMINAIS PORTUARIOS S/A

ADVOGADOS : JOSÉ CARLOS DA ANUNCIAÇÃO - SP131142
MAURÍCIO WAKUKAWA JÚNIOR - SP183918

RECORRIDO : MARIMEX DESPACHOS TRANSPORTES E SERVIÇOS LTDA
ADVOGADOS : RUY PEREIRA CAMILO JUNIOR - SP111471

BRUNO CORRÊA BURINI - SP183644
HELENA HISSAKO ADANIYA - SP163258
RENATA DE PAOLI GONTIJO - RJ093448

INTERES. : AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS - ANTAQ - "AMICUS CURIAE"

INTERES. : CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA-CADE - "AMICUS CURIAE"

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Taxas - Federais

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr. JOSÉ CARLOS DA ANUNCIAÇÃO, pela parte: RECORRENTE: EMBRAPORT EMPRESA BRASILEIRA DE TERMINAIS PORTUARIOS S/A e Dr. BRUNO CORRÊA BURINI, pela parte: RECORRIDO: MARIMEX DESPACHOS TRANSPORTES E SERVIÇOS LTDA

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Após o voto da Sra. Ministra Relatora conhecendo parcialmente do recurso especial e, nessa parte, negando-lhe provimento, revogando a tutela provisória deferida na TP n. 2.787/SP, pediu vista o Sr. Ministro Gurgel de Faria. Aguardam os Srs. Ministros Paulo Sérgio Domingues (Presidente), Benedito Gonçalves e Sérgio Kukina.

 2020/0259141-0 - REsp 1899040

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2020/0259141-0

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.899.040 / SP

Número Origem: 10012433720148260562

PAUTA: 23/04/2024

JULGADO: 23/04/2024

Relatora

Exma. Sra. Ministra **REGINA HELENA COSTA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro PAULO SÉRGIO DOMINGUES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. HUMBERTO JACQUES DE MEDEIROS

Secretária

Bela. BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : EMBRAPORT EMPRESA BRASILEIRA DE TERMINAIS PORTUARIOS S/A
ADVOGADOS : JOSÉ CARLOS DA ANUNCIAÇÃO - SP131142
MAURÍCIO WAKUKAWA JÚNIOR - SP183918
LUIS FELIPE SALOMÃO FILHO E OUTRO(S) - DF071367
RECORRIDO : MARIMEX DESPACHOS TRANSPORTES E SERVIÇOS LTDA
ADVOGADOS : RUY PEREIRA CAMILO JUNIOR - SP111471
BRUNO CORRÊA BURINI - SP183644
HELENA HISSAKO ADANIYA - SP163258
RENATA DE PAOLI GONTIJO - RJ093448
INTERES. : AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS - ANTAQ - "AMICUS CURIAE"
INTERES. : CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA-CADE - "AMICUS CURIAE"

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Taxas - Federais

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Indeferido o pedido de retirada de pauta e adiado o julgamento em razão da ausência, justificada, do Sr. Ministro Benedito Gonçalves.

 2020/0259141-0 - REsp 1899040



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1899040 - SP (2020/0259141-0)

RELATORA : **MINISTRA REGINA HELENA COSTA**
RECORRENTE : EMBRAPORT EMPRESA BRASILEIRA DE TERMINAIS PORTUARIOS S/A
ADVOGADOS : JOSÉ CARLOS DA ANUNCIÇÃO - SP131142
PEDRO GOMES MIRANDA E MOREIRA - SP275216
RECORRIDO : MARIMEX DESPACHOS TRANSPORTES E SERVIÇOS LTDA
ADVOGADOS : RUY PEREIRA CAMILO JUNIOR - SP111471
BRUNO CORRÊA BURINI - SP183644
HELENA HISSAKO ADANIYA - SP163258
RENATA DE PAOLI GONTIJO - RJ093448
INTERES. : AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS - ANTAQ - "AMICUS CURIAE"
INTERES. : CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA-CADE - "AMICUS CURIAE"

VOTO-VISTA

EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA: Após o bem-lançado voto da eminente relatora, Min. REGINA HELENA COSTA, que Sua Excelência conhece em parte do recurso especial de EMBRAPORT EMPRESA BRASILEIRA DE TERMINAIS PORTUARIOS S.A. e, nessa extensão, nega-lhe provimento, pedi vista dos autos e agora submeto o feito a julgamento.

De início, antecipo que acompanho a Relatora no tocante ao afastamento da alegada negativa de prestação jurisdicional; à inocorrência de cerceamento de defesa, bem como acerca da incidência da Súmula 211 do STJ e da inexistência de violação da coisa julgada.

De igual modo, indico que estou a acompanhar a eminente Relatora, no mérito, apenas dela divergindo quanto à delimitação da controvérsia.

Dito isso, anoto que a controvérsia diz respeito à legalidade da cobrança de tarifa decorrente da prestação de serviço portuário, denominada *Terminal Handling Charge 2* – THC2 ou Serviço de Segregação e Entrega de Contêineres – SSE.

Conforme consta do acórdão recorrido, MARIMEX DESPACHOS, TRANSPORTES E SERVIÇOS LTDA., ora recorrida, – "empresa que presta serviços de armazenagem e despacho aduaneiros de mercadoria fora do local de funcionamento do porto (retroporto, ou porto seco)" propôs ação em desfavor de EMBRAPORT – EMPRESA BRASILEIRA DE TERMINAIS PORTUÁRIOS S.A., ora recorrente, questionando a tarifa cobrada pela ré "em decorrência do transporte horizontal das mercadorias (conhecida como THC2)", ao argumento de que a tarifa citada "abrange serviços já remunerados pelo navio transportador no momento da solicitação do transporte vertical (descarregamento da mercadoria), não havendo qualquer prestação de serviço adicional ou relação jurídica entre as partes que justifique a cobrança da tarifa" (e-STJ fl. 1438).

No primeiro grau, o pedido foi julgado improcedente.

O Tribunal estadual reformou a sentença.

Para tanto, promoveu, em primeiro lugar, a *descrição* dos quatro agentes envolvidos na prestação dos serviços portuários, a saber, o importador, o armador, o operador portuário e o terminal retroportuário alfandegado (também conhecido como retroporto ou porto seco), e delimitou o modo como ocorre a *dinâmica* do mercado de prestação de serviços portuários, da seguinte maneira (e-STJ fls. 1.440/1445):

O **importador** é o destinatário final da carga transportada. É ele quem, adquire a mercadoria em país estrangeiro e contrata a companhia de navegação que efetuará a entrega em solo nacional.

O **armador** opera o navio e faz o transporte marítimo da carga importada até o porto em que deve ocorrer a entrega, momento no qual se encerra a prestação do serviço para o qual foi contratado. É o armador quem contrata o operador portuário que efetuará a descarga dos contêineres.

O **operador portuário** é a empresa responsável pela retirada dos contêineres de dentro do navio e pela sua descarga na área do porto, local onde aguarda o devido encaminhamento ao recinto alfandegado escolhido pelo importador, de modo que, obrigatoriamente, realiza também uma espécie de armazenagem temporária da carga (até que esta seja encaminhada ao recinto de armazenagem alfandegada contratado pelo importador).

A Lei 12.815/2012 (nova Lei dos portos), em texto que não difere substancialmente daquele constante na revogada Lei 8.630/1993, define o operador portuário como a "**pessoa jurídica pré-qualificada para exercer as atividades de movimentação de passageiros ou movimentação e armazenagem de mercadorias, destinadas ou provenientes de transporte aquaviário, dentro da área do porto organizado**". (Destaquei).

Como se verifica, a Lei dos Portos permite aos operadores portuários explorar não apenas o mercado de carga e descarga dos navios (transporte vertical), mas também o mercado de armazenagem da mercadoria para desembarço aduaneiro.

Uma vez que a mercadoria importada somente pode ser retirada pelo

importador após o desembarço aduaneiro, os contêineres devem permanecer sob armazenagem alfandegada até a conclusão dos trâmites exigidos pela Receita Federal. Esse serviço de armazenagem pode ser prestado tanto pelo operador portuário (conforme já visto), quanto **pelos terminais retroportuários alfandegados**, também conhecidos como retroportos ou portos secos (por não terem acesso ao mar).

Os retroportos situam-se em zonas contíguas ao porto organizado e não possuem acesso direto à área de embarque e desembarque de cargas. O artigo 11 do Decreto nº 6759/2009 define os portos secos como “recintos alfandegados de uso público nos quais são executadas operações de movimentação, armazenagem e despacho aduaneiro de mercadorias e de bagagem, sob controle aduaneiro”.

Esclareça-se que os retroportos foram criados no ano de 1986 com o objetivo de agilizar as operações portuárias, tendo em vista a enorme demora existente entre o desembarque da mercadoria nas docas e o efetivo desembarço aduaneiro, o que acabava por prejudicar o funcionamento dos terminais de descarga.

(...).

Em resumo, a dinâmica do mercado de prestação de serviços portuários desenvolve-se do seguinte modo: O importador adquire determinada mercadoria no mercado externo e contrata um armador responsável para seu transporte até o solo brasileiro. O armador, por sua vez, contrata um dos vários operadores portuários estabelecidos no porto organizado para efetuar o desembarque dos contêineres. Efetuado o desembarque, a mercadoria deve ser encaminhada a um recinto alfandegado, que pode tanto pertencer ao próprio operador portuário como também a um terminal retroportuário. A contratação do recinto alfandegado cabe ao importador, que é quem remunera o serviço.

No que diz respeito aos agentes envolvidos na prestação de serviços portuários, merecem destaque os seguintes pontos:

a) Os operadores portuários atuam tanto no mercado de transporte vertical de contêineres, quanto no mercado de armazenagem alfandegada;
b) No mercado de transporte vertical de contêineres, os operadores portuários competem entre si para prestarem o serviço às companhias de navegação;

c) No mercado de armazenagem alfandegada, os operadores portuários disputam com os retroportos para obter contratos juntos aos importadores;

d) Embora suas atividades sejam interdependentes, o operador portuário e o terminal retroportuário não celebram qualquer contrato entre si. Uma vez contratados pelo importador, o retroporto está vinculado à escolha do operador portuário feita pelo armador, ou seja, os retroportos não podem escolher em que terminal retirar a carga. Conforme bem destacado pelo CADE quando do julgamento do processo administrativo nº 08012.007443/99-17, a escolha do operador portuário pelo armador “deve-se à inviabilidade econômica e operacional de o armador, que transporta mercadorias de vários importadores, efetuar atracções seguidas em terminais diferentes conforme a escolha de cada importador”. (Grifos em negrito sublinhado acrescidos).

Ainda no escopo de dirimir a controvérsia, a Corte local, de modo bastante didático, explicitou as quatro espécies de serviços portuários prestados pelos agentes sobre os quais incide as respectivas tarifas, dentre elas, a THC2, alvo da presente demanda (e-STJ fls. 1.446/1.447):

Interessam á presente lide os serviços prestados à carga, os quais são de quatro espécies:

a) transporte vertical: transferência da carga entre o navio e as docas. É prestado pelo operador portuário e gera a cobrança da tarifa denominada “Box

Rate”, a qual é paga pelo armador que, por sua vez, pode se ressarcir dessa despesa perante o importador através da cobrança da Taxa de Movimentação no Terminal (Terminal Handling Charge THC);

b) transporte horizontal: transferência da carga entre as docas e o portão. Compreende a segregação e entrega dos contêineres e é prestado pelo operador portuário a si próprio ou ao terminal retroportuário. Na hipótese de o importador ter contratado um terminal retroportuário para armazenar a sua mercadoria, os operadores portuários cobram uma tarifa de entrega denominada THC2 que, supostamente, cobre custos relacionados à liberação dessa carga.

c) armazenagem intermediária no pátio pelo tempo necessário para transferência ao navio ou portão.

d) Armazenagem Alfandegada: Armazenamento da mercadoria importada e despacho aduaneiro, visando a liberação junto à Receita Federal.

A questão controversa reside na legalidade da cobrança da THC2, ou, mais precisamente, na resolução das seguintes questões:

1. A THC2 remunera serviços efetivamente prestados pelos operadores portuários?
2. Em caso positivo, tais serviços estão incluídos na “Box Rate” paga pelo armador, ou devem ser remunerados separadamente?
3. Acaso não incluídos na “Box Rate”, pode o órgão regulador impor a cobrança da tarifa ao terminal retroportuário?
4. Por fim, ainda que regulamentada pelo órgão competente, a cobrança do THC2 prejudica, de alguma forma, a livre concorrência no mercado de armazenagem alfandegada?

Do quadro de serviços portuários acima descrito pelo Tribunal de origem, extrai-se que o importador contrata o armador que, por sua vez, faz a contratação de um dos operadores portuários para o desembarque da mercadoria no porto. Feito o desembarque, a mercadoria segue para o recinto alfandegário – que pode pertencer ao próprio operador portuário (no caso, a EMBRAPORT) ou a um terminal retroportuário (no caso, a MARIMEX), visto que ambos disputam a prestação do serviço de armazenagem alfandegada.

Ainda segundo o que consta do acórdão impugnado (e-STJ fls. 1.483/1.484), quando o operador portuário, ora recorrente, presta o serviço de armazenagem alfandegária, o serviço de transporte horizontal da carga está incluído na tarifa denominada Cesta de Serviços ou “Box Rate.”

No entanto, quando a carga é entregue ao terminal retroportuário ou retroporto (MARIMEX, ora recorrida), há regulamentação diversa instituída pela ANTAQ na Resolução nº 2389/2012, cujo art. 9º expressamente limita o alcance da “Box Rate” ao estabelecer 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 do THC, salvo previsão contratual em sentido diverso” (e-STJ fl. 1.451).

Nesse ponto, o Tribunal estadual fez incursão na questão relativa à

intersecção entre as normas de caráter regulatório, editadas pela ANTAQ, e aquelas de ordem econômica, com matriz anticoncorrencial, sob tutela administrativa do CADE.

Em relação ao poder normativo conferido às agências reguladoras, citou o Tribunal *a quo*, especificamente, a Lei nº 10.233/2001 que outorgou à ANTAQ "a competência geral de regulamentação dos setores de 'navegação fluvial, lacustre, de travessia, de apoio marítimo, de apoio portuário, de cabotagem e de longo curso' e sobre 'os portos organizados e as instalações portuárias neles localizadas'" (art. 23, incisos I e II) e, em especial, no que interessa para ao presente litígio, o poder de "promover as revisões e os reajustes das tarifas portuárias" (artigo 24, inciso VII)" (e-STJ fl. 1.456).

A questão que se pôs a debater na origem é se a ANTAQ, no exercício da atividade regulatória que lhe foi conferida pela legislação, entre elas, a definição da tarifas do serviço portuário, deve observar os ditames da legislação antitruste.

Para a Corte paulista, embora o poder normativo conferido à autarquia especial "constitua uma poderosa ferramenta de intervenção nas forças naturais do livre mercado, possibilitando uma alteração substancial do equilíbrio concorrencial, o seu uso não exime as agências reguladoras de observar a legislação antitruste" (e-STJ fl. 1.457).

Eis as razões esboçadas no aresto recorrido (e-STJ fls. 1.457/1.459):

Em assim sendo, cabe também à agência reguladora observar a livre concorrência em todos os seus atos, buscando evitar que determinada regra regulatória resulte num desequilíbrio de concorrência, em favor de um dos agentes regulados. As agências reguladoras, e este é o ponto central da controvérsia, não estão imunes à legislação antitruste, sendo ilícitos os atos normativos que, a pretexto de regulamentar as relações entre os agentes econômicos, desequilibrem a concorrência em favor de um deles.

Reforçando este dever de observância da legislação antitruste, agora no que diz respeito especificamente ao caso em análise, o artigo 12, inciso VII, da Lei 10.233/2001 impõe a ANTAQ a obrigação de "reprimir fatos e ações que configurem ou possam configurar competição imperfeita ou infrações da ordem econômica".

É fato que, considerada a relevância social de determinado setor econômico, pode e deve o Estado intervir mediante regulação mais exaustiva, em detrimento à livre concorrência, de modo a garantir a proteção aos interesses dos usuários dos serviços e consumidores dos produtos.

Não é o que se verifica na hipótese dos autos, tendo em vista que, desde a lei de modernização dos portos, o legislador optou por colocar o setor de prestação de serviços portuários num regime de livre concorrência. Esta opção fica clara pelos termos do artigo 3º, inciso IV, da atual Lei dos Portos (Lei 12.815/2013), que estabelece como uma das diretrizes da exploração dos portos, o "estímulo à concorrência, incentivando a participação do setor privado e assegurando o amplo acesso aos portos organizados, instalações e

atividades portuárias”

No mesmo sentido, o artigo 12, inciso VII, da Lei 10.233/2001, que estabelece ser diretriz geral do gerenciamento da infraestrutura e da operação dos transportes aquaviário “reprimir fatos e ações que configurem ou possam configurar competição imperfeita ou infrações da ordem econômica”.

Fácil notar que, a regulação no setor portuário foi feita para estimular a concorrência e não para substituí-la, o que faz com que as resoluções da ANTAQ se submetam à legislação antitruste. (Grifos acrescidos)

Como se observa das razões acima expostas, o Tribunal paulista entendeu, em primeiro lugar, que os atos infralegais editados pela ANTAQ, com lastro na competência normativa conferida pela Lei n. 10.233/2001, deveriam submeter-se às regras de proteção da ordem econômica descritas na Lei nº 12.529/2011.

Nas razões do apelo especial, a EMBRAPORT defende, no mérito, a "competência regulatória" da ANTAQ para "editar normas, definir tarifas e promover revisões e reajustes tarifários", bem como "reprimir fatos e ações que configurem atentado a livre concorrência ou infrações de ordem econômica", de acordo com os arts. 12, VII e 27, II, IV e VII, da Lei nº 10.233/2001 (e-STJ fls. 1.684/1.687).

Nesse ponto, filio-me às detalhadas e bem lançadas razões esboçadas pela eminente Ministra Relatora, em seu voto, no sentido de que não existe isenção antitruste decorrente da edição de normas regulatórias pela ANTAQ.

Isso porque deve prevalecer as normas de proteção econômica de proteção da competitividade, encartadas na Lei nº 12.529/2011, manifestadas, no caso concreto, pelo CADE. Aliás, este é o órgão responsável por decidir, em caráter definitivo no âmbito do Poder Executivo, acerca da existência de infrações à ordem econômica e zelar pela aplicação da lei de defesa da concorrência, sobretudo em razão do disposto no 31 da Lei n. 12.529/2011, que submete o poder regulador a observâncias das normas antitruste, cuja tutela, reitere-se, foi conferida na esfera administrativa ao CADE:

Art. 31. Esta Lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal.

Acerca do tema, transcreve trecho do voto da eminente Ministra Regina Helena Costa, que ora subscrevo:

Nesse contexto, de rigor a manutenção do entendimento abraçado pela Corte *a quo*, porquanto, a despeito de as regras dispostas nos arts. 12, VII, e 27, II, IV e VII, da Lei n. 10.233/2001 conferirem à ANTAQ prerrogativas regulamentares voltadas a promover a competitividade nos setores de transporte aquaviário e de exploração de infraestrutura portuária, inclusive mediante a atribuição de poder para reprimir fatos e ações caracterizadoras de

infrações à ordem econômica, ausente isenção antitruste tão somente em razão da veiculação de atos normativos atinentes à cobrança de tarifas pelos operadores portuários.

Isso porque, de acordo com o art. 31 da Lei n. 12.529/2011, a legislação de defesa da ordem econômica é aplicável às pessoas jurídicas de direito público, inclusive às agências reguladoras, de modo que a atuação desses agentes não está infensa ao escrutínio do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC, mesmo no contexto da edição de regulamentos aplicáveis aos setores regulados.

A par disso, à vista da norma plasmada no art. 9º, § 2º, da Lei n. 12.529/2011, as decisões do Tribunal Administrativo do CADE são definitivas e não comportam revisão no âmbito do Poder Executivo, preceito normativo o qual alberga inteligência no sentido de que, em matéria de reconhecimento de ofensas à competitividade, prevalecem as orientações da autarquia antitruste sobre a normatização setorial, exegese reforçada com a vigência da Lei n. 13.848/2019, cujos arts. 25 a 28, ao regularem a interação entre as normas setoriais e os órgãos de defesa da concorrência, conferem primazia à entidade de proteção à ordem econômica, sem prejuízo de incumbir à regulação, em auxílio à missão do CADE, o dever de monitorar e acompanhar as práticas dos mercados submetidos à intervenção estatal.

Idêntica compreensão foi externada na manifestação do CADE como *amicus curiae* (fls. 2.129/2.130e):

Em sua missão institucional, o CADE também tem por competência analisar a conduta de mercados regulados. Tanto as Leis que disciplinam os portos e demais instalações portuárias (Leis nº 10.233/2001 e 12.815/2013), quanto em relação aos dispositivos da Lei Antitruste, todas reafirmam o poder-dever de o CADE analisar o abuso cometido pelo operador portuário e a infração contra a ordem econômica daí decorrente.

Não existe uma espécie de isenção antitruste por existir atividade de regulação setorial realizada pela ANTAQ, uma vez que sua atuação não leva em conta aspectos do direito antitruste, trazidos pelas Leis n.º 8.884/94 e n.º 12.529/2011, objeto de preocupação do CADE. Tanto é assim que os artigos 31 e 45, da Lei nº 10.233/2001, também determinam que a ANTAQ comunique ao CADE possíveis infrações contra a ordem econômica, verificadas no seu âmbito de atuação

[...]

Desse modo, vislumbra-se uma complementariedade de atribuições institucionais entre CADE e ANTAQ: compete ao CADE a aplicação de sanções, à luz da defesa da concorrência, em sua função de prevenção e repressão a lesões à ordem econômica nacional. Já à ANTAQ compete uma análise de natureza regulatória, no marco de suas atribuições de supervisionar e fiscalizar as atividades de prestação de serviços de transporte aquaviário e de exploração da infraestrutura portuária e aquaviária exercida por terceiros (Grifos originais).

Embora concorde com os fundamentos adotados por Sua Excelência, dirirjo em relação à delimitação da controvérsia.

É que a Ministra Relatora, em seu voto, entende que a questão devolvida no apelo especial envolve apenas a análise da eventual "antinomia no tocante à autoridade responsável pela tutela da concorrência nos setores de transporte aquaviário e de infraestrutura portuária", de modo que não estaria em debate aqui a legalidade da exigência da THC2 por ofensa à Lei nº 12.529/2011.

De fato, como visto acima, o aresto recorrido respaldado pela

Relatora concluiu que a atividade regulamentar da agência reguladora (no caso, a ANTAQ), exercido com lastro na Lei n. 10.233/2001, para reprimir condutas violadoras da ordem econômica no mercado de armazenagem alfandegada, não prevalece diante da Lei n. 12.529/2011, a qual concede ao CADE a atribuição de zelar por sua observância e decidir sobre a existência de práticas anticompetitivas, de maneira ampla e sem quaisquer restrições. Isto é, a ANTAQ deve observar o direito concorrencial em suas regulações, cuja última palavra compete ao CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE.

No entanto, entendo que a análise da "competência regulatória" da ANTAQ para "reprimir atos que configurem ofensa à livre concorrência", questão devolvida no apelo especial (e-STJ fl. 1.687), deságua obrigatoriamente na exigência da tarifa impugnada na presente ação (THC2), porquanto sua cobrança advém de atos infralegais editados pela apontada agência, no exercício de atividade reguladora.

A questão da ilicitude da cobrança da tarifa de segregação e entrega de contêineres (THC2 ou SSE), como conduta violadora do direito antitruste, exsurge como elemento indissociável da discussão referente à aparente dicotomia entre as normas de matriz econômica e anticoncorrencial e aquelas de direito regulatório editadas pela ANTAQ.

Tanto é assim que o Tribunal estadual, após sublinhar que as resoluções da ANTAQ deveriam se submeter à legislação antitruste, passou a analisar, de modo consequencial, o caráter anticoncorrencial caracterizado como abuso de poder dominante da cobrança da THC2 (e-STJ fls. 1.459/1.460).

Acerca deste ponto, concluiu a Corte de origem pela ilegalidade da cobrança da THC2 ou SSE pela requerida, ora recorrente, por ficar configurada prática anticoncorrencial denominada de *price squeeze*, que se caracteriza pela conduta de agente econômico que, em posição dominante, eleva o preço de insumos essenciais à atividade do concorrente.

Com efeito, ao verificar a questão da violação da legislação antitruste, o Tribunal *a quo* foi categórico ao apontar a ilegalidade da cobrança de THC2, por se revestir de caráter anticoncorrencial consubstanciada em abuso de posição dominante por parte dos operadores portuários, consoante trecho a seguir transcrito (e-STJ fls. 1.461/1.465):

Em linhas gerais, pode-se afirmar que, ao contrário do poder dominante obtido

pela maior eficiência, há de se considerar ilícita a concorrência oferecida por agente econômico que não conquistou seu poder de mercado com base em uma vantagem competitiva. É o que ocorre, entre outros, nos casos em que um concorrente oferece preço inferior ao de mercado porque controla um insumo de grande importância aos seus concorrentes dentro da cadeia de produção, exata hipótese da situação sob análise.

Com efeito, apenas aos operadores portuários é viabilizada a utilização da infraestrutura que permite a movimentação vertical de contêineres, o que lhes permite controlar o acesso dos retroportos ao insumo básico de suas atividades empresariais (os contêineres). Tal circunstância ganha maior relevância quando considerado o fato de que tais insumos são infungíveis, não podendo o retroporto retirar outra carga que não aquela específica para o qual foi contratado ou, tampouco, retirar a carga no operador portuário de sua preferência, estando vinculado, nesse particular, à escolha do armador.

A relação de dependência verificada entre os terminais retroportuários e os operadores portuários seria restrita à atividade regulatória, não fosse o fato de essas as empresas competirem no mercado de armazenagem alfandegada.

Isto porque, com a possibilidade de livre cobrança da THC2, o operador portuário possui o poder de impor preços que dificultem ou impeçam o acesso de seus concorrentes a um insumo essencial da atividade econômica, circunstância inegavelmente apta a prejudicar a concorrência no mercado de armazenagem alfandegária, mediante a elevação artificial do preço dos concorrentes.

Ciente de que controla um insumo infungível e essencial ao seu concorrente, o operador portuário têm condições de estabelecer um preço sem qualquer relação com o custo de entrega dos contêineres, prática conhecida na literatura antitruste como “pricesqueeze”, que, na definição de Paula Forgioni, é a atitude do agente econômico em posição dominante que lhe permite “o aumento do preço de matérias-primas essenciais à atividade do concorrente, sem aumentar seus próprios custos”.

(...).

Os operadores portuários se encontram, portanto, em situação tal, que lhes é possível aumentar os custos de seus concorrentes e possuem incentivo para tanto, já que o custo da manobra é praticamente nulo e os seus resultados significativos. (...).

Nessas circunstâncias, seria possível aos operadores portuários praticarem preços mais competitivos na disputa pelos contratos junto aos armadores, resultando na obtenção do bônus do serviço de segregação e entrega, e por conseguinte, no recebimento da THC2, a fim de elevar seus lucros com a prestação de serviço de armazenagem, na qual concorrem em melhor condição com os terminais retroportuários.

Em síntese, há a possibilidade de os operadores portuários exercerem de forma abusiva seu poder de mercado sobre os retroportos na hipótese de ser permitida a cobrança de tarifa pelo serviço de segregação e entrega, independente do preço fixado pelo órgão regulador.

(...).

Ademais, conforme já esclarecido no capítulo que tratou da existência de efetiva prestação de serviço de transporte vertical, o próprio órgão técnico da ANTAQ concluiu pela inexistência de diferença substancial (em termo de custos e prestação de serviços) entre a entrega dos contêineres ao terminal retroportuário ou ao recinto alfandegário pertencente ao próprio operador portuário, de modo que, em relação a este último, inexistente remuneração específica pelo serviço de transporte horizontal, que, é, portanto, diluído na remuneração obtida pelo operador portuário, a “Box Rate”.

Ora, tendo em perspectiva que a “Box Rate” remunera o serviço de transporte horizontal quando este é prestado pelo próprio operador portuário, a cobrança de outra tarifa (THC2), na hipótese do transporte horizontal ocorrer em favor do retroporto, ainda que a preço de custo, implica numa dupla remuneração pelo mesmo serviço, com reflexo direto na formação de preço, elevando-o em relação aos concorrentes, ao mesmo tempo em que, a custas deles, o diminui quando cobrado pelo operador.

(Grifos acrescidos).

De fato, se os operadores portuários e os retroportos concorrem entre si no mercado de armazenagem alfandegária, mas existe uma relação de dependência entre eles, pois os operadores portuários têm o poder de impor preços que dificultam ou impedem o acesso de seus concorrentes ao insumo da atividade econômica, tem-se prática conhecida no meio antitruste como *price squeeze*.

A esse respeito, convém assinalar que tanto o CADE quanto o Tribunal de Contas da União estão de acordo quanto ao caráter anticompetitivo da tarifa THC2 ou SSE, como esclarece aquela autarquia nas informações aqui prestadas, na qualidade de *amicus curiae*, a seguir transcritas (e-STJ fls. 2.168/2.171):

Apesar desse ambiente de litigiosidade judicial, o CADE possui firme compreensão pelo caráter ilícito da THC2. Nessa mesma linha, cabe mencionar que o Tribunal de Contas da União - TCU, no julgamento do TC nº 014.624/2014-1, recomendou à ANTAQ a "revisão da regulamentação concernente à cobrança do serviço de segregação e entrega de contêiner (SSE ou THC 2), de modo a adequá-la ao novo arcabouço jurídico institucional estabelecido pela Lei 12.815/2013 e pela Lei 12.529/2011, com vistas a dar cumprimento a 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".

(...).

A situação fática concorrencial que atrai a competência do CADE decorre do abuso da posição dominante do operador portuário, especificamente no mercado de armazenagem, desfrutando de privilégio indevido da concessão que fora outorgada pela União para operar no porto organizado.

Isso porque a cadeia logística envolvida na importação de uma determinada mercadoria através de transporte marítimo gera uma série de relações obrigacionais, as quais se relacionam em uma cadeia verticalizada de prestação de serviços portuários.

O importador, destinatário da mercadoria, celebra contrato de compra e venda com determinado exportador. Para viabilizar o transporte marítimo para entrega da mercadoria, faz-se necessária a contratação de um armador para transporte da carga até o porto de destino.

Como a obrigação de transporte marítimo se encerra com a entrega da carga⁴, o armador deve contratar um operador portuário, que realizará a atracação do navio, e a descarga e movimentação das cargas no porto até a sua entrega. Na operação dos contêineres no porto, portanto, incumbirá ao operador portuário a movimentação vertical⁵(ou seja, do porão do navio até o costado) e a movimentação horizontal em terra⁶(ou seja, do costado do navio até o portão do operador portuário).

A escolha do porto em que a mercadoria será recebida é feita pelo importador, contudo, cabe exclusivamente ao armador a escolha do operador portuário em que a carga será desembarcada.

A depender do regime aduaneiro escolhido pelo importador, a nacionalização da mercadoria obedecerá a prazos diferentes, e demandará armazenamento em local especialmente autorizado entre o período da descarga do navio e do desembarço aduaneiro. Após o desembarço aduaneiro, a mercadoria será entregue ao importador ou permanecerá à sua disposição armazenada.

A armazenagem poderá ser realizada nos recintos alfandegados do próprio operador portuário ou em uma instalação portuária alfandegada, também chamada de terminal ou armazém alfandegado, cabendo ao importador escolher em que local permanecerá a carga.

(...).

Ao condicionar o acesso dos seus concorrentes, no mercado de armazenagem, aos contêineres que ensejarão o pagamento da referida THC2, o operador portuário cria um aumento unilateral e arbitrário nos custos desses concorrentes, privilegiando seus próprios armazéns, na medida em que pode não cobrar a denominada THC2 daqueles importadores que optarem por contratar seus serviços, em detrimento das empresas que não têm acesso ao cais do porto, prejudicando a concorrência no setor de armazenagem de contêineres.

Em outros termos, estabelecendo-se em posição dominante, com poder de controlar as condições do mercado de armazenagem de contêineres, ao arbitrar quais serão os casos de cobrança de THC2, a ação do operador portuário aumenta os preços pagos pelo importador de determinada mercadoria, sendo posteriormente repassados ao consumidor final. Ao fim e ao cabo, no mercado de armazenagem, o operador portuário pode arbitrar qual importador irá pagar ou não a tarifa THC2. (Grifos acrescidos).

Sobre a posição do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE e o julgamento da Corte de Contas, a ilustre Ministra Relatora em seu voto se pronunciou, nos seguintes termos:

A respeito do tema, o Tribunal Administrativo do CADE possui firme entendimento segundo o qual a mera edição de atos normativos por agências reguladoras não confere isenção antitruste.

Tal questão foi assentada, inicialmente, em voto prolatado pelo então Sr. Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva, concluindo ser “[...] evidente que a atividade judicante do CADE – que decorre de expressa determinação constitucional, quando determina que a lei reprimirá o abuso de poder econômico (artigo 173, §4º da CR/88) – não pode ficar condicionada à existência ou não de regulação específica para determinada matéria. Certo é que ao CADE não é dado o poder de revisão dos dispositivos emanados pelo poder regulador, mormente quando tais dispositivos dizem respeito à regulação técnica e econômica de determinado setor [...]. Entretanto, deparando-se com situações que possam configurar infração à ordem econômica, é dever da autoridade antitruste investigar e julgar tais condutas, nos estritos termos da Lei n.º 8.884/94, de resto em perfeita harmonia com o arcabouço jurídico-institucional vigente. Assim, é irrelevante para o aplicador do direito antitruste, perquirir se tal ou qual edital de licitação ou se tal ou qual contrato preveem, expressa ou implicitamente, certa conduta ou atividade, as quais deverão ser analisadas, neste Conselho, sob o prisma da lei da concorrência” (cf. Processo Administrativo n. 08012.007443/99-17, j. 27.4.2005).

Especificamente no tocante à cobrança da THC2, tal compreensão foi reforçada em caso envolvendo o mercado de armazenagem de contêineres no Porto de Suape/PE, ocasião na qual reconhecida a natureza anticompetitiva de sua exigência, consoante acórdão assim ementado:

PROCESSO ADMINISTRATIVO. CONDUTA UNILATERAL. SUPOSTO ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE NO MERCADO DE MOVIMENTAÇÃO DE CONTÊINERES, COM EFEITOS NO MERCADO DE ARMAZENAGEM ALFANDEGADA, NA ÁREA DE INFLUÊNCIA DO PORTO DE SUAPE/PE. SUPOSTA COBRANÇA INDEVIDA POR SERVIÇOS DE SEGREGAÇÃO DE CONTÊINERES (“SSE” OU “THC2”). AUSÊNCIA DE PRELIMINARES. PARECER DA SG PELA OCORRÊNCIA DE INFRAÇÃO À ORDEM ECONÔMICA ATÉ A VIGÊNCIA DA RESOLUÇÃO ANTAQ NO 34/2019. PARECERES DA PFE/CADE E DO MPF PELA CONDENAÇÃO TANTO NO PERÍODO PRÉ QUANTO APÓS A ENTRADA EM VIGOR DA RESOLUÇÃO ANTAQ NO 34/2019. COMPETÊNCIA DO CADE ATESTADA. REGRA DA RAZÃO. AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA RAZOÁVEL NO CASO CONCRETO PARA A

COBRANÇA. COBRANÇA POR SERVIÇOS JÁ ABRANGIDOS PELA TERMINAL HANDLING CHARGE (“THC”). TRATAMENTO DISCRIMINATÓRIO AOS CONCORRENTES NO MERCADO À JUSANTE. ABUSO CARACTERIZADO. CONDENAÇÃO. MULTA. PROIBIÇÃO DE COBRANÇA DE THC2 NOS TERMOS ATUAIS.

1. Ordenamento jurídico confere ao CADE competência para apurar condutas anticompetitivas, inclusive, em mercados regulados, tendo em vista que o escopo da atuação do CADE e da respectiva agência reguladora são distintos e complementares.

2. Cumprimento de norma setorial não impede a ocorrência de infração à ordem econômica, a depender dos elementos do caso concreto.

3. Empresa com monopólio no mercado à montante detentora de bem essencial é capaz de criar barreiras artificiais para seus rivais no mercado à jusante. (Processo Administrativo n. 08700.005499/2015-51, Relator Conselheiro Luiz Augusto Azevedo de Almeida Hoffmann, j. 8.2.2021 – destaques meus).

Na mesma toada, recentemente, o Tribunal de Contas da União reconheceu o aspecto anticompetitivo da exigência do SSE (THC2) pelos operadores portuários em face dos *terminais retroportuários*, por ofensa às regras constantes da Lei n. 12.529/2011, afastando, em consequência, a existência de isenção antitruste tão somente pela edição de normas infralegais da ANTAQ autorizando sua cobrança (cf. Acórdão n. 1.448/2022 – TCU – Plenário, Rel. Ministro VITAL DO REGO, j. 22.6.2022).

Na oportunidade, ademais, a Corte de Contas determinou à autarquia setorial a anulação de dispositivos de sua Resolução ANTAQ n. 77/2022 relativamente à tarifa, inclusive mediante implemento de medida acauteladora destinada a suspender imediatamente os atos normativos que a amparavam, nos seguintes termos:

9.1.2. no mérito, considerar procedente a denúncia do TC 015.453/2020- 0, em face do desvio de finalidade do ato de expedição da Resolução Antaq 72/2022, normativo que permite a cobrança da taxa de serviço de segregação e entrega dos recintos alfandegários independentes pelos terminais portuários, praticado com um fim diverso do previsto no artigo 20, inciso II, alínea “b” e art. 27, inciso IV, da Lei 10.233/2001 e em afronta ao artigo 36, incisos I e IV da Lei 12.529/2011 e ao artigo 4º, inciso I, da Lei 13.847/2019; (...)

9.3. determinar à Antaq que, no prazo de 30 (trinta) dias, 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 artigo 36, incisos I e IV da Lei 12.529/2011, artigo 4º, inciso I, da Lei 13.847/2019, bem como o artigo 20, inciso II, alínea “b” e artigo 27, inciso IV, da Lei 10.233/2001.

9.4. com fundamento no art. 276 do Regimento Interno do TCU e no Poder Geral de Cautela, determinar, cautelarmente, a suspensão dos efeitos 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 artigo 36, incisos I e IV da Lei 12.529/2011, artigo 4º, inciso I, da Lei 13.847/2019, bem como o artigo 20, inciso II, alínea “b” e artigo 27, inciso IV, da Lei 10.233/2001. (Grifos originais)

Embora a parte recorrente defenda que a decisão administrativa do CADE foi revista na esfera judicial, a legalidade da cobrança da THC2 reconhecida em decisões oriundas dos Tribunais Regionais da 1ª e 3ª Regiões não vincula, tampouco impede o Superior Tribunal de Justiça de examinar o tema no presente recurso, notadamente quando esta Corte, no RESp 1.774.301/SP (de relatoria do Min. Sérgio Kukina), citado na peça de e-STJ fls. 2.171//2.188, sequer apreciou o mérito da

controvérsia.

Diante dessas considerações, acompanho a em. Ministra relatora para CONHECER EM PARTE DO RECURSO ESPECIAL e, nessa extensão, NEGAR-LHE PROVIMENTO, nos termos do voto exarado por Sua Excelência, divergindo apenas quanto à delimitação da controvérsia.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1899040 - SP (2020/0259141-0)

RELATORA : **MINISTRA REGINA HELENA COSTA**
RECORRENTE : EMBRAPORT EMPRESA BRASILEIRA DE TERMINAIS PORTUARIOS S/A
ADVOGADOS : JOSÉ CARLOS DA ANUNCIAÇÃO - SP131142
PEDRO GOMES MIRANDA E MOREIRA - SP275216
RECORRIDO : MARIMEX DESPACHOS TRANSPORTES E SERVIÇOS LTDA
ADVOGADOS : RUY PEREIRA CAMILO JUNIOR - SP111471
BRUNO CORRÊA BURINI - SP183644
HELENA HISSAKO ADANIYA - SP163258
RENATA DE PAOLI GONTIJO - RJ093448
INTERES. : AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS - ANTAQ - "AMICUS CURIAE"
INTERES. : CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA-CADE - "AMICUS CURIAE"

RATIFICAÇÃO DE VOTO

A EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA REGINA HELENA COSTA (Relatora):

Em razão da parcial divergência inaugurada pelo Sr. Ministro Gurgel de Faria, que, em voto-vista, não obstante comungue da compreensão por mim externada quanto à ausência de isenção antitruste no mercado de exploração de infraestrutura portuária, propõe, em maior extensão, avançar e examinar a compatibilidade entre a cobrança da *Terminal Handling Charge 2 – THC2* (ou Serviço de Segregação e Entrega de Contêineres – SSE) e a legislação de defesa da concorrência, ratifico complemento o voto por mim proferido na assentada de 5.3.2024.

Nesse contexto, rememoro que o tribunal de origem, ao dar provimento à Apelação interposta pela Recorrida para julgar improcedente o pedido veiculado na Ação Declaratória, adotou os seguintes fundamentos (fls. 1.436/1.466e):

i) a despeito de a THC2 (ou SSE) encontrar amparo em atos infralegais editados pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ com base na competência regulatória outorgada pela Lei n. 10.233/2001, o exercício de tal prerrogativa subordina-se às normas consubstanciadas na lei de proteção à ordem econômica (Lei n. 12.529/2011);

ii) a cobrança da tarifa em exame permite que o operador portuário, agente econômico em posição dominante, aumente o preço de insumos essenciais à atividade de concorrente direto no mercado subsequente, sem incremento de custos próprios, caracterizando, por isso, abuso de poder de mercado e a prática lesiva denominada de compressão de lucros (*price squeeze*), frisando, ainda, que o reconhecimento da ilegalidade da THC2 não é infirmado em razão da possibilidade de instituição de teto para sua exigibilidade, pois “[...] o simples fato dos operadores portuários aumentarem os custos de seus concorrentes altera o equilíbrio de mercado, permitindo-lhes cobrar preços mais competitivos dos importadores ou aumentar sua margem de lucro” (fl. 1.464e).

Na sessão de 5.3.2024, a título de delimitação da controvérsia, assentei que, no mérito, apenas o primeiro fundamento restou atacado nas razões recursais, porquanto ausente impugnação clara, detida e motivada para afastar a ocorrência de *price squeeze* e de abuso de posição dominante na cobrança da THC2 pela Recorrente, como reconhecido pela Corte *a qua*.

Ressaltei, ainda, que, embora as regras dispostas nos arts. 12, VII, e 27, II, IV e VII, da Lei n. 10.233/2001, confirmam à ANTAQ prerrogativas regulamentares voltadas a promover a competitividade nos setores de transporte aquaviário e de exploração de infraestrutura portuária – inclusive mediante a atribuição de poder para reprimir ações caracterizadoras de infrações à ordem econômica –, tais dispositivos não implicam a criação legislativa de isenção antitruste, sendo viável, por isso, o escrutínio dos atos infralegais da agência reguladora à vista da Lei n. 12.529/2011.

Na ocasião, pediu vista o Sr. Ministro Gurgel de Faria.

Em bem-lançado voto-vista, embora tenha me acompanhando quanto (i) ao afastamento da alegada negativa de prestação jurisdicional, (ii) à inoccorrência de cerceamento de defesa, (iii) à incidência da Súmula n. 211/STJ, (iv) à não constatação de violação da coisa julgada, e (v) às razões de mérito concernentes à ausência de isenção antitruste decorrente da mera edição de normas regulatórias pela ANTAQ, Sua Excelência divergiu sobre a amplitude da delimitação da controvérsia, avançando, em seguida, para examinar, de maneira específica, a alegada ilegitimidade da THC2 (ou SSE) frente às normas estampadas na Lei n. 12.529/2011.

De acordo com o Sr. Ministro Gurgel de Faria, a análise da competência regulatória da ANTAQ para reprimir atos que configurem ofensa à livre concorrência foi impugnada à fl. 1.687e, exsurgindo, desse modo, “[...] como elemento indissociável da discussão referente à aparente dicotomia entre as normas de matriz econômica e anticoncorrencial e aquelas de direito regulatório editadas pela ANTAQ”, o que

possibilitaria análise da conformidade concorrencial da THC2 (ou SSE).

Assim, brevemente expostos os contornos da divergência, passo a sumarizar as razões pelas quais o voto inicial, sob o processual, merece ser mantido.

Primeiramente, destaque-se que a dimensão argumentativa empreendida no voto inaugural decorre dos limites da impugnação levada a efeito pela Recorrente.

Isso porque, nos moldes do art. 1.034, parágrafo único, do Código de Processo Civil de 2015, “admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial por um fundamento, devolve-se ao tribunal superior o conhecimento dos demais fundamentos *para a solução do capítulo impugnado*” (destaque meu), exigindo-se, portanto, como requisito indispensável à definição da extensão do efeito devolutivo – e, por conseguinte, das balizas da cognição recursal por esta Corte –, apontamento claro, preciso e motivado de todos os capítulos da decisão que a parte pretende modificar.

Tal orientação deflui do aspecto estrito da competência plasmada no art. 105, III, da Constituição da República, que comete a este Tribunal Superior o *exame exclusivo das violações à lei federal expressamente indicadas nas razões recursais*. Daí a compreensão exarada pelo Sr. Ministro Luiz Fux, em lições doutrinárias, no sentido de que, “a devolutividade desses recursos [especial e extraordinário] limita-se à questão federal na parte em que ocorreu a alegada violação” (*In: Curso de Direito Processual Civil*. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 922).

Dessa diretriz não destoam a jurisprudência das Turmas integrantes da Primeira Seção desta Corte, a qual sufraga orientação de que constitui ônus da parte recorrente expor, de maneira clara e precisa, a motivação ou as razões de fato e de direito do seu inconformismo, de modo a amparar a pretensão recursal deduzida, requisito essencial à delimitação da matéria impugnada e *a consequente predeterminação da extensão e da profundidade do efeito devolutivo do recurso interposto* (cf. AgInt no AgInt no REsp n. 1.919.278/RJ, Relator Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, j. 23.8.2021, DJe 31.8.2021; e AgInt no RMS n. 63.143/RJ, de minha relatoria, PRIMEIRA TURMA, j. 22.6.2020, DJe 25.6.2020).

No caso, não obstante a autonomia de ambos os fundamentos constantes do acórdão recorrido, quanto ao mérito, *a Recorrente apenas suscitou ofensa aos arts. 12, VII, e 27, II, IV e VII, da Lei n. 10.233/2001*, sob o argumento de que, ao inquirir de anticompetitiva a exigência da THC2 (ou SSE), o tribunal de origem afrontou a competência regulatória atribuída à ANTAQ, deixando, no entanto, de indicar os pressupostos fáticos e jurídicos pelos quais incorreta a assertiva segundo a qual a cobrança da tarifa em questão configura abuso de posição dominante, na modalidade conhecida como *price squeeze*.

A independência de ambos os capítulos é reforçada pela própria estrutura do voto condutor do acórdão recorrido, o qual, em tópico intitulado *Ordem Econômica e*

Regulação (fls. 1.452/1.459e), circunscreve a submissão dos atos de autoridades regulatórias às normas antitruste, e, de outra parte, em item nomeado *Direito da Concorrência – Abuso de Posição Dominante* (fls. 1.459/1.466e), ressalta a anticompetitividade da THC2 (ou SSE) por caracterizar exercício abusivo de envergadura de mercado, impondo-se à Recorrente, portanto, o adequado enfrentamento dos pontos constantes do segundo capítulo.

Não se está, ademais, em conjuntura em que quaisquer das teses sejam suficientes, por si sós, para manter o desfecho alcançado pelo tribunal de origem – hipótese cuja caracterização demandaria a aplicação analógica da Súmula n. 283/STF –, pois, no caso, evidencia-se mera relação de prejudicialidade entre elas; vale dizer, conquanto eventual constatação de abuso de posição dominante na exigência da THC2 (ou SSE) pressuponha, primeiramente, a viabilidade de confrontar tal prática tendo por parâmetro a Lei n. 12.529/2011, notadamente em razão da ausência de isenção antitruste no setor, a análise exclusiva e autônoma do segundo argumento não implica o necessário revolvimento da questão anterior, sendo dela uma mera especificação que pode subsistir incólume.

Destaque-se, ainda, que a discussão a respeito da existência de afronta à legislação antitruste reclamaria, insofismavelmente, apreciação de regramento constante da Lei n. 12.529/2011, mais precisamente de seu art. 36, III, o qual dispõe constituir infração à ordem econômica o exercício abusivo de posição de mercado – *preceito, reiterar-se, não mencionado nas razões recursais* –, motivo pela qual, relativamente ao enfrentamento desse capítulo, invariavelmente exsurgiria deficiência na fundamentação a atrair, por analogia, o óbice da Súmula n. 284/STF.

Nesse ponto, anoto que o tribunal local se valeu da jurisprudência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE para reconhecer o cariz anticompetitivo da THC2, orientação cujo alicerce legal repousa, precisamente, no mencionado art. 36, III, da Lei n. 12.529/2011, daí porque o efetivo escrutínio de tal capítulo do acórdão recorrido não prescindiria da indicação de seu malferimento, o que não ocorreu.

Além disso, inobstante o Sr. Ministro Gurgel de Faria mencione que a análise da competência regulatória da ANTAQ para reprimir atos contrários à livre concorrência restou devolvida a esta Corte à fl. 1.687e da petição recursal, no citado trecho, a Recorrente apenas menciona, para legitimar a cobrança da THC2 (ou SSE), serem suficientes as disposições da Lei n. 10.233/2011 concedendo competência regulatória à ANTAQ para reprimir ações violadoras da ordem econômica, pois a tarifa estaria “[...] baseada em estudos e tem por parâmetro garantir o recebimento de contraprestação pelos serviços de segregação e entrega de contêineres que são prestados pelos operadores portuários” (fl. 1.687e).

No entanto, *tal trecho consta de apenas um parágrafo da peça recursal*, denotando, portanto, ausência de adequada impugnação do capítulo decisório mediante o qual Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao longo de ao menos 06 (seis) laudas, desenvolveu as concepções de abuso de posição dominante e de compressão de preços para, em seguida, reconhecer ilicitude concorrencial na exigência da THC2 (ou SSE).

Aliás, ressalvados os excertos do Recurso Especial nos quais transcritas passagens do acórdão recorrido e de entendimento do CADE, variações das expressões *exercício abusivo de posição dominante* ou *price squeeze* nem sequer constam da peça recursal, afastando a possibilidade de reconhecer efetiva insurgência quanto ao ponto.

Por isso, como aventei no voto prolatado na assentada de 5.3.2024, sem embargo da suposta anticompetitividade da THC2 (ou SSE) ser a tônica de oportuno e amplo debate nesta Corte, penso que, neste momento, havendo concordância dos Srs. Ministros Gurgel de Faria e Paulo Sérgio Domingues em afastar a tese suscitada nas razões recursais acerca da existência de isenção antitruste no mercado de exploração de infraestrutura portuária – elemento, em minha perspectiva, suficiente para negar provimento ao Recurso Especial –, a adoção de fundamento menos elástico, em postura de autocontenção judicial, proporciona, futuramente, o desenlace de tema de elevada envergadura jurídica em ambiência na qual todos os contornos da controvérsia estiverem detida e analiticamente esquadrihados.

Dessarte, em meu sentir, forçoso repisar a inadmissibilidade de incursão cognitiva sobre o caráter anticoncorrencial da THC2 (ou SSE) nestes autos, sob pena de violação ao princípio *tantum devolutum quantum appellatum* estampado no art. 1.034, parágrafo único, do CPC/2015.

É o voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
PRIMEIRA TURMA**

Número Registro: 2020/0259141-0

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.899.040 / SP

Número Origem: 10012433720148260562

PAUTA: 23/04/2024

JULGADO: 16/05/2024

Relatora

Exma. Sra. Ministra **REGINA HELENA COSTA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **PAULO SÉRGIO DOMINGUES**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **AURÉLIO VIRGÍLIO VEIGA RIOS**

Secretária

Bela. **BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : EMBRAPORT EMPRESA BRASILEIRA DE TERMINAIS PORTUARIOS S/A
ADVOGADOS : JOSÉ CARLOS DA ANUNCIACÃO - SP131142
MAURÍCIO WAKUKAWA JÚNIOR - SP183918
LUIS FELIPE SALOMÃO FILHO E OUTRO(S) - DF071367
RECORRIDO : MARIMEX DESPACHOS TRANSPORTES E SERVIÇOS LTDA
ADVOGADOS : RUY PEREIRA CAMILO JUNIOR - SP111471
BRUNO CORRÊA BURINI - SP183644
HELENA HISSAKO ADANIYA - SP163258
RENATA DE PAOLI GONTIJO - RJ093448
INTERES. : AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS - ANTAQ - "AMICUS CURIAE"
INTERES. : CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA-CADE - "AMICUS CURIAE"

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Taxas - Federais

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Gurgel de Faria ampliando a delimitação da controvérsia em relação ao exame concorrencial e a ratificação de voto da Sra. Ministra Relatora no sentido da inadmissibilidade de incursão cognitiva sobre o caráter anticoncorrencial da THC2 (ou SSE), pediu vista antecipada o Sr. Ministro Sérgio Kukina. Encontram-se em vista coletiva os Srs. Ministros Paulo Sérgio Domingues (Presidente) e Benedito Gonçalves.

 2020/0259141-0 - REsp 1899040



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1899040 - SP (2020/0259141-0)

RELATORA : **MINISTRA REGINA HELENA COSTA**
RECORRENTE : EMBRAPORT EMPRESA BRASILEIRA DE TERMINAIS PORTUARIOS S/A
ADVOGADOS : JOSÉ CARLOS DA ANUNCIACÃO - SP131142
PEDRO GOMES MIRANDA E MOREIRA - SP275216
RECORRIDO : MARIMEX DESPACHOS TRANSPORTES E SERVIÇOS LTDA
ADVOGADOS : RUY PEREIRA CAMILO JUNIOR - SP111471
BRUNO CORRÊA BURINI - SP183644
HELENA HISSAKO ADANIYA - SP163258
RENATA DE PAOLI GONTIJO - RJ093448
INTERES. : AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS - ANTAQ - "AMICUS CURIAE"
INTERES. : CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA-CADE - "AMICUS CURIAE"

ADITAMENTO AO VOTO

A EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA REGINA HELENA COSTA

(Relatora):

Compreendendo esta Primeira Turma por ampliar a controvérsia estabelecida no voto inaugural, passo, desde logo, a assentar as razões pelas quais, em meu sentir, a cobrança da *Terminal Handling Charge 2 - THC2* (ou Serviço de Segregação e Entrega de Contêineres - SSE) constitui infração concorrencial, invocando, para subsidiar a compreensão da matéria, a teoria das facilidades essenciais (*essential facilities doctrine*) e a assertiva segundo a qual a compressão de preços (*price squeeze*) constitui violação aos regramentos antitruste estampados na Lei n. 12.529/2011.

Inicialmente, consoante destaquei na assentada de 5.3.2024, após o processo de gradual transferência da prestação dos serviços portuários à iniciativa privada, foi criada a Agência Nacional de Transportes Aquaviários - ANTAQ como entidade responsável pela regulação setorial, tendo a Lei n. 10.233/2001 conferido-lhe diversas atribuições, dentre elas a competência para a edição de atos normativos assecuratórios da isonomia no acesso e uso das infraestruturas essenciais à atuação dos agentes econômicos, consoante dispõe o seu art. 27, IV, assim expreso:

Art. 27. Cabe à ANTAQ, em sua esfera de atuação:

[...]

IV – elaborar e editar normas e regulamentos relativos à prestação de serviços de transporte e à exploração da infra-estrutura aquaviária e portuária, garantindo isonomia no seu acesso e uso, assegurando os direitos dos usuários e fomentando a competição entre os operadores (destaque meu).

Sobredito preceito normativo incorporou ao cenário regulatório a concepção segundo a qual a *garantia de acesso às instalações portuárias por todos os atores do mercado constitui elemento indispensável ao fomento de cenário competitivo*, especialmente para obstar a concentração da prestação de serviços em reduzido número de *players*. Nesses casos, exsurge um *dever* imposto ao titular da infraestrutura essencial – caso dos *operadores portuários* –, assegurando-se, em consequência, o respectivo acesso aos demais competidores, porquanto eventual recusa de utilização de bens ou serviços indispensáveis às atividades econômicas em ambiente concorrencial levaria à impossibilidade fática de sua prestação por outros atores.

Trata-se da adoção da teoria das infraestruturas essenciais (*essential facilities doctrine*), desenvolvida, inicialmente, pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América no caso *United States v. Terminal Railroad Association*, e posteriormente aperfeiçoada no caso *MCI Communications Corp. v. AT&T*, apreciado em 1983, ocasião na qual reconhecida a ilegitimidade da recusa de acesso a bens ou serviços, por pessoa jurídica titular de um bem essencial, quando (i) a estrutura é controlada por um ator com poder de mercado, da qual os demais *players* dependem para exercer suas atividades, (ii) demonstrada a inviabilidade física ou econômica de duplicação da estrutura pelos concorrentes, (iii) o detentor da instalação se nega a conferir-lhe acesso, e (iv) verificada a ausência de danos para o titular da infraestrutura caso autorizada sua utilização por outros agentes.

Acerca do tema, destaco as seguintes lições de Calixto Salomão Filho:

O conceito de essential facility no direito concorrencial é utilizado para hipóteses de extrema concentração econômica. Em sua formulação inicial essas hipóteses coincidem com os casos de monopólio natural ou com outros casos de monopólio decorrentes de razões estruturais e nos quais não há como presumir que o mercado seja capaz, por si só, de dar solução a essas falhas.

Sua formulação inicial tem origem na jurisprudência norte-americana. Em ‘United States vs. Terminal Railroad Association of Sr. Louis’ a Suprema Corte reconheceu que a criação de obstáculos ao acesso a determinada infraestrutura poderia caracterizar infração ao Sherman Act, em face das peculiaridades da situação. A circunstância que se sobressaía, no caso, era a impossibilidade prática de uma composição ferroviária passar ou entrar na cidade de St. Louis sem utilizar certas instalações terminais, as

quais ligavam as vias férreas que davam acesso à cidade, passando pelas pontes existentes sobre o rio Mississipi. Além disso, não era possível às companhias dependentes desse acesso adquirir ou construir para si as infraestruturas, dados os custos proibitivos para tanto [...]

Uma essential facility existe, portanto, diante de situações de dependência de um agente econômico com relação a outro, nos quais a oferta de certos produtos ou serviços não se viabilizaria sem o acesso ou o fornecimento do essencial. A existência de bens cuja utilização é condição essencial para a produção de outros justifica a necessidade de impor o fornecimento dos primeiros.

Note-se que a origem da noção de essential facility poderia dar a impressão de que o conceito só tem relevância quando se está considerando o acesso a infraestruturas bastante específicas, normalmente ligadas a uma indústria organizada em rede. Todavia, não importa tanto o tipo de bem ou de mercado que está sendo considerado. O relevante é a situação de dependência extrema acima referida. Sob essa perspectiva, qualquer bem econômico pode, em princípio, via a ser uma essential facility.

(In: Direito Concorrencial. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, pp. 309-311 – destaques meus).

Remarque-se, ainda, que tal teoria tem especial aplicação em situações nas quais o detentor da infraestrutura está verticalmente integrado com o mercado subsequente, competindo diretamente com seus concorrentes na etapa posterior da cadeia de produtos ou serviços – hipótese dos *operadores portuários*, os quais atuam, simultaneamente, na movimentação de cargas em portos organizados (*upstream market*) e no respectivo armazenamento (*downstream market*) –, pois a recusa à concessão de acesso à instalação, ou mesmo a imposição unilateral de custos aos demais atores dependentes de suas atividades, obsta ou reduz a concorrência no mercado ulterior, compreensão externada por Alexandre dos Santos Aragão, para quem:

Normalmente a aplicação da Teoria das Instalações Essenciais se dá em relação a uma empresa que domina uma instalação no mercado a montante (upstream), mas que também participa direta ou indiretamente do mercado a jusante (downstream), no qual a referida instalação é condição sine qua non para a atuação.

É nessa situação que a Teoria das Instalações Essenciais é geralmente aplicada, mas ela se expandiu para abranger outras circunstâncias, tais como as empresas integradas horizontalmente, em que não há o domínio em um mercado a montante, mas as empresas vendem mercadorias que só funcionam adequadamente se combinadas com outros produtos seus, o que é muito comum em eletrônicos e em produtos vendidos em módulos.

A Teoria das Instalações Essenciais é aplicada com particular rigor nos casos em que é constatado que a negativa de acesso foi inspirada por objetivos anti-concorrenciais.

(In: Direito dos Serviços Públicos. 4ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, pp. 345-346 - destaques meus).

Inobstante a teoria das infraestruturas essenciais não interdite, por si só, a cobrança de preço para o acesso a serviços desempenhados por agente com poder de mercado, mister ressaltar que eventual exigência de valores para essa finalidade pode implicar violação antitruste quando sua exigência (i) for atentatória à livre concorrência ou à livre iniciativa, (ii) tenha o condão de implicar domínio de mercado relevante de bens ou serviços, (iii) importe aumento arbitrário de lucros, ou, ainda, (iv) culmine em exercício abusivo de posição dominante, como consigna o art. 36, *caput*, I, II, III e IV, e § 3º, III, IV, V e X, da Lei n. 12.529/2011:

Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I – limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II – dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III – aumentar arbitrariamente os lucros; e

IV – exercer de forma abusiva posição dominante.

[...]

§ 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

[...]

III – limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;

IV – criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços;

V – impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição;

[...]

X – discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços;

De acordo com tais dispositivos, na medida em que atendam aos critérios do *caput* do art. 36 da Lei n. 12.529/2011, são infrações concorrenciais as ações de limitar ou impedir o acesso de novos *players* ao mercado, criar dificuldades à constituição ou desenvolvimento de concorrente, impedir acesso de competidores às fontes de insumos ou matérias primas, e, ainda, discriminar adquirentes ou fornecedores de serviços mediante a fixação diferenciada de preços ou condições de prestação de serviço.

Aplicando-se tais prescrições em contextos envolvendo a remuneração do detentor de facilidade essencial pelo acesso a bens ou serviços cuja utilização, pelos concorrentes, é imprescindível ao desenvolvimento de suas atividades, *vislumbra-se a possibilidade de eclosão de violações antitruste quando, apesar de voltados à contraprestação por supostas atividades desempenhadas, os preços exigidos pelo*

competidor verticalmente integrado conferem-lhe, comparativamente aos demais agentes não integrados, vantagem econômica no mercado subsequente.

Isso porque, uma vez exigida determinada quantia pela disponibilização da *essential facility*, o seu detentor impõe incremento de custos a serem exclusivamente suportados pelos demais concorrentes no *downstream market*, restringindo suas margens de fixação de preços, e, em consequência, a competitividade no setor em decorrência de valor unilateralmente cobrado pelo agente econômico verticalmente integrado. Tal prática implica limitação de acesso ou dificuldade ao desenvolvimento de atividades por outros *players*, especialmente na perspectiva de impedimento financeiro ao usufruto de insumos essenciais à realização do objeto empresarial, caracterizando, portanto, as infrações descritas nos supracitados incisos III, IV, V e X do § 3º do art. 36 da Lei n. 12.529/2011.

Surge, nesse contexto, a ideia subjacente à criação de mecanismos antitruste voltados a impedir a compressão de preços (*price squeeze*), prática anticoncorrencial cuja análise remonta ao caso *United States v. Alcoa*, apreciado pela *U.S Court of Appeals for the Second Circuit* em 1945, ocasião na qual reconhecida a ilicitude de conduta empreendida por monopolista no sentido de estabelecer elevados valores para aquisição de insumos – no caso, lingotes de alumínio –, comprimindo os preços praticados pelos seus concorrentes no mercado subsequente de venda de folhas de alumínio, no qual a *Alcoa* igualmente atuava.

Em âmbito doutrinário, mencione-se a lição de Paula Forgioni a respeito do tema, para quem “[o] agente econômico pode encontrar-se em posição que lhe permita o aumento do preço de matérias-primas ou insumos essenciais à atividade do concorrente, sem aumentar seus próprios custos. Trata-se da prática que é chamada em língua inglesa de *price squeeze* (preços opressivos). É possível, também, que haja ilicitude da prática, caso, mesmo aumentando seus custos, esse incremento prejudique mais seus concorrentes do que a empresa dominante. [...]. Percebe-se, portanto, que o *price squeeze* é uma forma de aumentar os custos dos concorrentes” (*In: Os Fundamentos do Antitruste*. 8ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 295-296)

Trazendo essas concepções para o caso em exame, verifica-se que, tal como apontado pelo tribunal de origem, a cobrança da THC2 (ou SSE) pelos *operadores portuários* caracteriza evidente exercício abusivo de posição dominante, na modalidade de compressão de preços (*price squeeze*).

Como ressaltei no item VI do voto inaugural, no contexto da exploração do mercado de infraestrutura portuária, os *operadores portuários* detêm nítida posição dominante, pois a atividade de movimentação de cargas e contêineres caracteriza, a depender do porto organizado onde realizada, exemplo de monopólio ou oligopólio, os

quais podem, em razão dessa circunstância, alterar unilateralmente as condições de exercício das subsequentes atividades inerentes ao setor (art. 36, § 2º, da Lei n. 12.529/2011).

Anotei, ainda, que, a par de realizarem operações de movimentação de cargas e contêineres, os *operadores portuários* igualmente ofertam o posterior serviço de armazenamento de mercadorias estrangeiras, até o respectivo desembarço aduaneiro e entrega dos bens ao destinatário final, constatando-se, relativamente a tais agentes, manifesta integração vertical entre ambas as atividades, as quais se inserem em idêntica cadeia lógica do macro serviço de transporte internacional, iniciado com a aquisição de mercadorias estrangeiras pelo importador e finalizado com sua disponibilização ao adquirente.

Assim, por atuarem, a um só tempo, nas atividades de movimentação de cargas nos portos organizados (*upstream market*) e no seu ulterior e subsequente armazenamento (*downstream market*), a integração vertical otimiza as atividades dos *operadores portuários*, viabilizando a adoção de práticas tendentes a emprestar-lhes maior ganho de eficiência.

Ocorre que a atividade de armazenamento de mercadorias provenientes do exterior não é exercida com exclusividade por tais *players*. Ao contrário, a legislação portuária, buscando aprimorar a concorrência no respectivo setor (art. 3º, V e VI, da Lei n. 12.815/2013), viabiliza que outros agentes econômicos, a despeito de não atuantes na movimentação de cargas – a exemplo dos denominados *portos secos*, *retroportos* ou, ainda, *terminais retroportuários alfandegados* –, ofertem aos importadores os serviços de acondicionamento de bens estrangeiros até sua liberação pela alfândega.

Por essa razão, os *operadores portuários* podem ser qualificados como detentores de uma infraestrutura essencial (*essential facility*) ao desempenho do subsequente serviço de armazenamento de cargas oriundas do exterior e cujo acesso pelos demais competidores no *downstream market* deve ser isonomicamente assegurado, de modo a fomentar a concorrência no setor de exploração de atividades portuárias, como determina o art. 27, IV, da Lei n. 10.233/2001.

Esse cenário revela nítida intenção legislativa de criar sistemática de estímulo à concorrência entre agentes verticalmente integrados – caso dos operadores portuários – e *players* com atuação restrita ao mercado secundário, hipótese dos *retroportos*.

Nessa conjuntura, viabilizar que *operadores portuários* exijam, de seus competidores diretos, a THC2 (ou SSE) enquanto preço para acesso a insumo essencial ao exercício de suas atividades, possibilita a compreensão dos preços (*price squeeze*) praticados pelos *retroportos*, os quais poderiam vir a ser excluídos do cenário competitivo em decorrência de custos unilateralmente impostos por aqueles agentes,

caracterizando, assim, as práticas vedadas pela legislação antitruste de dificultar a constituição ou desenvolvimento de concorrente, de impedir o acesso de competidor às fontes de insumos ou matérias primas, e, ainda, de discriminar adquirentes ou fornecedores de serviços mediante a fixação diferenciada de condições de prestação de serviço, assim delineadas pelo art. 36, *caput*, I, II, III e IV, e § 3º, III, IV, V e X, da Lei n. 12.529/2011.

Essa orientação, aliás, vem sendo historicamente acolhida pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), autarquia de defesa da concorrência dotada de alta qualificação técnica e cujas conclusões, consoante entendimento desta Primeira Turma, merecem ser analisadas com deferência, de modo a somente afastá-las mediante elevada carga probatória e argumentativa, contexto não verificado no caso concreto (cf. REsp n. 1.975.739/DF, de minha relatoria, PRIMEIRA TURMA, j. 15/12/2022, DJe de 20/12/2022).

Nessa linha, destaco as ponderações trazidas aos autos pelo CADE a respeito do aspecto anticompetitivo da cobrança da THC2 (ou SSE), *amicus curiae* cuja intervenção no feito foi por mim determinada (fls. 2.165/2.174e):

O CADE possui entendimento consolidado, desde o final da década de 1990, confirmado em diversas decisões plenárias administrativas posteriores, segundo o qual o preço público denominado de Tarifa de Segregação e Entrega de Contêineres(SSE), também conhecido pelo seu acrônimo em inglês THC2 (Terminal Handling Charge 2), tem potencial para inibir a concorrência no mercado de armazenagem de contêineres transportados por via marítima na atividade de importação de produtos.

[...]

A situação fática concorrencial que atrai a competência do CADE decorre do abuso da posição dominante do operador portuário, especificamente no mercado de armazenagem, desfrutando de privilégio indevido da concessão que fora outorgada pela União para operar no porto organizado.

Isso porque a cadeia logística envolvida na importação de uma determinada mercadoria através de transporte marítimo gera uma série de relações obrigacionais, as quais se relacionam em uma cadeia verticalizada de prestação de serviços portuários.

O importador, destinatário da mercadoria, celebra contrato de compra e venda com determinado exportador. Para viabilizar o transporte marítimo para entrega da mercadoria, faz-se necessária a contratação de um armador para transporte da carga até o porto de destino.

Como a obrigação de transporte marítimo se encerra com a entrega da carga, o armador deve contratar um operador portuário, que realizará a atracação do navio, e a descarga e movimentação das cargas no porto até a sua entrega. Na operação dos contêineres no porto, portanto, incumbirá ao operador portuário a movimentação vertical (ou seja, do porão do navio até o costado) e a movimentação horizontal em terra (ou seja, do costado do navio até o portão do operador portuário).

A escolha do porto em que a mercadoria será recebida é feita pelo importador, contudo, cabe exclusivamente ao armador a escolha do operador portuário em que a carga será desembarcada.

A depender do regime aduaneiro escolhido pelo importador, a nacionalização da mercadoria obedecerá a prazos diferentes, e demandará armazenamento em local especialmente autorizado entre o período da descarga do navio e do desembarço aduaneiro. Após o desembarço aduaneiro, a mercadoria será entregue ao importador ou permanecerá à sua disposição armazenada.

A armazenagem poderá ser realizada nos recintos alfandegados do próprio operador portuário ou em uma instalação portuária alfandegada, também chamada de terminal ou armazém alfandegado, cabendo ao importador escolher em que local permanecerá a carga.

[...]

Como pode ser visto a partir da representação gráfica, a questão concorrencial que atrai a competência do CADE decorre do abuso da posição dominante.

Ao condicionar o acesso dos seus concorrentes, no mercado de armazenagem, aos contêineres que ensejarão o pagamento da referida THC2, o operador portuário cria um aumento unilateral e arbitrário nos custos desses concorrentes, privilegiando seus próprios armazéns, na medida em que pode não cobrar a denominada THC2 daqueles importadores que optarem por contratar seus serviços, em detrimento das empresas que não têm acesso ao cais do porto, prejudicando a concorrência no setor de armazenagem de contêineres.

Em outros termos, estabelecendo-se em posição dominante, com poder de controlar as condições do mercado de armazenagem de contêineres, ao arbitrar quais serão os casos de cobrança de THC2, a ação do operador portuário aumenta os preços pagos pelo importador de determinada mercadoria, sendo posteriormente repassados ao consumidor final. Ao fim e ao cabo, no mercado de armazenagem, o operador portuário pode arbitrar qual importador irá pagar ou não a tarifa THC2 (destaques meus).

Da mesma maneira, como apontei no voto inaugural, o Tribunal de Contas da União – TCU também reconheceu o cariz anticoncorrencial da THC2 (ou SSE), por privilegiar a atuação dos *operadores portuários* em detrimento de seus competidores, ocasião na qual determinada, em caráter geral, a suspensão da cobrança da tarifa em todos os portos organizados do território nacional (cf. Acórdão n. 1.448/2022 – TCU – Plenário, Rel. Ministro VITAL DO REGO, j. 22.6.2022).

Por essas razões, adiro à compreensão sufragada pelo Sr. Ministro Gurgel de Faria, em cujo voto-vista Sua Excelência sustenta que “[...] se os operadores portuários e os retroportos concorrem entre si no mercado de armazenagem alfandegária, mas existe uma relação de dependência entre eles, pois os operadores portuários têm o poder de impor preços que dificultam ou impedem o acesso de seus concorrentes ao insumo da atividade econômica, tem-se prática conhecida no meio antitruste como ‘*price squeeze*’”, entendimento igualmente adotado pelo Sr. Ministro Paulo Sérgio Domingues em voto-vogal, no qual pontua que a THC2 “[...] é cobrada do importador somente nas ocasiões em que este opte pela armazenagem do produto fora do porto operado”, privilegiando o *operador portuário* em detrimento dos *terminais retroportuários alfandegados*, reforçando, uma vez mais, a constatação de

contrariedade à legislação antitruste.

Dessarte, são irreparáveis as conclusões lançadas pelo tribunal de origem no sentido da configuração de abuso de posição dominante na exigência da THC2 (ou SSE) pela Recorrente, sendo de rigor, por conseguinte, a manutenção do acórdão recorrido.

Posto isso, reafirmo a compreensão já externada na assentada de 5.3.2024 quanto aos limites da controvérsia, e, superado este ponto, voto no sentido de **CONHECER PARCIALMENTE** do Recurso Especial e, nessa extensão, **NEGAR-LHE PROVIMENTO**, mantendo integralmente o acórdão recorrido, nos termos expostos.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1899040 - SP (2020/0259141-0)

RELATORA : **MINISTRA REGINA HELENA COSTA**
RECORRENTE : EMBRAPORT EMPRESA BRASILEIRA DE TERMINAIS PORTUARIOS S/A
ADVOGADOS : JOSÉ CARLOS DA ANUNCIÇÃO - SP131142
PEDRO GOMES MIRANDA E MOREIRA - SP275216
RECORRIDO : MARIMEX DESPACHOS TRANSPORTES E SERVIÇOS LTDA
ADVOGADOS : RUY PEREIRA CAMILO JUNIOR - SP111471
BRUNO CORRÊA BURINI - SP183644
HELENA HISSAKO ADANIYA - SP163258
RENATA DE PAOLI GONTIJO - RJ093448
INTERES. : AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS - ANTAQ - "AMICUS CURIAE"
INTERES. : CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA-CADE - "AMICUS CURIAE"

VOTO-VOGAL

O EXMO. SR. MINISTRO PAULO SÉRGIO DOMINGUES:

Questões preliminares:

Primeiramente, acompanho a ilustre relatora quanto às preliminares de mérito, sem ressalvas.

Submissão dos atos normativos da ANTAQ à Lei 12.529/2011, e prevalência do posicionamento do CADE acerca da configuração de prática violadora da concorrência:

Contrapõe-se, na espécie, a autorização da cobrança da *Terminal Handling Charge 2* - THC2 dos *retopostos* (ou *portos secos*), por operadores portuários, com fundamento em atos infralegais da Agência Nacional de Transportes Aquaviários - ANTAQ, em face das normas protetivas à competitividade previstas na Lei 12.529/2011, invocadas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, em atuação preventiva e repressora *antitruste*.

A aparente antinomia das responsabilidades e atuação dos dois órgãos foi

oportunamente apreciada pela eminente relatora, que, com o costumeiro brilhantismo, identifica o campo de atuação de ambos, enfatizando que, apesar de a Lei 10.233/2001 determinar a atuação da ANTAQ na defesa da concorrência, a partir da autonomia para edição de atos normativos destinados à preservação da competitividade, o art. 31 da Lei 12.529/2011 expressamente submete o poder regulamentar da agência reguladora às normas antitruste tuteladas, com primazia, pelo CADE, pontuando, ainda, as inovações legislativas promovidas pela Lei 13.848/2019 (notadamente os arts. 25 a 28), que reforçam a autoridade deste último em matéria concorrencial.

A ANTAQ é autarquia responsável, primordialmente, por regular, supervisionar e fiscalizar atividades desenvolvidas nos portos brasileiros e a exploração da infraestrutura portuária.

O CADE, por sua vez, tem atribuições conferidas por lei para a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, tutelando, inclusive, disposições constitucionais voltadas à liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores, e repressão ao abuso do poder econômico.

Esses órgãos detêm competências que, embora possam parecer sobrepostas em alguns aspectos, possuem caráter complementar, com apoio e troca de informações entre as autarquias para a preservação da ordem econômica.

Prevalece, porém, no que tange à proteção da concorrência e repressão ao abuso do poder econômico, a atuação do CADE. Nesse campo, a ANTAQ pode atuar para coibir infrações, fiscalizar abusos, informar os órgãos de controle, inclusive o próprio CADE. A este competirá adotar as medidas necessárias para restabelecer a concorrência e o livre mercado.

De fato, independentemente de regulamentação favorável a determinada atuação, havendo prejuízo concorrencial a terceiros, inclusive a outro permissionário, o CADE pode - e deve - intervir. Não há vedação normativa ou de qualquer outra natureza à atuação do CADE, mesmo nas hipóteses em que se identifica a existência de regulamentação para a prática de determinada atividade. Aqui, como bem frisou em seu voto a eminente relatora, o poder regulamentar exercido pela ANTAQ não afasta a atuação fiscalizatória e protetiva da competição desenvolvida pelo CADE.

Ainda que uma atividade seja legal e regulada por determinado órgão, se sua prática puder causar abuso de posição dominante ou outra espécie de desvio concorrencial, o CADE pode intervir. Se a livre iniciativa e o respeito à concorrência são

princípios fundamentais constitucionais da atividade econômica, nem mesmo o Estado pode desrespeitá-los.

Reforça essa compreensão a disposição do art. 9º, § 2º, da Lei 12.529/2011, segundo o qual *"as decisões do Tribunal (Administrativo de Defesa Econômica do CADE) não comportam revisão no âmbito do Poder Executivo, promovendo-se, de imediato, sua execução e comunicando-se, em seguida, ao Ministério Público, para as demais medidas legais cabíveis no âmbito de suas atribuições"*.

São, portanto, passíveis de repressão pelo direito concorrencial e autoridades antitruste as práticas anticompetitivas. Esse cenário não exclui a possibilidade de fiscalização e eventual sanção dos agentes regulados pelas entidades setoriais quanto às normas de regulação técnica e econômica.

De meridiana clareza a análise contida no voto do então Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva, no processo administrativo 08012.007443/99-17:

“É evidente que a atividade judicante do CADE – que decorre de expressa determinação constitucional, quando determina que a lei reprimirá o abuso de poder econômico (artigo 173, §4º da CR/88) não pode ficar condicionada à existência ou não de regulação específica para determinada matéria. Certo é que ao CADE não é dado o poder de revisão dos dispositivos emanados pelo poder regulador, mormente quando tais dispositivos dizem respeito à regulação técnica e econômica de determinado setor. Não é o CADE um “revisor” de políticas públicas, porque, em agindo assim, estaria atentando contra os postulados básicos da legalidade e de toda a doutrina que informa a atividade dos órgãos reguladores. Entretanto, deparando-se com situações que possam configurar infração à ordem econômica, é dever da autoridade antitruste investigar e julgar tais condutas, nos estritos termos da Lei n.º 8.884/94, de resto em perfeita harmonia com o arcabouço jurídico-institucional vigente. Assim, é irrelevante para o aplicador do direito antitruste, perquirir se tal ou qual edital de licitação ou se tal ou qual contrato preveem, expressa ou implicitamente, certa conduta ou atividade, as quais deverão ser analisadas, neste Conselho, sob o prisma da lei da concorrência”.

O precedente de relatoria da Ministra Eliana Calmon (REsp 1.094.218/DF, Primeira Seção, j. 25.8.2010, DJe 12.4.2011), apontado pela relatora do presente feito, e que faz contraponto ao raciocínio aqui exposto e por ela defendido, além de proferido com as peculiaridades de quórum já abordadas no voto da Ministra Regina Helena Costa, analisa fatos pretéritos à inovação legislativa promovida pela Lei 12.529/2011, posteriormente reforçadas com as disposições da Lei 13.848/2019. Além disso, não foi proferido em sede de demandas repetitivas ou qualquer outro contexto que importe observância vinculante por este colegiado. Há, na realidade, diversidade de contextos legal, fático, histórico e processual que sugerem a adoção de posicionamento diferente

no presente feito.

Não procede em absoluto o argumento segundo o qual em setores submetidos a regulação por agências não haveria atuação do CADE. Ora, se por opção do legislador os setores regulados são exatamente aqueles em que mais sensível e relevante é a exploração da atividade econômica, excluí-los do âmbito de atuação do CADE significaria retirar do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência exatamente os setores em que mais possível seria a formação de posições anticoncorrenciais. O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência ficaria relegado aos setores econômicos onde ele seria, em geral, menos necessário.

Essa compreensão é abraçada pelo trazido pela Lei 12.815/2013, que prevê - especificamente a respeito da ANTAQ -, sua atuação visando o aumento da competitividade e da concorrência:

Art. 3º A exploração dos portos organizados e instalações portuárias, com o objetivo de aumentar a competitividade e o desenvolvimento do País, deve seguir as seguintes diretrizes:

V - estímulo à concorrência, por meio do incentivo à participação do setor privado e da garantia de amplo acesso aos portos organizados, às instalações e às atividades portuárias; e

VI - liberdade de preços nas operações portuárias, reprimidos qualquer prática prejudicial à competição e o abuso do poder econômico.

Do mesmo modo, a Lei 13.848/2019 deixa expressa a necessidade de articulação entre as agências reguladoras e o órgão concorrencial, rechaçando a tese da atuação exclusiva e admitindo a atuação do CADE mesmo em temas regulados:

Art. 2º Consideram-se agências reguladoras, para os fins desta Lei e para os fins da Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000:

VII - a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq);

[...].

Art. 25. Com vistas à promoção da concorrência e à eficácia na implementação da legislação de defesa da concorrência nos mercados regulados, as agências reguladoras e os órgãos de defesa da concorrência devem atuar em estreita cooperação, privilegiando a troca de experiências.

Art. 26. No exercício de suas atribuições, incumbe às agências reguladoras monitorar e acompanhar as práticas de mercado dos agentes dos setores regulados, de forma a auxiliar os órgãos de defesa da concorrência na observância do cumprimento da legislação de defesa da concorrência, nos termos da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011 (Lei de Defesa da Concorrência).

§ 1º Os órgãos de defesa da concorrência são responsáveis pela aplicação da legislação de defesa da concorrência nos setores regulados, incumbindo-lhes a análise de atos de concentração, bem como a instauração e a instrução de processos administrativos para apuração de infrações contra a ordem econômica.

§ 2º Os órgãos de defesa da concorrência poderão solicitar às agências reguladoras pareceres técnicos relacionados a seus setores de atuação, os quais serão utilizados como subsídio à análise de atos de concentração e à instrução de processos administrativos.

Art. 27. Quando a agência reguladora, no exercício de suas atribuições, tomar conhecimento de fato que possa configurar infração à ordem econômica, deverá comunicá-lo imediatamente aos órgãos de defesa da concorrência para que esses adotem as providências cabíveis.

Art. 28. Sem prejuízo de suas competências legais, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) notificará a agência reguladora do teor da decisão sobre condutas potencialmente anticompetitivas cometidas no exercício das atividades reguladas, bem como das decisões relativas a atos de concentração julgados por aquele órgão, no prazo máximo de 48 (quarenta e oito) horas após a publicação do respectivo acórdão, para que sejam adotadas as providências legais.

A IMPOSSIBILIDADE DA COBRANÇA DA THC2

Ainda que se entendesse que a THC2 teria apoio normativo nas normas editadas pela ANTAQ, é de se endossar a análise feita pelo CADE em diversos precedentes, compreendendo essa prática como violadora da concorrência, ao colocar os terminais portuários em vantagem indevida sobre os *retroportos*, em abuso de posição dominante. A título ilustrativo, colho outro trecho do voto proferido pelo então Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva, no processo administrativo 08012.007443/99-17:

“A coerção é evidente ao se verificar que os operadores portuários são, de fato, monopolistas de um insumo essencial ou de um bem infungível, que não pode ser trocado por qualquer outro, no momento em que recebem o contêiner, de cuja liberação dependem os recintos alfandegados para prestar o serviço de armazenagem.

[...].

Em cada uma das operações, portanto, os terminais portuários aproveitam-se de sua posição na cadeia logística de importação marítima de mercadorias para falsear um mercado cativo de liberação de contêineres, por meio da cobrança da THC2 imposta aos recintos alfandegados.

Não há negar, assim, que os terminais portuários possuem poder para impor unilateralmente os preços, sem qualquer margem de negociação por parte dos recintos alfandegados, não sendo ocioso repetir que tal poder independe da participação de mercado detida pelos terminais portuários individualmente. Esse poder decorre da relação existente entre as atividades

de capatazia (movimentação em terra) e armazenagem de contêineres.”

Há, também, precedente que discutiu a cobrança de valor denominado "taxa de fiel depósito", a qual, no entender do CADE, teria efeito análogo ao da THC2, e que, de igual modo, teve sua cobrança considerada abusiva. Transcrevo o teor da ementa:

EMENTA: Processo Administrativo. Abuso de posição dominante no mercado de armazenagem alfandegada na área de influência no Porto de Rio Grande/RS. Cobrança de taxa intitulada “fiel depósito” referente a obrigações e responsabilidades do Operador Portuário para com as cargas que são destinadas ao seu terminal. Artigos 20, incisos I, II e IV, c/c 21, incisos IV, V e XIV, da Lei nº 8.884/94 (artigo 36, incisos I, II e IV e § 3º, incisos III, IV, XII da Lei nº 12.529/11). Mercados de serviços portuários e de armazenamento alfandegado em Rio Grande/RS. Parecer da Superintendência-Geral pela condenação até fevereiro de 2012. Parecer da PFE-CADE e MPF pela condenação em todo o período da conduta (07.2010 a, ao menos, 05/2016). Condenação em todo o período. Aplicação de multa divulgação às expensas da representada. (Processo Administrativo 08700.001020/2014-2, Relator: Conselheiro Alexandre Cordeiro Macedo)

Segue, ainda, ementa de julgado mais recente do CADE, que, da mesma forma, considerou abusiva a cobrança de valores a título de segregação de contêineres de importação a outras áreas alfandegadas (THC2):

EMENTA: Processo Administrativo. Abuso de posição dominante no mercado de armazenagem alfandegada na área de influência no Porto de Salvador/BA. Cobrança de valores a título de segregação de contêineres de importação destinados a outras áreas alfandegadas (THC2). Artigo 20, incisos I, II e IV c/c artigo 21, incisos IV, V, XII e XIV da Lei nº 8.884/94 (artigo 36, incisos I, II e IV c/c § 3º, incisos III, IV, X e XII da Lei nº 12.529/2011). Operadores portuários. Mercado de armazenamento alfandegado em Salvador/BA. Pareceres da Superintendência-Geral, Procuradoria Federal Especializada e Ministério Público Federal pela condenação. Condenação. Aplicação de multa. Publicação de decisão. Envio de cópia do voto à ANTAQ e à SEAE. (Processo Administrativo 08012.003824/2002-84, Relator: Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo, Condenação em 22.03.2016).

Importante destacar que, ao contrário do que afirma a parte recorrente, não há qualquer alteração de entendimento do CADE a respeito do tema. A afirmação constante do recurso especial de que *"o próprio CADE decidiu revisar sua decisão proferida no Processo Administrativo nº 08700.000351/2019-53, para permitir a cobrança da THC2"* não condiz com a realidade. O documento indicado constitui mera Nota Técnica, de caráter opinativo, que, apesar de servir como motivação de decisão do Superintendente-Geral para revogar medida preventiva anteriormente concedida, não tem o condão de indicar alteração de orientação do colegiado do Conselho.

A orientação do CADE, exemplificada nos precedentes acima, não foi modificada. Em sentido oposto ao defendido pela parte recorrente, o posicionamento

do Conselho foi, na realidade, referendado e acompanhado pelo Plenário do Tribunal de Contas da União - TCU, que, no acórdão 1.448/2022, sob a relatoria do Ministro Vital do Rego, reconheceu a ilegalidade da taxa denominada Serviço de Segregação e Entrega de Contêineres - SSE (THC2). Transcrevo o sumário desse julgamento:

SUMÁRIO: DENÚNCIAS. INDÍCIOS CONCERNENTES À ILEGALIDADE DE COBRANÇA POR SERVIÇO DE SEGREGAÇÃO E ENTREGA (SSE) DE MERCADORIA PELOS TERMINAIS PORTUÁRIOS. AUSÊNCIA DE ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO (AIR) PREVIAMENTE A EDIÇÃO DE RESOLUÇÃO POR AGÊNCIA REGULADORA. INDÍCIOS DE IRREGULARIDADES NAS FASES PREPARATÓRIAS E PROCEDIMENTAIS DE AUDIÊNCIA PÚBLICA PRÉVIA AO RITO DE MODIFICAÇÃO DE NORMATIVO. NÃO ADOÇÃO DE MEDIDA CAUTELAR POR AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTOS. DETERMINAÇÃO PARA ANULAÇÃO DO ATO. CIÊNCIA.

Não há como se analisar a legalidade da cobrança sob o aspecto regulatório sem fazê-lo igualmente sob o ponto de vista concorrencial.

Na espécie, o Tribunal de origem consignou a seguinte conclusão na análise da existência, ou não, de efetivo serviço adicional a justificar a cobrança da THC2:

Ora, tendo em perspectiva que a “Box Rate” remunera o serviço de transporte horizontal quando este é prestado pelo próprio operador portuário, a cobrança de outra tarifa (THC2), na hipótese do transporte horizontal ocorrer em favor do retroporto, ainda que a preço de custo, implica numa dupla remuneração pelo mesmo serviço, com reflexo direto na formação de preço, elevando-o em relação aos concorrentes, ao mesmo tempo em que, a custas deles, o diminui quando cobrado pelo operador (fl. 1.465).

A base fática delineada nas instâncias ordinárias, portanto, estabelece não haver serviço adicional que justifique a cobrança da THC2, pontuando que o transporte horizontal prestado pelo operador portuário estaria integralmente incorporado na remuneração via “*box rate*”.

Tive oportunidade de analisar a questão ao prolatar sentença de primeiro grau no feito nº 2005.61.00.020121-1, que tramitou perante a 5ª Vara da Justiça Federal de São Paulo. Naquela ocasião, apreciei a questão concorrencial da THC2 à luz da legislação pertinente vigente à época e do cenário contratual/fático correspondente ao caso concreto, entendimento que reitero nesta oportunidade, no que é pertinente:

O regime constitucional de 1988 exige que a prestação de serviços públicos por intermédio de concessão ou licitação seja feita na forma de lei, em todas as condições contratuais, inclusive a política tarifária:

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de

licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado.

Ou seja, o que determina o que pode ou não ser cobrado dos permissionários ou concessionários é o que está previsto na lei e no contrato.

[...].

A abrangência do serviço prestado pelo operador portuário não está posta em dúvida. A mercadoria deve ser recebida do navio e entregue no portão do terminal.

[...].

O terminal portuário deve descarregar o navio e entregar a carga no portão. O que ocorre dentro do terminal, qual a logística de armazenagem, se a carga irá para a pilha do próprio terminal ou para a de um TRA (Terminal Retroalfandegado), tudo isso faz parte do natural custo de operação do terminal, e não constitui novo serviço ou "outro serviço" que possa ser cobrado do terceiro, sob pena de colocar o terminal em posição concorrencial diferenciada em relação aos TRAs.

Conclui-se, assim, que não há a prestação de serviços gratuitos, simplesmente porque **não há serviço diferenciado**.

Essa conclusão também é importante para a constatação de que não é relevante o argumento segundo o qual o serviço não está incluído na THC cobrada do armador. Na realidade, não se trata de analisar se o **armador estaria sendo compelido a pagar por serviço que não lhe é prestado**, ou se **o terminal portuário poderia cobrar esse serviço do terminal retroalfandegado**. Nada disso ocorre, porque não se trata de novo serviço, mas tão somente de **um dos tipos de procedimento interno de descarregamento da carga, armazenamento e entrega no portão do terminal**, que está coberto pelas tarifas cobradas (box rate). Se o custo da segregação e entrega é realmente pouco maior que o custo do armazenamento no pátio do próprio terminal [...], não importa; tal custo é absorvido pelo terminal como seus outros custos fixos e operacionais.

Para além das normas do direito pátrio até aqui debatidas, vale destacar que o Brasil é signatário do Acordo sobre a Facilitação do Comércio/OMC, incorporado ao nosso ordenamento jurídico com a edição do Decreto 9.326/2018. Em seu art. 6º, o acordo estabelece a necessidade de relação direta de taxas e tarifas portuárias

cobradas à correspondente prestação de serviço. *Verbis*:

ARTIGO 6: DISCIPLINAS SOBRE TAXAS E ENCARGOS INCIDENTES SOBRE A IMPORTAÇÃO OU EXPORTAÇÃO, OU EM CONEXÃO A ESTAS, E SOBRE PENALIDADES

[...]

2. Disciplinas específicas sobre taxas e encargos para o processamento aduaneiro incidentes sobre a importação ou exportação, ou em conexão a estas

As taxas e encargos incidentes sobre o processamento aduaneiro:

(i) serão limitadas ao custo aproximado dos serviços prestados ou relacionados com a operação de importação ou exportação específica; e

(ii) não estarão obrigatoriamente vinculados a uma operação de importação ou exportação específica, desde que sejam cobrados por serviços estreitamente relacionados ao processamento aduaneiro de bens.

A necessidade de limitação ao custo aproximado do serviço também escancara a incompatibilidade da THC2 com o aspecto concorrencial. Isso porque é cobrada do importador **somente nas ocasiões em que este opte pela armazenagem do produto fora do porto operado**. Disso ainda se infere que o suposto serviço adicional, ainda que existente, não acarreta qualquer custo adicional à operação, se revelando discriminatória a cobrança, ainda mais por representar custo significativo para as atividades dos TRAs que não é suportado no mesmo serviço prestado pelo operador portuário.

Alcance do efeito substitutivo ao acórdão recorrido:

Compreendo pertinente, ainda, o delineamento do caráter substitutivo do presente julgamento em relação ao acórdão recorrido, tendo em vista que a eminente relatora concluiu não haver impugnação específica do recurso especial quanto ao entendimento do Tribunal de origem de ilegalidade da THC2 e de que a sua cobrança configuraria *price-squeeze*, caracterizador do abuso concorrencial de posição dominante.

Identifico que existe impugnação à conclusão da Corte *a quo* quanto à ilegalidade da cobrança - quando se defende a competência regulatória da ANTAQ; a alegação de suposta existência de fato superveniente, consistente em aparente nova posição do CADE; bem como a configuração de suposto dissídio jurisprudencial com precedente deste STJ, de relatoria da Ministra Eliana Calmon (REsp 419.141/SP, Segunda Turma, DJ 02.12.2002). Compreendo, ainda, ser inviável a análise da

legalidade da tarifa sem adentrar-se no aspecto concorrencial, por serem questões intrinsecamente relacionadas.

Assim, adoto posição divergente da esposada pela eminente relatora, entendendo suficientemente abordado no recurso especial o aspecto da ilegalidade da cobrança e desdobramentos concorrenciais, pavimentando a via de conhecimento para a fundamentação que aqui apresento e que deixa clara a minha compreensão de que é, de fato, inadmissível a cobrança da THC2.

Conclusão:

Ante o exposto, conheço do recurso especial para negar-lhe provimento.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1899040 - SP (2020/0259141-0)

RELATORA : **MINISTRA REGINA HELENA COSTA**
RECORRENTE : EMBRAPORT EMPRESA BRASILEIRA DE TERMINAIS PORTUARIOS S/A
ADVOGADOS : JOSÉ CARLOS DA ANUNCIÇÃO - SP131142
PEDRO GOMES MIRANDA E MOREIRA - SP275216
RECORRIDO : MARIMEX DESPACHOS TRANSPORTES E SERVIÇOS LTDA
ADVOGADOS : RUY PEREIRA CAMILO JUNIOR - SP111471
BRUNO CORRÊA BURINI - SP183644
HELENA HISSAKO ADANIYA - SP163258
RENATA DE PAOLI GONTIJO - RJ093448
INTERES. : AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS - ANTAQ - "AMICUS CURIAE"
INTERES. : CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA-CADE - "AMICUS CURIAE"

VOTO VENCIDO

O EXMO. SR. MINISTRO SÉRGIO KUKINA: Senhor Presidente, eminente relatora, eminentes pares, superada a questão relativa ao conhecimento mais alargado do apelo raro da Embraport, que viabilizou o enfrentamento meritório acerca do exame da legalidade, ou não, da cobrança da tarifa THC2 (*Terminal Handing Charge 2*), observo que temos em mesa duas demandas distintas, mas envolvendo as mesmas partes.

Na primeira delas, a autora Marimex (Terminal Retroportuário Alfandegado) busca provimento judicial que declare a inexistência de relação jurídica entre ela e a ré, operadora portuária Embraport. E, nessa perspectiva, reconhecida que seja a inexistência de relação jurídica entre ambas, dar-se por inviabilizada a cobrança da tarifa THC2 pela operadora portuária.

Já na segunda demanda, também ajuizada pela Marimex contra a Embraport, busca aquela autora provimento judicial que impeça essa última de levar a protesto duplicatas que contêm os valores do serviço de entrega dos contêineres que entrega para a Marimex, referentes à questionada tarifa THC2.

Essas duas lides tiveram seus pedidos julgados improcedentes na primeira instância.

Já no Tribunal de Justiça de São Paulo, por meio de acórdão único, deu-se provimento às apelações da Marimex, seguindo-se, pela operadora portuária sucumbente, a interposição de recursos especiais nos dois casos, os quais, no STJ, foram tombados sob **nn. 1.899.040/SP e 1.906.785/SP**.

É o breve relatório.

Ouvi atentamente as ponderações da eminente relatora, ministra Regina Helena Costa, pela rejeição dos recursos, no que foi acompanhada pelos votos dos nobres ministros Gurgel de Faria, Paulo Sérgio Domingues e Benedito Gonçalves. No entanto, e respeitosamente, estou compreendendo em sentido diverso, ou seja, de que é caso de se acolher parcialmente os recursos especiais da operadora **Embraport**, em ordem a reconhecer a legalidade da cobrança da tarifa THC2.

Contextualizando, nos últimos dois anos, os terminais retroportuários alfandegados não estão pagando essa tarifa, graças a uma noticiada decisão do Tribunal de Contas da União - TCU, que determinou a suspensão de sua cobrança até que se encerre, em definitivo, o julgamento de procedimento instaurado naquela Corte de Contas.

No ponto, chama-me a atenção o fato de que o TCU, ao decidir pela suspensão da cobrança, assim o fez por ter reconhecido desvio de finalidade nos atos normativos da Antaq que disciplinaram e possibilitaram dita cobrança pelos operadores.

Então, fica claro que o Tribunal de Contas da União realmente não está, em princípio, a averiguar contexto de condutas anticoncorrenciais, e me parece que nem poderia fazê-lo, pois essa seria uma atribuição própria do Cade, como aqui já se proclamou e, nesse aspecto, parece não haver divergência neste Colegiado.

Repito, o TCU compreendeu que teria havido desvio de finalidade, por meio de decisão que, por ora, ainda não é definitiva, porque desafiada por recurso interposto pela Antaq, ainda pendente de apreciação naquela Corte.

A Antaq, então, sustenta que sua postura em permitir a cobrança dessa tarifa seria legal, e que ela, em detectando traços de abuso econômico por parte dos operadores portuários, poderia efetivamente intervir para reparar eventuais desvios, antes mesmo do Cade. Essa é a posição da Antaq.

Ressalto que a Ministra Regina Helena Costa, de forma muito adequada e pertinente, logo após ter recebido os dois recursos especiais da Embraport, determinou a abertura de oportunidade para que tanto a Antaq quanto o Cade, se assim desejassem, trouxessem aos autos informações sobre a controvérsia, na condição de *amici curiae*. E isso foi feito, na medida em que ambos trouxeram suas posições para os autos.

Ao ver do Cade, a cobrança da THC2, pelos operadores portuários, estaria a configurar conduta anticoncorrencial em detrimento dos recintos retroportuários alfandegados.

À sua vez, em linha diametralmente oposta, sustenta a Antaq que "*não há como isentar os terminais retroportuários alfandegados de pagarem por essa tarifa, a THC2, já que os serviços prestados pela operadora para entrega dos contêineres até o portão, para o terminal retroportuário alfandegado, esses serviços não estariam abrangidos por aquilo que se convencionou chamar de box rate*", evidenciando, nesse compasso, a caracterização de um serviço adicional que o operador portuário implementa para entregar o contêiner, o que justificaria a cobrança da tarifa.

Como já anunciei, **não vislumbro**, em tal dinâmica, **vício anticoncorrencial na cobrança da THC2**.

A Ministra Regina Helena Costa, no seu voto agora proferido, subscreve, na sua substância, a versão apresentada pelo Cade.

De minha parte, entretanto, sensibilizei-me com os argumentos ofertados pela Antaq.

De fato, penso que, no cenário presente nos autos, quem detém a *expertise* para, com primazia, detectar a existência de **serviço adicional** no serviço que envolve a movimentação e a entrega do contêiner para o terminal retroportuário é exatamente a Antaq, agência vocacionada a fazer essa verificação no nosso modelo regulado de atividades portuárias, e não o Cade.

O Cade, é verdade, deverá atuar quando se evidenciar a existência de um típico vício concorrencial, mas, num primeiro instante, ou seja, dentro do ambiente operacional portuário, para bem se fiscalizar e aferir a real dinâmica de movimentação da mercadoria (contêiner), isto é, **verificar se existe o serviço adicional, ou não, capaz de legitimar a cobrança da tarifa THC2**, parece-me que essa tarefa deva, por sua apriorística capacitação técnica, tocar privativamente à Antaq.

Penso, pois, que o Cade não detém essa *expertise*, com todo respeito que essa entidade possa merecer. A *expertise*, pelo menos intuo assim, para se fiscalizar toda a metodologia, o procedimento de movimentação de cargas, desde seu descarregamento do navio até a entrega do contêiner no portão de saída para o Terminal Retroportuário Alfandegado, quero crer que, tal especialização, quem a detém seja exatamente a Antaq.

Por isso, neste primeiro momento, lendo atentamente as informações que a Antaq trouxe aos autos, na qualidade de *amicus curiae*, considero que ela fornece explicações suficientemente adequadas e idôneas, capazes de legitimar a

cobrança da THC2.

A tanto, ela nos informa acerca da opção do importador que, ao invés de receber e retirar sua mercadoria da pilha do pátio do operador, ele opta por contratar o serviço do Terminal Retroportuário Alfandegado. Com que propósito? Diz a Antaq, em suas informações, que o importador contrata os préstimos do terminal retroportuário alfandegado com o propósito de receber sua mercadoria de maneira mais expedita, por meio de um serviço *premium*.

E, mais, a Antaq explica que, de fato, o Terminal Retroportuário Alfandegado vai dispor de janelas para fazer sua solicitação de entrega da mercadoria importada com mais rapidez, para que se aperfeiçoe, portanto, o trânsito aduaneiro. Isso tudo gerará um desengano **serviço adicional a cargo do operador portuário**.

É assim que estou compreendendo: a mercadoria, cuja entrega é solicitada pelo importador, por intermédio do auxílio do Terminal Retroportuário Alfandegado, sai da fila comum. Então, parece-me que há, de fato, alguma vantagem para o importador e que passa por esse viés de se tratar de um serviço expedito, um chamado serviço *premium*.

Quando vou ao acórdão recorrido e, como disse, os dois acórdãos são idênticos, pois foram utilizados tanto no processo do protesto de duplicatas quanto no da declaração de inexistência de relação jurídica, o Desembargador relator informa que, na contestação, a demandada Embraport elenca os serviços prestados e necessários para a entrega do objeto importado para o Terminal Retroportuário Alfandegado. Essa lista está reproduzida no voto condutor (fls. 1.447/1.448):

1. *Armazenagem do contêiner no terminal.*
2. *Vigilância e segurança da carga armazenada na pilha com cobertura securitária.*
3. *Recebimento e conferência de Declaração de Trânsito Aduaneiro ou Declaração de Importação, no caso de importador;*
4. *Fiscalização das condições físicas dos caminhões importadores e seus prepostos ou TRA.*
5. *Coordenação de entrada dos caminhões, suporte aos motoristas, pesagem e ainda acompanhamento do fiscal para vistoria física e documental e colocação de lacre.*
6. *Segregação do contêiner, utilizando transtêineres.*
7. *Colocação de carga em cima dos caminhões, utilizando transtêineres.*
8. *Conferência do contêiner carregado.*
9. *Cumprimento de responsabilidades alfandegárias.*
10. *Coordenação do procedimento de saída dos caminhões do terminal.*
11. *Conferência de documentação no portão do terminal.*
- 12-*Informação à alfândega, através de sistema informatizado.*

Esses, pois, os dados práticos pelos quais o operador portuário entende que haveria, sim, um serviço adicional suficientemente demonstrado e hábil a legitimar e

validar a cobrança da tarifa THC2, diferenciando-o, portanto, de um serviço padrão direcionado àqueles importadores que optam por retirar sua mercadoria diretamente junto ao operador portuário, ou seja, sem a intermediação de um agente retroalfandegado.

Nesse contexto, e em atenção ao **princípio da deferência administrativa**, vou conferir relevo aos dados que a Antaq está a informar, enquanto primeira agência responsável pela fiscalização desse ambiente da atividade portuária, sem, com isso, dizer que o Cade não pudesse intervir para debelar eventual foco de conduta anticoncorrencial, mas, ao invés, frisando que tal intervenção poderá ocorrer em caráter supletivo ou residual, ante a inércia ou ineficiência da Antaq, que também possui, no seu rol de encargos legalmente previstos, o dever de fiscalizar e eliminar comportamentos evidenciadores de práticas comerciais abusivas, por parte dos atores sujeitos à sua fiscalização (nesse sentido: arts. 12, VII, e 27, XXX, da Lei n. 10.233/2001).

Tenho, portanto, dificuldades para encontrar fundamentos capazes de amparar os dois pleitos deduzidos pelo terminal retroalfandegado (Marimex). Seja em relação àquele em que busca provimento judicial que declare a inexistência de relação jurídica entre ela e o operador portuário (Embraport), visando a desonerá-la do pagamento da tarifa THC2, mesmo que um efetivo serviço lhe tenha sido prestado pelo operador portuário (consubstanciado na expedita e diferenciada entrega do contêiner pertencente ao importador da mercadoria), seja em relação ao pedido de sustação de protesto das duplicatas emitidas pela Embraport, decorrentes dos serviços de movimentação e entrega de contêineres para o agente retroalfandegado (Marimex), ainda que inexistente específico contrato de prestação de serviço entre ambas.

Então, numa e noutra demanda, não descortino o cabimento da isenção tarifária almejada pela autora Marimex.

Enfim, e em harmonia com as razões acima expostas, enfatizo **não** comungar do entendimento do TCU quando, enfrentando a presente temática, averbou a existência de desvio de finalidade na atuação da Antaq, no que essa agência reguladora, amparada em sua Resolução n. 72/2022 e não vislumbrando o germe anticoncorrencial, compreendeu pela regularidade da cobrança da tarifa THC2 pelos operadores portuários.

ANTE O EXPOSTO, embora admitindo a primazia da atuação do Cade na fiscalização do ambiente concorrencial (mas, por suas peculiaridades, não nestes dois casos concretos), estou, respeitosamente, a divergir da douta maioria já formada, concluindo no sentido de dar provimento parcial aos dois recursos especiais da operadora

portuária **Emraport** para reconhecer a legalidade na cobrança da tarifa THC2, restabelecendo, com isso, ambas as sentenças proferidas na primeira instância, no que julgaram improcedentes as duas lides propostas pela Marimex - tanto a concernente ao pedido de sustação de protesto, quanto aquela relativa ao pleito de declaração inexistência de relação jurídica.

É assim que penso, Sr. Presidente, mas sempre reverenciando aos meus eminentes pares vencedores pelos alentados votos que trouxeram.

É o voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2020/0259141-0

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.899.040 / SP

Número Origem: 10012433720148260562

PAUTA: 20/08/2024

JULGADO: 27/08/2024

Relatora

Exma. Sra. Ministra **REGINA HELENA COSTA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro PAULO SÉRGIO DOMINGUES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. RONALDO MEIRA DE VASCONCELLOS ALBO

Secretária

Bela. BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : EMBRAPORT EMPRESA BRASILEIRA DE TERMINAIS PORTUARIOS S/A

ADVOGADOS : JOSÉ CARLOS DA ANUNCIAÇÃO - SP131142
PEDRO GOMES MIRANDA E MOREIRA - SP275216

RECORRIDO : MARIMEX DESPACHOS TRANSPORTES E SERVIÇOS LTDA
ADVOGADOS : RUY PEREIRA CAMILO JUNIOR - SP111471

BRUNO CORRÊA BURINI - SP183644
HELENA HISSAKO ADANIYA - SP163258
RENATA DE PAOLI GONTIJO - RJ093448

INTERES. : AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS - ANTAQ - "AMICUS CURIAE"

INTERES. : CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA-CADE - "AMICUS CURIAE"

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Taxas - Federais

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo o julgamento, a PRIMEIRA TURMA, preliminarmente, por maioria, vencida a Sra. Ministra Relatora, conheceu do recurso especial em maior extensão, ampliando a delimitação da controvérsia em relação ao exame da legalidade da tarifa THC2 também sob o ponto de vista concorrencial, nos termos do voto do Sr. Ministro Gurgel de Faria e, na sequência, por maioria, negou-lhe provimento, revogando a tutela provisória deferida na TP n. 2.787/SP, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Vencido parcialmente, no mérito, o Sr. Ministro Sérgio Kukina que lhe deu parcial provimento, para reconhecer a legalidade da cobrança da tarifa de THC2.

Os Srs. Ministros Gurgel de Faria, Paulo Sérgio Domingues e Benedito Gonçalves votaram, no mérito, com a Sra. Ministra Relatora.

 2020/0259141-0 - REsp 1899040